

Revista da PGE

Procuradoria-Geral do Estado RS

N° 58 Dezembro/2003

REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Publicação da Procuradoria de Informação, Documentação e Aperfeiçoamento Profissional

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RPGE PORTO ALEGRI	RS V. 27	N° 58	P. 216	Dez / 2003
-------------------	----------	-------	--------	------------

Revista da Procuradoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]. -Porto Alegre: Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, 1971 -

Semestral.

Continuação de: Revista da Consultoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul].

ISSN 0101-1480

Catalogação na publicação: Biblioteca da PGE/PIDAP

Os artigos de doutrina não representam necessariamente a posição desta Procuradoria-Geral

Todos os direitos desta edição reservados pela Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul

Av. Borges de Medeiros, 1501 - 13. Andar Fone: (51) 32881656

90119-900 Porto Alegre/RS

Impresso no Brasil

GERMANO RIGOTTO

Governador do Estado

ANTÔNIO HOHLFELDT

Vice-Governador do Estado

HELENA MARIA SILVA COELHO

Procuradora-Geral do Estado

JOSÉ CALVINO PIRES MAIA

Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Administrativos

TELMO LEMOS FILHO

Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Jurídicos

EUZÉBIO FERNANDO RUSCHEL

Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Institucionais

LUIZ FELIPE TARGA

Corregedor-Geral da PGE

MÁRCIA PEREIRA AZÁRIO

Coordenadora da Procuradoria de Informação, Documentação e Aperfeiçoamento Profissional

CONSELHO EDITORIAL

Helena Maria Silva Coelho (Presidente) Carla Maria Petersen Herrlein Voegeli Manoel André da Rocha Márcia Pereira Azário Márcia Regina Lusa Cadore Weber Marco Antônio Piazza Pfitscher Ricardo Seibel de Freitas Lima

EQUIPE TÉCNICA

(Execução, revisão e distribuição)

Luciana Grings Secretária-Executiva

IMPRESSÃO E ACABAMENTO

VC Artes Gráficas — Márcia Cristina Maffei - ME

SUMÁRIO

EDITORIAL		07
DOUTRINA		
O papel dos princípios na interpretação: argumentação jurídica e sistema jurídico	Andrei Pitten Veloso	09
A nova contribuição de inativos e pensionistas	Leandro Paulsen e Arthur Maria Ferreira Neto	35
O novo Código Civil e os reflexos no Direito Administrativo	Pedro Henrique Poli de Figueiredo	59
O princípio da impessoalidade na Constituição Federal de 1988	Ricardo Seibel de Freitas Lima	71
O princípio da eficiência	Antônio Ricardo Vasconcelos Schmitt	83
A compreensão do princípio da economicidade nos Pareceres da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul	Ricardo Antônio Lucas Camargo	97
Discricionariedade: limites do controle judicial	Edmar Vianei Marques Daudt	105
Responsabilidade pré-contratual da Administração e proteção da confiança no Direito brasileiro	Bruno Miragem	131
Notas sobre a justa indenização na desapropriação	Ernesto Diel, Kathia Menegol e Luís Carlos Kothe Hagemann	153

Anotações ao projeto da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: um paralelo entre o art. 102 do projeto-de-lei nº 146/ 03 e o art. 65 da Lei nº 8.666/93 no que respeita às alterações daqueles pactos	Maria Denise Vargas de Amorim	207
PARECERES		
Parecer 12738	Maria Teresa Oltramari Velasquez	010
Parecer 13521	Adriana Neumann	219
Parecer 13846	Helena Beatriz Cesarino Mendes	225
Parecer 13957	Coelho	231
ratecet 1373/	Luís Carlos Kothe Hagemann	243

EDITORIAL

Com satisfação apresento à comunidade jurídica a presente Revista da PGE, vol. 58, segunda edição desta gestão 2003/2006, ainda relativa ao ano de 2003, em face da manutenção da periodicidade definida.

O volume, totalmente voltado aos temas do direito administrativo, cuja especialidade é de uso diário nos trabalhos desenvolvidos pelos Procuradores do Estado, é basicamente composto por artigos de autoria dos mesmos, sem olvidar a valiosa contribuição de outros operadores do direito.

De ressaltar, ainda, que a publicação enaltece a função de consultoria jurídica da Administração Pública Estadual direta e indireta, uma das atribuições primordiais da Procuradoria do Estado, demonstrando a importância da advocacia preventiva na preservação de um estado de direito.

O Procurador do Estado, além de ser o único agente público com competência constitucional de falar em Juízo pelo Estado, tem esse papel relevante de orientar a Administração e seus agentes, contendo as decisões políticas aos limites impostos pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, sustentáculos de um estado democrático de direito por todos almejado e pela Carta Política consagrado.

O controle prévio e interno da legalidade dos atos da Administração Pública, exercido pelos Procuradores do Estado, a toda evidência é instrumento indispensável para a diminuição, ou até mesmo eliminação, das demandas contra o Poder Público em juízo, que nos últimos anos, em virtude da democratização do acesso à Justiça, acrescido das dificuldades financeiras por que passam os entes federados, vêm abarrotando os nossos tribunais, e agravando excessivamente, para não dizer de forma insuportável, o déficit público dos Estados.

A missão constitucional atribuída à Advocacia Pública, de dar condições ao agente político de decidir conforme o direito, evita demandas judiciais, soluciona conflitos e permite o melhor direcionamento dos tão escassos recursos públicos.

Essa é uma das funções institucionais que deve ser exercida pelos Procuradores do Estado, sendo a veiculação das orientações uma das formas de mostrar o trabalho desenvolvido, que é, em última análise, um trabalho voltado para a sociedade como um todo, pois é compromisso indelegável e indeclinável na defesa intransigente do Estado.

Boa leitura a todos.

Helena Maria Silva Coelho Procuradora-Geral do Estado

O PAPEL DOS PRINCÍPIOS NA INTERPRETAÇÃO: ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E SISTEMA JURÍDICO CONCRETIZAÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS ORIGINÁRIOS E O PRINCÍPIO DA UNIVERSALIDADE

Andrei Pitten Velloso

INTRODUÇÃO

As concepções da distinção entre princípios e regras e da ponderação de princípios formuladas por Ronald Dworkin e desenvolvidas por Robert Alexy vêm sendo amplamente empregadas na argumentação jurídica para a solução de questões jusfundamentais, notadamente nas decisões judiciais atinentes à concretização de direitos individuais e sociais.

Dworkin considera que a diferença entre as regras e os princípios jurídicos consiste numa distinção lógica. Apesar de ambos apontarem para uma decisão particular sobre obrigação jurídica em circunstâncias particulares, eles diferem no caráter da direção que dão, pois as regras são aplicáveis de maneira disjuntiva, num modo "tudo-ou-nada" (in all-or-nothing fashion), conferindo uma resposta precisa a uma situação específica, enquanto que dos princípios jurídicos não se seguem automaticamente conseqüências jurídicas pré-determinadas, pois estes se limitam a dispor sobre uma razão que indica uma direção, sem exigir uma decisão em particular. A segunda diferença reside no fato de que os princípios, diversamente das regras, conceitualmente têm uma dimensão de peso ou importância, que irá influenciar a decisão quando da ocorrência de conflito de princípios. Desse modo, o conflito de

regras resolve-se, por estas não terem uma dimensão de peso, no plano da validade, devendo ser considerada uma das regras colidentes inválidas, enquanto que o conflito de princípios é resolvido em função do peso e da importância destes¹.

Robert Alexy, o qual considera que a distinção entre regras e princípios é o marco de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais², adota, inicialmente, a concepção de Dworkin, no sentido de que a aludida distinção é de ordem qualitativa³. No entanto, considera que a posição deste autor, de que todas as regras têm um mesmo caráter definitivo, sendo aplicáveis "in all-or-nothing fashion", é "demasiada simples", pois também as regras têm um caráter prima facie, conquanto diverso do dos princípios⁴, em virtude de ser possível, num caso concreto normatizado por um ordenamento jurídico "brando"⁵, introduzir uma cláusula de exceção⁶, com base numa regra ou num princípio⁵, hipótese em que a regra perde o seu caráter definitivo para a solução do caso⁸⁹.

¹ Dworkin, para elaborar esta distinção, parte da utilização, na prática judiciária norte-americana, de standards - que não funcionam como regras, mas como princípios, diretrizes políticas e outros standards - para o reconhecimento de direitos nos "casos difíceis" (hard cases), realizando um "ataque geral ao positivismo", para o que utiliza a versão de H. L. A. Hart, segundo a qual os sistemas jurídicos seriam constituídos pela união de regras secundárias e primárias, como um alvo. Para Dworkin princípio é um standard que deve ser observado não porque favoreça ou assegure uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência da Justiça, eqüidade (fairness) ou alguma outra dimensão da moralidade. DWORKIN, Ronald. Taking Rights Seriously. Cambridge: Harvard University Press. 2001, p. 22.

² ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 82.

³ Assevera que a distinção que acolhe se parece com a de Dworkin, diferenciando-se desta, contudo, num "ponto essencial": na caracterização dos princípios como mandamentos de otimização. Idem, p. 87, nota 27.

⁴ A diferença reside em que a aplicação das regras não é excepcionada quando, no caso concreto, o princípio oposto tem um peso maior que aquele que apóia a regra. Terão, ainda, de ser superados, na dimensão de peso, os "princípios formais", que estabelecem que as regras que são impostas por uma autoridade legitimada para isso têm que ser seguidas e que não deve se apartar sem fundamento de uma prática transmitida. Também o caráter *prima facie* das regras é variável, sendo tanto maior quanto o peso que o ordenamento jurídico confira aos princípios formais.

⁵ Alexy sustenta que é concebível um ordenamento jurídico "duro", em que fosse proibida a limitação das regras através da introdução de cláusulas de exceção, o que não é, a seu ver, o caso do sistema jurídico da Alemanha. Um sistema jurídico é tão mais duro quanto mais forte seja o caráter *prima facie* de suas regras e quanto mais seja normado por estas. Op. cit., p. 100 e nota 58. Assim, num ordenamento jurídico "duro", as regras teriam caráter estritamente definitivo e não *prima facie*.

⁶ Sendo que, para Alexy, as dáusulas de exceção passíveis de serem introduzidas com base em princípios não são nem teoricamente enumeráveis, aspecto em que afirma discordar do posicionamento de Dworkin, para quem a enunciação das regras deve levar em conta todas as exceções, o que já não seria possível de ocorrer em relação aos princípios. Op. cit., p. 100.

 $^{^7}$ Nesse ponto haveria um conflito entre a regra e o princípio, o qual é reconduzido a um conflito de princípios, o que é enfocado sucintamente na nota n. 24 da fl. 86. Alexy trata da limitação da realização ou cumprimento de princípios por regras distinguindo duas hipóteses: (1) a regra (R) que restringe o princípio P vale estritamente, o que significa que vale uma regra de validade (R´) que diz que R precede a P em todos os casos; (2) a regra (R) que restringe o princípio P não vale estritamente, o que significa que vale um princípio de validade (P´) que, sob determinadas circunstâncias, permite que P afaste ou restrinja R. Contudo, essa condições não estarão satisfeitas quando no caso concreto a satisfação de P é mais importante que unicamente a do princípio P $_{\rm R}$, o qual, concretamente, apóia a R, pois então P´ não jogará nenhum papel. Para que fosse viável a restrição da regra seria imprescindível que o princípio P preponderasse não somente sobre P $_{\rm R}$, mas também sobre P´: "P´ juega um papel cuando para la precedencia de P se exige no sólo que P preceda al princípio P $_{\rm R}$ que apoya materialmente a R sino que P es más fuerte que P $_{\rm R}$ conjuntamente con el princípio P´, que exige el cumplimiento de las reglas y, en este sentido, apoya formalmente a R." AL EXY. Teoría de los Derechos Fundamentales, p. 86, nota 24. Poderíamos, para ilustrar a relação de prevalência do princípio perante a regra que limita o seu cumprimento ou realização, formular o seguinte enunciado de preferência: (P ${\bf P}P_{\rm R}\,{\bf e}P^*/{\bf C}$, onde P é o princípio contraposto à regra, $P_{\rm R}\,{\bf e}$ o princípio que apóia materialmente a regra e C são as circunstâncias da prevalência condicionada.

⁸ Ibidem, p. 99 et seq.

⁹ Essa crítica, de caráter fundamental, de Alexy a Dworkin deve, no entanto, ser considerada com muita cautela, pois Dworkin, no livro referido por Alexy, expõe, ao replicar as críticas de Raz de que também as regras teriam uma dimensão de peso por poderem conflitar com princípios, a possibilidade de uma regra ser superada pelos princípios contrapostos, o que, como afirma, não deve

Não obstante as concepções de Dworkin e de Alexy sejam amplamente utilizadas na argumentação jurídica, freqüentemente verificam-se certas, e graves, distorções quando empregadas a casos específicos. Os problemas da concretização dos direitos fundamentais sociais prestacionais originários¹⁰ levados a efeito com base no sistema de ponderação de princípios de Alexy exsurgem nítidos com a análise de casos julgados diuturnamente pelo Poder Judiciário. Por tal razão, será desenvolvido o enfoque do tema a partir de um acórdão paradigmático, que traz à luz a complexidade da concretização, pelo Poder Judiciário, de direitos sociais não reconhecidos pelo legislador ordinário.

O precedente escolhido é o acórdão prolatado na Apelação Cível n. 261220, julgado pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, cujo relator foi o Juiz Federal convocado David Diniz, tendo sido assim ementado:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA- LEGITIMIDADE PASSIVA: INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO- "HARD CASE" (CASOS DIFÍCEIS)-CONFLITUOSIDADE ENTRE PRINCÍPIOS-UTILIZAÇÃO DE METÓDICA DE CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL- CARÁTER "PRIMA FACIE" DOS PRINCÍPIOS- MODELO SÍNTESE DE PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS.

- 1.- Ação civil pública para defesa da saúde da criança, enferma de doença rara "puberdade precoce verdadeira", cujo tratamento medicamentoso é de elevado preço, não pode ser interrompido e a família da menor não reúne condições econômicas para custeá-lo.
- 2.- As normas processuais tais como as que definem a legitimidade passiva devem ser entendidas em harmonia com o direito material, sobretudo a Constituição. In casu, ao tempo em que ajuizada a demanda, urgia-se de um lado a necessidade imediata de ações concretas do Estado para proteção da saúde e vida de uma criança de um ano e dez meses, sendo que de outro lado nos deparávamos com um momento ainda inicial de implantação dessa rede de serviços de saúde, onde a distribuição de competências, ações e principalmente a estruturação econômica do SUS não

ser vislumbrado como um conflito entre a regra e os princípios opostos, porquanto a decisão irá sopesar dois grupos de princípios: os que se contrapõem à regra e aqueles que lhe conferem sustentação, incluído o princípio formal do stare decisis (a hipótese é de uma regra consutudinária). DWORKIN, op. cit., p. 78. É válida a transcrição do seguinte trecho: "The court weighs two sets of principles in deciding whether to maintain the rule; it is therefore misleading to say that the court wheighs the rules itself against one or the set of these principles."

¹⁰ Entendidos como aqueles direitos fundamentais a prestações em sentido estrito reconhecidos diretamente com base na Constituição, independentemente de interposição legislativa.

se apresentavam adequadamente definidas, fatos esses que tornavam justificável a dúvida de quem deveria figurar no pólo passivo da ação (União ou INSS). Nesse quadro, razoável o endereçamento da ação em face do INSS (autarquia especializada em seguridade social).

- 3.- No caso concreto, é possível que a criança tenha direito a receber tutela jurisdicional favorável a seu interesse, com fundamento em princípios contidos na Lei Maior, ainda que nenhuma regra infraconstitucional vigente apresente solução para o caso. Para a solução desse tipo de caso, denominado por R. Dworkin como "hard case" (caso difícil), não se deve utilizar argumentos de natureza política, mas apenas argumentos de princípio.
- 4.- O pedido de fornecimento do medicamento à menor(direito a prestações estatais stricto sensu direitos sociais fundamentais), traduz-se, in casu, no conflito de princípios: de um lado, os da dignidade humana, de proteção ao menor, do direito à saúde, da assistência social e da solidariedade e, de outro, os princípios democrático e da separação dos Poderes.
- 5.- A concretização das normas constitucionais implica um processo que vai do texto da norma(do seu enunciado)para uma norma concreta norma jurídica que, por sua vez, será um resultado intermediário em direção à norma decisão(resultado final da concretização). (J.J Gomes Canotilho e F. Müller).
- 6.- Pelo modelo síntese de ponderação de princípios(Alexy), o extremo benefício que a determinação judicial para fornecimento do medicamento proporciona à menor faz com que os princípios constitucionais da solidariedade, da dignidade humana, de proteção à saúde e a criança prevaleçam em face dos princípios democrático e da separação de poderes, minimamente atingidos no caso concreto.

7.- Apelo improvido. 11

Esse acórdão, minuciosamente elaborado com respaldo em juristas de renome, julgou apelação interposta pelo INSS e o reexame necessário, numa ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal e Estadual, em que era postulada a condenação do INSS ao fornecimento de tratamento medicamentoso altamente expensivo (uma

¹¹ Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 1ª Turma, AC 261220, Relator Juiz David Diniz, acórdão unânime, publicado no DJU de 23/10/2001, p. 416.

ampola de Neo-decapeptyl a cada vinte e oito dias) para uma criança de um ano e dez meses, Jaqueline Langone, que sofria de uma moléstia rara, puberdade precoce verdadeira. Essa decisão poderia ser analisada sob diversos ângulos, sendo que restringiremos o enfoque àqueles aspectos que apresentam relevância para a aplicação das concepções de Dworkin e de Alexy, mais especificamente do esquema de ponderação de princípios formulado por este, que foi utilizado para a obtenção da "norma do caso".

O relator, após classificar o caso como um *hard case*, sustenta, com base em Dworkin, que, nos casos difíceis, deve utilizar-se de argumentos de princípio e não de natureza política, ressaltando que estes seriam empregados numa decisão que, objetivando mudar a política de saúde que vem sendo adotada pelo governo, importasse na realocação de recursos públicos:

De fato, argumentos políticos justificam uma decisão também política e que deve favorecer ou proteger metas coletivas da comunidade. Dessa forma, devem ser utilizados pelos governantes (Poder Executivo) para justificar seus atos. Apenas para exemplificar com a situação da lide em exame, seria utilizar argumento político em decisão judicial para tentar justificar a mudança na política da saúde que vem sendo adotada pelo governo. A alocação de recursos públicos em relação aos objetivos e fins do Estado constitui atividade típica do governo e, não obstante, dotada de discricionariedade, traduz-se por discurso eminentemente fundado em argumentos de natureza política, os quais – como ressaltamos – são impertinentes em sede de demandas individuais em que se postulam direitos a prestações específicas do Estado (direito ao fornecimento de remédio às crianças enfermas).

Vislumbrou, o Juiz Relator, que a situação fática traduzir-se-ia em conflito dos seguintes princípios: dignidade da pessoa humana, proteção ao menor, proteção à saúde, assistência social e solidariedade contra os princípios formais da separação dos poderes e democrático. A "decisão do caso" teve como critério o peso dos princípios conflitantes, considerando haver um "imenso benefício – vital, literalmente – ao necessitado, quando confrontado com o inexpressivo abalo aos princípios democrático e da separação dos poderes" e que os princípios que militam em favor da proteção à menor e à saúde, caso concretizados, não ocasionariam grande lesão aos princípios democrático e da separação dos poderes. Foi utilizado, ainda, um caso hipotético - uma ação coletiva promovida pelos habitantes da cidade de Ribeirão Preto visando à obtenção, perante os Poderes Públicos, de assistência médica em padrão hoje apenas fornecido por planos de saúde particulares e fornecimento de medicamentos à população -, no qual não seria viável a superação destes princípios formais, porquanto, com a realocação de recursos financeiros destinados a outros objetivos sociais, haveria

ingerência do Judiciário na formação das políticas públicas do governo e, também, porque a decisão "teria que adotar argumentos políticos e não apenas argumentos de princípios, o que consideramos não é função do juiz."

Embora a questão concernente à conceituação e ponderação dos princípios jurídicos seja significativamente polêmica, ocupando grande espaço nas discussões de Direito Público contemporâneas, não pretendemos adentrar na celeuma. Aqui será utilizada a expressão princípios jurídicos segundo a conceituação dada por Dworkin e ulteriormente desenvolvida por Alexy, que, além de ser amplamente difundida, é a base da teoria dos direitos fundamentais deste, a qual será objeto de exame.

O trabalho será dividido em duas partes: na primeira serão abordadas as teorias da argumentação jurídica e dos direitos fundamentais de Alexy com vistas especificamente ao princípio da universalidade; na segunda, será analisada a concretização, pelo Poder Judiciário, dos direitos sociais originários à luz do princípio da universalidade, de modo a evidenciar a sua indiscutível complexidade, mormente naqueles casos em que haja restrições orçamentárias e fáticas.

Pretende-se primordialmente contribuir para o desenvolvimento da problemática da concretização dos direitos sociais prestacionais originários, a qual, apesar de ser objeto de inúmeros estudos de inegável qualidade, ainda carece de importantes precisões.

I TEORIAS DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA UNIVERSALIDADE

1. TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

1.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ALEXY

Para Alexy, a discussão ética atual mostrou que não são possíveis teorias morais materiais, que forneçam uma única resposta, mas que são possíveis teorias morais procedimentais, que formulam regras ou condições da argumentação ou da decisão prática racional. A vantagem da teoria do discurso consiste em que é muito mais fácil fundamentar suas regras que as regras morais materiais. Uma versão especialmente promissora de uma teoria moral procedimental seria a do discurso prático racional, que Alexy desenvolve em sua "Teoria da Argumentação Jurídica", baseado na teoria do discurso prático de Habermas.

Segundo Alexy, o ponto de partida da teoria da argumentação jurídica é que, na fundamentação jurídica, do que se trata sempre é de questões práticas, é dizer, do que está ordenado, proibido e permitido. Por isso, o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral¹². Como tal, está caracterizado pelo fato de que se leva a cabo sob uma série de condições restritivas que brevemente podem ser chamadas

_

¹² ALEXY. Teoría de los Derechos Fundamentales, p. 529.

de sujeições à lei, ao precedente e à dogmática¹³. Entretanto, essas sujeições não conduzem, em todos os casos, a um só resultado, o que consubstancia uma deficiência que não pode ser superada no nível da teoria moral, sendo necessário vincular a teoria da moral com a teoria do direito. Essa vinculação é possível dentro do marco de um modelo procedimental de quatro graus: 1) o discurso prático geral; 2) o procedimento legislativo; 3) o discurso jurídico; e 4) o procedimento judicial¹⁴.

O sistema de regras do discurso prático geral formula um código geral da razão prática, mas, pelos limites do conhecimento prático, não conduz em cada caso a um só resultado, o que é necessário para a resolução de conflitos sociais. Conjugase aos limites do conhecimento prático a necessidade de coação, tornando necessária a institucionalização de uma ordem jurídica. O procedimento legislativo é um procedimento institucionalizado de criação do direito em que não só se argumenta, mas também se decide. É justificável dentro do marco do primeiro procedimento. Mas tampouco fornece uma só solução, fundamentando a necessidade de um terceiro procedimento. O discurso jurídico não está institucionalizado, mas se encontra sujeito à lei, aos precedentes judiciais e à dogmática, o que diminui sensivelmente a insegurança do discurso prático geral, mas também não elimina totalmente a segurança do resultado. Assim, evidencia-se a necessidade do quarto grau, que é o procedimento judicial. Este é institucionalizado em sentido estrito, sendo que, como no legislativo, não só se argumenta, mas também se decide. Seus resultados são razoáveis se suas regras e sua realização satisfazem as exigências dos três primeiros procedimentos, com observância das sujeições¹⁵.

Especificamente em relação às bases da argumentação justundamental, Alexy sustenta que desaparece o fator de sujeição mais importante, a lei ordinária, pois a argumentação jusfundamental não está sujeita às decisões tomadas no procedimento legislativo. Em seu lugar aparecem disposições jusfundamentais, que são muito abstratas, abertas e ideologizadas. Ao invés da sujeição à lei, há a sujeição ao texto das disposições jusfundamentais e à vontade do legislador constitucional. Há sujeição, também, aos precedentes, que formam uma rede relativamente ampla e densa de regras prima facie, pelo princípio da universalidade, sendo que, para não aplicá-los, há que se livrar da carga de argumentação. A terceira base da argumentação jusfundamental é a dogmática, sendo que Alexy considera as teorias materiais, que são as teorias gerais, possuindo um grau relativamente alto de abstração. São fundamentadas fazendo referências às disposições jusfundamentais e aos precedentes, mas são algo mais. Não são apoiadas pela autoridade, mas pela argumentação. Essas teorias somente são possíveis como uma teoria dos princípios, associada a uma correspondente teoria axiológica dos direitos fundamentais, baseada nas decisões do Tribunal Constitucional Federal. Mas, diversamente de Dworkin, Alexy afirma que essa teoria nunca poderá fornecer uma solução em cada caso, pois, para tanto, deveria haver uma relação concreta de prioridade para cada caso¹⁶.

¹³ Ibidem, p. 530.

¹⁴ Ibidem, p. 531.

¹⁵ Ibidem, p. 531 et seq.

¹⁶ Ibidem, 532 et seg.

Já o processo da argumentação jurídica, significativamente complexo, será referido apenas naquilo que interessa ao caso concreto, ou seja no que apresenta pertinência com o princípio da universalidade.

1.2 PRINCÍPIO DA UNIVERSALIDADE

É o princípio da universalidade basilar tanto para a teoria da argumentação jurídica como para a teoria dos direitos fundamentais de Alexy, sendo especificado em inúmeras regras.

Tratando das regras e formas do discurso prático geral, que constitui o marco dentro do qual se justifica o discurso jurídico, Alexy classifica-as do seguinte modo: regras fundamentais, regras da razão, regras sobre a carga da argumentação, as formas de argumentos, as regras de fundamentação e as regras de transição¹⁷.

A validade das regras fundamentais é condição para qualquer comunicação lingüística em que se trate da verdade ou da correção. Essas regras enunciam os princípios de não contradição, sinceridade, universalidade e uso comum da linguagem¹⁸. São as seguintes:

- (1.1) Nenhum falante pode se contradizer.
- (1.2) Todo falante só pode afirmar aquilo em que ele próprio crê.
- (1.3) Todo falante que aplique um predicado F a um objeto a, deve estar disposto a aplicar F também a qualquer outro objeto igual a a, em todos os aspectos relevantes.
- (1.4) Falantes distintos não podem usar a mesma expressão com significados distintos 19 .
- A regra (1.3) refere-se à coerência do falante, sendo uma formulação do princípio da universalidade de Hare. Aplicando-se a expressões valorativas 1.3) adota a seguinte forma:
- $(1.3^{'})$ Todo falante só pode afirmar aqueles juízos de valor e de dever que afirmaria assim mesmo em todas as situações nas quais afirme que são iguais em todos os aspectos relevantes 20 .

A regra fundamental da universalidade irá encontrar, no bojo de sua teoria da argumentação jurídica, especificações nas regras sobre a carga da argumentação e nas regras de fundamentação.

Dentre as regras sobre a carga da argumentação, cujo sentido é o de facilitar a argumentação, Alexy formula a seguinte:

(3.1) Quem pretende tratar uma pessoa A de maneira diferente da adotada para uma pessoa B, está obrigado a fundamentar isso $^{21}\,.$

¹⁷ ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 185 et seg.

¹⁸ ATIENZA, Manuel. As razões do Direito: Teoria da Argumentação Jurídica. São Paulo: Landy, 2000, p. 243.

¹⁹ ALEXY. Teoría de la argumentación jurídica, p. 185.

²⁰ Ibidem, p. 187.

²¹ Ibidem, p. 191.

Essa regra é uma consequência de $(1.3^{'})$ e das regras da razão que estabelecem a igualdade de todos os participantes do discurso.

Nas regras de fundamentação, Alexy formula três variantes do princípio da universalidade (que Habermas considera, no discurso prático, equivalente ao princípio da indução no discurso teórico), que se ligam, respectivamente, às concepções de Hare (troca de papéis), de Habermas (princípio do consenso) e de Baier (princípio da publicidade)²²:

- 5.1.1) Quem afirma uma proposição normativa que pressupõe uma regra para a satisfação dos interesses de outras pessoas deve poder aceitar as conseqüências dessa regra também no caso hipotético de que se encontrasse na situação daquelas pessoas.
- 5.1.2) As consequências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada um devem poder ser aceitas por todos.
 - 5.1.3) Toda regra deve poder ser ensinada de forma aberta e geral.

Especificamente no que concerne à teoria da argumentação jurídica, Alexy refere, na justificação interna – a qual trata da aferição de a decisão decorrer logicamente das premissas que são aduzidas como fundamentação -, que:

- J.2.1) Para a fundamentação de uma decisão jurídica, deve-se apresentar, pelo menos, uma norma universal.
- J.2.2) A decisão jurídica deve decorrer logicamente de, pelo menos, uma norma universal, junto com outras proposições 23 .

O princípio da universalidade, que permeia toda a teoria da argumentação jurídica de Alexy, é um elemento basilar também de sua teoria dos direitos fundamentais, concretizando-se na lei de colisão.

2 TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 COLISÃO DE PRINCÍPIOS E LEI DE COLISÃO

A noção de princípios e a importância da distinção entre princípios e regras para a teoria normativo-material dos direitos fundamentais de Alexy já foram referidas na introdução, cabendo agora abordar as questões atinentes à colisão de princípios e à lei de colisão.

Em virtude de não haver hierarquia entre os princípios constitucionais, a prevalência de um determinado princípio perante outro que lhe seja conflitante será determinada pelo peso que possui no caso concreto. Assim, a colisão de princípios é resolvida na dimensão de peso de que estes se revestem, estabelecendo-se uma "relação de precedência condicionada", com a indicação das condições sob as quais um princípio precede ao outro 24 .

Para ilustrar essa relação de precedência condicionada, Alexy formula um

²² Ibidem, p. 197 et seq.

²³ Ibidem, p. 215.

²⁴ ALEXY. Teoría de los Derechos Fundamentales, p. 89 et seq.

enunciado de preferência²⁵ nos seguintes termos:

(P1, PP2) C²⁶

Em virtude do princípio da universalidade, de toda relação de precedência condicionada é possível extrair uma regra que tem "C" como suporte fático e a conseqüência jurídica que resulta de "P1" sob as circunstâncias "C", representada por "R", como conseqüência de "C", que pode ser assim representada:

 $C \rightarrow R^{27}$

Assim, Alexy formula a "lei de colisão", atinente à conexão de relações de precedência condicionadas e regras, na seguinte forma sintética: "las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente" 28

Relativamente ao princípio da universalidade, concretizado na lei de colisão, Alexy assevera que: "En virtud del principio de universabilidad, de cada decisión del TCF puede obtenerse una regla de decisión más o menos concreta referida al caso decidido. (...) Cuando los casos son suficientemente iguales, tales reglas de decisión son siempre aplicadas." Portanto, "si se resumen todas las reglas de decisión del Tribunal Constitucional Federal, se obtiene una red relativamente amplia y densa de normas" de la constitucional Federal, se obtiene una red relativamente amplia y densa de normas" de la constitucional Federal, se obtiene una red relativamente amplia y densa de normas de la constitucional Federal, se obtiene una red relativamente amplia y densa de normas de la constitucional Federal, se obtiene una red relativamente amplia y densa de normas de la constitucional Federal de la constitucional federal

2.2 LIGAÇÃO DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

A lei de ponderação e a lei de colisão, por se revestirem de um caráter

18 - RPGE, Porto Alegre 27(58): 9-34, 2004

²⁵ Esse enunciado de preferência encontra correlação nas formas de argumento da teoria do discurso prático geral de Alexy. Esse autor assinala que a possibilidade de regras distintas levarem a resultados incompatíveis entre si em fundamentações da mesma forma ou em fundamentações de formas diferentes demanda a decisão de que fundamentação tem prioridade. As regras que se utilizam para fundamentar essa prioridade, as regras de prioridade, podem ter duas formas, segundo a preferência seja, ou não, condicionada:

 $^(4.5) R_i P R_k \text{ ou } R'_i P R'_i$

^{(4.6) (}R, PR,)C ou (R, PR,)C

ALEXY. Teoría de la argumentación jurídica, p. 196.

^{26 &}quot;P1" e "P2" são os princípios colidentes. "P" é o símbolo para a relação de precedência. "C" é a "condição de precedência", desempenhando um papel duplo: representa as condições da prevalência do "P1" sobre o "P2" e é o suporte fático de uma norma decorrente da lei de colisão.

 $^{^{27}}$ Pode haver casos, contudo, em que o princípio, no caso concreto, não produza, em virtude das restrições jurídicas decorrentes da proporcionalidade em sentido estrito, todas as suas conseqüências, sendo necessário "recortar" as suas conseqüências jurídicas. Nestes casos, P1 precede a P2 só em relação a uma limitada conseqüência jurídica $(R^{\, \prime})$, o que é representado pelo seguinte esquema: $(P1, \mathbf{P}P2)$ C, $R^{\, \prime}$. ALEXY. Teoría de los Derechos Fundamentales, p. 94 nota 42. De conseguinte, a regra resultante da lei de colisão não seria C à R, mas $C \rightarrow R^{\, \prime}$.

 $^{^{28}}$ Ibidem, p. 94. Formulada de maneira técnica, a lei de colisão seria assim expressa: "Si el principio P1, bajo las circunstâncias C, precede al principio P2: $(P1, \mathbf{P}P2)$ C, y si de P1 bajo las circunstâncias C resulta la consecuencia R, entonces vale una regra que contiene a C como supuesto de hecho y a R como consecuencia jurídica: $C \rightarrow R$."

²⁹ Ibidem, p. 537.

³⁰ Ibidem, p. 538.

estritamente formal, não servem à determinação do princípio prevalente, tampouco embasam essa determinação, o que levou alguns críticos de Alexy a sustentarem que não passariam de "fórmulas vazias". Este, ao responder a tais críticas, sustenta que a lei de ponderação³¹ — apesar de, por si só, não servir à aferição da correção da ponderação³² - não é uma fórmula vazia, pois "el modelo de ponderação como un todo proporciona un criterio al vincular la ley de ponderación con la teoria de la argumentación jurídica racional. La ley de ponderación dice qué es lo que tiene que ser fundamentado racionalmente." ³³

Ou seja, o controle da ponderação é efetivado na fundamentação do enunciado de preferência. Aí assume relevo a Teoria da Argumentação Jurídica, que irá nortear a fundamentação, a qual poderá ser: 1 - não referida especificamente à ponderação, em que podem utilizar-se de todos os argumentos possíveis na argumentação jusfundamental, à exceção dos argumentos semânticos, em virtude de que, com a constatação da colisão, já se decidiu, em virtude do texto literal, acerca da aplicabilidade das normas em questão; 2 - referida especificamente à ponderação, consubstanciada na concernente à lei de ponderação, sendo que Alexy observa que se só existissem argumentos não referidos especificamente à ponderação, poder-se-ia renunciar ao enunciado de preferência e referir a fundamentação exclusivamente à regra que dele se segue³⁴.

No que tange ao princípio da universalidade, Alexy, ao rebater as críticas de que as ponderações levariam a decisões particulares, é expresso no sentido de que: "de acuerdo con la ley de colisión, sobre la base de la decisión de ponderación, siempre es posible formular una regla. Por ello, la ponderación en el caso particular y la universalidade no son inconciliables. Están vinculadas en el aquí sostenido modelo de la ponderación." ³⁵

II PRINCÍPIO DA UNIVERSALIDADE E DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS ORIGINÁRIOS

Destinaram-se, as considerações acerca do princípio da universalidade tecidas

³¹ A lei da ponderação é assim formulada: "Cuanto maior es el grado de la no satisfación o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacion del otro", sendo útil para indicar o que deve ser fundamentado. Trabalha Alexy, assim, com enunciados acerca dos graus de importância e afetação, sendo que os argumentos para a fundamentação desses enunciados não têm nenhum caráter específico de ponderação, podendo consistir em "cualquier argumento de la argumentación jurídica". ALEXY. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p. 161 et seq.

^{32 &}quot;Efectivamente, si la ponderación consistiera simplemente en la formulación de un enunciado de preferencia de este tipo y, con ello, en la determinación de la regla referida al caso que de ella se sigue, no seria entonces un procedimiento racional. La determinación de la preferencia condicionada podría ser realizada intuitivamente. Quien pondera tendría la posibilidad de seguir exclusivamente sus concepciones subjetivas. No podría hablarse de ponderaciones correctas o falsas.

Sin embargo, a un modelo de decisión de este tipo podría contraponerse un modelo de fundamentación (...) el modelo de la fundamentación distingue entre el processo psíquico, que conduce a la determinación del enunciado de preferencia, y su fundamentación. Esta distinción permite referir el postulado de la racionalidade de la ponderación a la fundamentación del enunciado de preferencia y decir: una ponderación es racional si el enunciado de preferencia a que conduce puede ser fundamentado racionalmente." Ibidem, p. 158.

³³ Ibidem, p. 167.

³⁴ Ibidem, p. 160.

³⁵ Ibidem, p. 167.

no capítulo anterior, a evidenciar a necessidade de observância desse princípio nas ações que postulem o reconhecimento de direitos sociais prestacionais originários, o que apresenta significativas conseqüências. Abordar-se-ão, aqui, as implicações desse princípio, tarefa que demanda, contudo, certas considerações prévias sobre óbices ao reconhecimento, por parte do Poder Judiciário, dos direitos prestacionais originários, os quais assumem um significado ainda maior quando, por força do princípio da universalidade, o conflito levado ao Judiciário é apreciado em suas reais proporções.

1. LIMITAÇÕES JURÍDICAS E FÁTICAS E PRINCÍPIOS MATERIAIS COLIDENTES

A decisão comentada considerou que seu cumprimento não demandaria a realocação de recursos. No entanto, essa assertiva não pode ser feita em abstrato, ou seja, sem a análise das disponibilidades financeiras e das alocações orçamentárias, o que pode denotar a necessidade de realocação de recursos e, assim, a existência de princípios materiais colidentes.

Como visto, Alexy conceitua os princípios, ao distingui-los das regras, como mandamentos de otimização dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes³6, as quais são determinadas pelas três máximas parciais da máxima da proporcionalidade. Da máxima da proporcionalidade em sentido estrito, do mandado de ponderação, decorre a relativização em relação às possibilidades jurídicas; das máximas da necessidade e adequação, a relativização no que concerne às possibilidades fáticas³7.

Não obstante esse autor restrinja as possibilidades fáticas, que integram o próprio conceito de princípio, àquelas decorrentes das máximas parciais da necessidade e da adequação, não desconsidera a limitação fática consubstanciada na escassez de recursos, que leva à colisão entre direitos fundamentais sociais e bens coletivos³8 e que, por idênticas razões, levará à colisão entre direitos fundamentais sociais. Essa é a razão de elencar empecilhos não só formais à concretização de direitos sociais, mas também materiais, consubstanciados nas normas que dispõem sobre direitos de liberdade, direitos fundamentais sociais e bens coletivos.

Para evidenciar esse ponto, faço referência, novamente, ao modelo de ponderação de princípio de Alexy que o acórdão comentado supostamente aplicou. Como sustenta este autor, os argumentos contrários à concretização dos direitos fundamentais sociais podem ser agrupados em dois argumentos complexos, um formal e outro material³⁹. O argumento formal, como assinala, leva a um suposto dilema:

³⁶ "El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los *principios* son normas que ordenam que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas e reales existentes. Por lo tanto, los principios son *mandamentos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas." ALEXY. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p. 86.

³⁷ Ibidem,, p. 112-113.

³⁸ Ibidem, p. 493-494.

³⁹ Ibidem, p. 489 et seq.

se os direitos fundamentais sociais são vinculantes, conduzem a um deslocamento da competência para a determinação da política social do parlamento ao Tribunal Constitucional⁴⁰; se não são vinculantes, conduzem a uma violação da cláusula de vinculação do artigo 1, parágrafo 3 da Lei Fundamental. O argumento material aduz que os direitos sociais fundamentais são inconciliáveis com normas constitucionais materiais, a saber: normas que conferem direitos de liberdade e direitos fundamentais sociais e dispõem sobre bens coletivos. Alexy supera o dilema do argumento formal por seu modelo de direitos fundamentais sociais, cuja idéia retora formal é a de que, desde o ponto de vista do direito constitucional, os direitos fundamentais são tão importantes que sua outorga não pode restar ao arbítrio da simples maioria parlamentaria⁴¹. Segundo este modelo, que serve para superar o argumento material, "la cuestión acerca de cualés son los derechos fundamentales sociales que el individuo posee definitivamente es una cuestión de la ponderación entre principios. Por un lado se encuentra, sobre todo, el principio de la libertad fáctica. Por el otro, se encuentran los principios formales de la competencia de decisión del legislador democráticamente legitimado y el principio de la división de poderes, como así también principios materiales que, sobre todo se refieren a la libertad jurídica de otros pero, también, a otros derechos fundamentales sociales y a bienes colectivos."42 Após referir que o modelo não diz quais direitos fundamentais sociais definitivos o indivíduo tem, assinala que é viável dar uma resposta geral: "Habrá que considerar que una posición de prestación jurídica está definitivamente garantizada jusfundamentalmente si (1) la exige muy urgentemente el principio de la libertad fáctica y (2) el principio de la división de poderes y el de la democracia (que incluye la competencia presupuestaria del parlamento) al igual que (3) principios materiales opuestos (especialmente aquellos que apuntam a la libertad jurídica de otros) son afectados en una medida relativamente reduzida a través de la garantia iusfundamental de la posición de prestación jurídica y las decisones del Tribunal Constitucional que la toman en cuenta."⁴³ Em seguida, sintetiza essa idéia nos seguintes termos: "De acuerdo com el modelo, el individuo tiene un derecho definitivo a la prestación cuando el principio de la libertad fáctica tiene un peso mayor que los principios formales y materiales tomados en su conjunto."44

Embora Alexy sustente que "el ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los princípios y regras opuestos" 45, de modo que os princípios materiais colidentes - que embasam direitos de liberdade, direitos fundamentais sociais ou bens coletivos – poderiam ser determinados em abstrato, sem análise das possibilidades fáticas, naquelas hipóteses em que a colisão com princípios materiais diversos ou que embasem direitos de titularidade de outrem seja decorrente da limitação de recursos financeiros para a satisfação dos direitos sociais prestacionais – como ocorre na

⁴⁰ Motivo de os princípios da divisão dos poderes e da democracia deverem ser considerados quando da concretização, por parte do Poder Judiciário, de direitos originários a prestações.

⁴¹ Ibidem, p. 494.

⁴² Ibidem.

⁴³ Ibidem, p. 495.

⁴⁴ Ibidem, p. 499.

⁴⁵ ALEXY. Teoría de los Derechos Fundamentales, p. 86.

colisão entre direitos sociais -, quando haverá necessariamente determinação de uma prevalência, mesmo que condicionada e parcial, entre estes, é certo que a determinação dos princípios opostos demandará a prévia análise das possibilidades fáticas.

Nestas hipóteses, as limitações fáticas, dentre outros fatores, serão determinantes dos princípios materiais a serem considerados na ponderação. Esse é um ponto essencial para o desenvolvimento da questão, que carece de precisões sobre o cumprimento e a fundamentação das decisões judiciais que reconhecem direitos sociais prestacionais originários.

2 DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS E DESPESAS PÚBLICAS

A concretização dos direitos sociais prestacionais não pode ser realizada pelo Poder Judiciário "às cegas", desconsiderando absolutamente as regras e princípios orçamentários e, ainda, as disponibilidades fáticas do cumprimento de suas decisões. Essa apreciação, no entanto, não é uma tarefa simples, porquanto carece da análise de inúmeros fatores.

Há quatro hipóteses básicas que podem ser verificadas no que concerne às restrições das possibilidades jurídicas e fáticas à concretização de direitos sociais prestacionais representadas pelas regras orçamentárias e pela escassez de recursos: 1) há recursos suficientes "nos termos da normatividade constitucional" e não se verifica a "exaustão da capacidade orçamentária" 46; 2) não há recursos suficientes "nos termos da normatividade constitucional", mas tampouco se verifica a "exaustão da capacidade orçamentária"; 3) não há recursos suficientes "nos termos da normatividade constitucional" e ocorre a "exaustão da capacidade orçamentária"; 4) há recursos suficientes "nos termos da normatividade constitucional" mas inexiste capacidade orçamentária. A terceira e a quarta hipóteses podem, ainda, ser subdivididas considerando-se a extensão da exaustão orçamentária: se a insuficiência for para o cumprimento de todas as despesas orçamentárias conjugadas às necessárias à concretização do direito reconhecido judicialmente, o que caracteriza as hipóteses 3-1) e 4-1); ou se a insuficiência for tão significativa que inviabilize a realização das despesas necessárias à concretização do direito reconhecido judicialmente consideradas isoladamente, o que configura as hipóteses 3-2) e 4-2). Essas hipóteses podem ser aplicadas: a) à concretização de direitos sociais prestacionais reconhecidos por decisões

⁴⁶ Adotaremos, aqui, os conceitos de (in)suficiência de recursos "nos termos da normatividade constitucional" e "exaustão da capacidade orçamentária" tal como empregados por Eros Roberto Grau em trabalho que analisou, com maestria, a questão da colisão entre os princípios da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário e o princípio da legalidade da despesa pública. GRAU, Eros Roberto. Despesa pública – Princípio da Legalidade – Decisão judicial. In: Boletim de Direito Administrativo, n. 2, fev/94, p. 90-106. Há, para este autor, inexistência de recursos suficientes para o cumprimento de decisões do Poder Judiciário nos termos da normatividade constitucional quando, embora pudesse a Administração adquirir recursos suficientes para efetuar os pagamentos a que foi judicialmente condenada, não obtém do Poder Legislativo autorização para tanto. Op. cit., p. 93. Ou seja, a existência de recursos nos termos da normatividade constitucional consiste na disponibilidade de recursos nos termos das regras e princípios constitucionais orçamentários. Por outro lado, "Exaustão orçamentária ´, no sentido que tomo no contexto deste meu parecer, é a situação que se manifesta quando inexistirem recursos suficientes para que a Administração possa cumprir determinada ou determinadas decisões judiciais". Podem ser estendidas as considerações atinentes à "normatividade constitucional" também às normas infraconstitucionais, quando seria adequada a expressão "normatividade jurídica", mas, para simplificar a exposição, será empregada aquela expressão e direcionado o enfoque aos preceitos constitucionais.

judiciais específicas; ou b) à concretização de direitos sociais prestacionais reconhecidos por decisões judiciais específicas e à daqueles direitos que, por força da lei de colisão, são reconhecidos por tais decisões, mesmo sem poderem ser exigidos da Administração com base nestas⁴⁷, por não estarem inseridos dentre os limites da coisa julgada e, tampouco, abrangidos pela eficácia da decisão. Poderiam ser, ainda, formuladas hipóteses conjugando-se as situações "a)" e "b)", considerando a disponibilidade orçamentária para a concretização dos direitos reconhecidos por decisões específicas e daqueles análogos. As ponderações que seguem neste tópico podem, em princípio, ser aplicadas tanto às situações "a)" e "b)", demandando certas distinções que serão referidas no tópico "4".

Havendo recursos suficientes "nos termos da normatividade constitucional" e inocorrendo "exaustão orçamentária" – ou seja, na hipótese "1)", cuja ocorrência não se verifica com freqüência -, não ocorrerá qualquer restrição, em virtude da escassez de recursos, a princípios e a regras orçamentários ou que embasem direitos de outros titulares, os quais serão devidamente observados, motivo pelo qual não serão objeto da argumentação jusfundamental e tampouco deverão figurar no enunciado de preferência⁴⁸.

A questão assume certa complexidade na hipótese "2)", quando, para a satisfação dos direitos sociais reconhecidos, não há recursos "nos termos da normatividade constitucional" e há disponibilidade de caixa, pois a concretização do princípio do direito à saúde demandaria a inobservância de regras e princípios constitucionais orçamentários. Ao enfocar tal hipótese, sob o viés da colisão entre os princípios da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário e o princípio da legalidade da despesa pública, Eros Roberto Grau, aplicando concepção que poderia ser enquadrada no "modelo puro de princípios" aludido por Alexy⁴⁹, considera que as regras orçamentárias deveriam ser simplesmente afastadas e que preponderaria, em todas as situações, o princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário perante o princípio da legalidade da despesa pública. Na realidade, essa é uma ponderação que somente deve ser levada a cabo naqueles casos em que a

⁴⁷ Este seria o caso das demais crianças pobres que necessitam de tratamentos altamente custosos para sobreviverem.

⁴⁸ Essa é uma forma de expor, de modo simplificado, a questão, não havendo dúvidas de que, nesse ponto, novas precisões devem ser feitas. Mesmo quando seja observada a "normatividade constitucional" – e até a "normatividade jurídica" – e haja capacidade orçamentária, é viável que ocorra, em virtude da escassez de recursos, restrições a direitos de outros titulares e até à realização de políticas públicas, tendo em vista que a utilização dos créditos orçamentários para a concretização dos direitos originários a prestações fáticas pode tomá-los insuficientes para a abranger todas as despesas no decorrer do exercício. Isso denota que nas quatro hipóteses referidas pode haver a restrição decorrente da "reserva do possível". Configurada esta hipótese, que demandará, ao certo, a análise orçamentária, será necessário considerar a existência de direitos colidentes, o que torna aplicáveis às hipóteses "1)" e "2)" certas considerações relativas às hipóteses "3)" e "4)".

⁴⁹ Pois, tal como E. von Hippel, considera que, quando um princípio opõe-se a uma ou mais regras, a decisão levaria em consideração unicamente os princípios contrapostos, dentre os quais não estariam os princípios formais democrático e da separação dos poderes: "... não se manifesta jamais antinomia jurídica entre princípios e regras jurídicas. Estas operam a concreção daqueles. Em conseqüência, quando em confronto dois princípios, um prevalecendo sobre o outro, as regras que dão concreção ao que foi desprezado são afastadas; não se dá a sua aplicação a determinada hipótese, ainda que permaneçam integradas, validamente, no ordenamento jurídico (...) Dizendo-o de outra forma: aquelas regras, que dão concreção ao princípio desprezado, embora permaneçam plenas de vigência, perdem eficácia – isto é, efetividade – em relação à situação diante da qual o conflito (contradição) entre princípios manifestou-se." Despesa pública – Princípio da Legalidade – Decisão judicial, p. 100. Quanto ao "modelo puro de princípios", vide ALEXY. Teoría de los Derechos Fundamentales, p. 115 et sea.

decisão judicial tenha sido prolatada sem atentar às restrições fáticas e jurídicas ao reconhecimento do direito social prestacional. A análise da observância, ou não, das regras orçamentárias deve ser objeto da argumentação jurídica que embase a decisão, pois esta, em princípio, não pode simplesmente desconsiderar a existência de normas constitucionais aplicáveis, ao menos em tese, ao caso⁵⁰. Pois bem, se a hipótese consistir em mera inexistência de recursos suficientes "nos termos da normatividade constitucional", não se verificando a "exaustão da capacidade orçamentária", os limites à concretização do direito a prestações serão primordialmente jurídicos, podendo, em determinadas hipóteses, ser superados por uma adequada e robusta argumentação jurídica que atente às peculiaridades do caso concreto.

Essa questão afigurar-se-á realmente complexa nas hipóteses "3)" e "4)", quando, consociada, ou não, à inexistência de recursos suficientes "nos termos da normatividade constitucional", houver a exaustão da capacidade orçamentária para a realização das despesas previstas. Nestas hipóteses, estarão presentes limitações fáticas propriamente ditas ao cumprimento da decisão, que poderão ser superadas, ou não, por meio de uma escolha entre as despesas a serem realizadas⁵¹. Essa superação será viável nas hipóteses "3-1)" e "4-1)" - ou seja, quando a insuficiência da disponibilidade de caixa for relativa ao cumprimento de todas as despesas orçamentárias conjugadas às necessárias à concretização do direito reconhecido judicialmente, havendo recursos para se arcar com estas últimas -, o que irá ocasionar um conflito entre direitos sociais e direitos individuais ou sociais ou, ainda, os interesses perseguidos por determinada política pública, consoante a destinação originária dos recursos que serão realocados para o cumprimento da decisão judicial.

Não será possível, no entanto, ocorrer a superação do obstáculo à concretização do direito social prestacional consubstanciado na "exaustão orçamentária" nas hipóteses "3-2)" e "4-2)", quando as disponibilidades de caixa não viabilizarem a realização das despesas necessárias à sua concretização e não houver meios de obter os recursos para custeá-las. Estas hipóteses refletem, como devidamente exposto por Eros Roberto Grau, não um conflito entre princípios, mas um conflito entre o Direito e a Realidade no qual a força normativa da Constituição é inábil a superar as condicionantes fáticas, o que inviabiliza o cumprimento de eventual decisão judicial prolatada e, a nosso ver, o reconhecimento do próprio direito subjetivo público enquanto direito definitivo. De fato, se uma decisão judicial não pode ser cumprida por absoluta

⁵⁰ As normas inscritas nos arts. 85, inc. V (prevê como crime de responsabilidade os atos que atentem contra a lei orçamentária), 166, caput (vincula à autorização legislativa a abertura de créditos adicionais), e 167, incs. II, V e VI (que vedam a realização de despesas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais, a abertura de crédito suplementar ou especial sem prévia autorização legislativa e sem indicação dos recursos correspondentes e a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra sem prévia autorização legislativa) são pertinentes ao caso enfocado, consistindo, inequivocamente, em restrições jurídicas à concretização de direitos a prestações que, conquanto não sejam intransponíveis, devem ser consideradas pelo julgador.

⁵¹ Uma vez que, como afirma Andreas Krell, "o condicionamento da realização de direitos econômicos, sociais e culturais à existência de "caixas cheios" do Estado significa reduzir a sua eficácia a zero." KRELL, Andreas J. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002, p. 54.

⁵² Cumpre referir que a conclusão de Eros Roberto Grau é no sentido de que, quando se verifica a "exaustão da capacidade orçamentária" comprovada perante o Supremo Tribunal Federal, a Administração não deve cumprir as decisões do Poder Judiciário. Despesa pública – Princípio da Legalidade – Decisão judicial, p. 106.

impossibilidade fática, não deverá nem mesmo ser prolatada, a fim de se preservar a "sanidade da ordem jurídica"⁵³, fundamento que subjaz à cláusula, amplamente aceita pelos constitucionalistas, da "reserva do possível"⁵⁴.

Tais ponderações levam à conclusão de que a cláusula da "reserva do possível", entendida como o limite fático à efetivação dos direitos a prestações consubstanciado na limitação dos recursos públicos, pode ser enfocada por distintos ângulos. Pode ser vislumbrada, nas hipóteses "3-1)" e "4-1)", como um limite fático que, por impossibilitar a concretização de todos os direitos individuais e sociais e a salvaguarda, por meio de políticas públicas, de todos os bens e interesses coletivos, impõe o estabelecimento de uma relação de prevalência entre despesas públicas com atenção às suas finalidades⁵⁵, o que leva à já aludida colisão entre princípios materiais que embasam direitos individuais, sociais e/ou interesses coletivos. Caso seja concebida como a impossibilidade de realização das despesas necessárias à concretização do direito a prestações – ou seja, a absoluta inexistência de disponibilidade de caixa e de meios alternativos para obtê-los, o que configura as hipóteses "3-2)" e "4-2)" ⁵⁶ -, representará um conflito entre Direito e Realidade, que somente poderá ser progressivamente superado pela "vontade de Constituição" ⁵⁷ consociada com inúmeros outros fatores. Aqui interessa-nos especificamente o primeiro viés da "reserva do possível", que, como é evidente, não constitui uma impossibilidade definitiva à concretização dos direitos sociais.

Em suma, sustentamos que à concretização, pelo Poder Judiciário, de direitos sociais prestacionais originários este deve levar em consideração, também, as limitações jurídicas e fáticas à sua efetivação consubstanciadas, respectivamente, na insuficiência de recursos "nos termos da normatividade constitucional" e na "exaustão da capacidade orçamentária" para a quitação de todas as despesas, sendo que esta limitação fática irá, quando passível de ser superada, influir na determinação dos princípios materiais contrapostos à realização destes direitos.

3 AFERIÇÃO JUDICIAL DAS DISPONIBILIDADES ORÇAMENTÁRIAS

A determinação judicial da relação de prioridade entre a realização de despesas que seria viável à superação do obstáculo da "reserva do possível" ou da "exaustão da capacidade orçamentária" nas hipóteses "3-1)" e "4-1)" é, na prática judiciária, ainda mais problemática do que se apresenta à primeira vista, sendo que sua ocorrência é, sem dúvidas, bastante rara.

⁵³ Ibidem, p. 104.

⁵⁴ Sobre o tema da reserva do possível vide, dentre outros: CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 3º ed., Almedina, Coimbra, 1999, p. 448; KRELL, Andreas J. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002, p. 51 et seq; SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 259 et seq; ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.
2º ed., Coimbra: Almedina, 2001, p. 186 et seq.

⁵⁵ Limite que pode ser denominado de "reserva do possível" relativa.

⁵⁶ Que constituiria a "reserva do possível" absoluta.

⁵⁷ HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991, p. 24.

Com efeito, as decisões judiciais que reconhecem direitos sociais prestacionais originários, como o acórdão examinado, não determinam, em regra, as despesas a serem preteridas para o seu cumprimento, relegando tacitamente tal decisão ao Administrador. Essa omissão pode ser decorrência: i) da concepção de que o direito reconhecido deve ser satisfeito preterindo-se quaisquer outros; ii) da concepção de que a decisão sobre a realocação dos recursos cabe, de fato, à Administração; iii) da inexistência de elementos suficientes nos autos do processo judicial para avaliaremse: os efeitos econômicos da procedência da demanda e da concretização dos direitos passíveis de subsunção à regra resultante da lei de colisão; a suficiência de recursos orçamentários "nos termos da normatividade constitucional"; a ocorrência da "exaustão da capacidade orçamentária"; bem como a aferição da extensão da insuficiência de caixa, o que é necessário à análise da viabilidade, ou não, da realização das despesas necessárias à concretização dos direitos reconhecidos com preterimento de outras despesas; ou iv) da complexidade dessa aferição judicial.

Em primeiro lugar, afigura-se inadequada a concepção de que um direito social prestacional deva ser, em toda e qualquer situação, satisfeito preterindo-se quaisquer outros, pois indubitavelmente o resultado da ponderação não seria o mesmo diante de todo e qualquer princípio conflitante 58 .

Da mesma forma, a concepção de que a decisão sobre a realocação dos recursos cabe, de fato, à Administração não pode ser acolhida, ao menos de forma geral. A necessidade de o Poder Judiciário especificar a origem dos recursos a serem destinados à satisfação do direito à saúde decorre da imperatividade de determinação dos princípios colidentes, o que é imprescindível para se realizar uma adequada ponderação jusfundamental. A "delegação" tácita da determinação da origem dos recursos – e, com ela, da ponderação entre direitos sociais entre si e/ou com direitos individuais, etc. - à Administração levaria à limitação na determinação dos princípios opostos à realização do direito social aos princípios formais, tal como ocorreu no acórdão em comento. Não deve ser afastada, contudo, a possibilidade dessa "delegação" ser parcial, expressa e consciente, o que poderia ocorrer legitimamente, justamente em respeito ao princípio da separação dos poderes, naquelas hipóteses em que fosse considerada, no enunciado de preferência, a restrição a princípios materiais que se contrapõem à realização dos direitos e, consequentemente, determinada a prevalência do(s) princípio(s) e/ou regra(s) que embasam o direito social prestacional originário, relegando-se à Administração, no entanto, a determinação de quais recursos

-

⁵⁸ É certo que, e.g., o direito à saúde e à vida de uma criança não pode preponderar sobre idênticos direitos de inúmeras crianças vítimas de doenças comuns à pobreza, que seriam satisfeitos com tais recursos. A questão da determinação dos direitos e/ou serviços a serem preteridos com a concretização do direito pleiteado em Juízo é abordada por Andreas Krell, ao criticar posição de Gustavo Amaral: "Nesse contexto, não parece ser bem escolhido o exemplo trazido pelo autor, que deveria ficar ao critério do Executivo a escolha se tratará com os recursos disponíveis "milhares de doentes vítimas de doenças comuns à pobreza ou de um pequeno número de doentes terminais de doenças raras ou de cura improvável". A resposta coerente na base da principiologia da Carta de 1988 seria: tratar todos! E se os recursos não são suficientes, deve-se retirá-los de outras áreas (transporte, fomento, serviço de dívida) onde sua aplicação não está intimamente ligada aos direitos mais essenciais do homem: sua vida, integridade física e saúde. Um relativismo nessa área pode levar a "ponderações" perigosas e anti-humanistas do tipo "por que gastar dinheiro com doentes incuráveis ou terminais?", etc..." KRELL, Andreas J. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002, p. 52-53.

voltados à realização daqueles direitos e/ou interesses que foram preteridos devem ser realocados.

No entanto, o aspecto que realmente torna problemática a aferição judicial das disponibilidades orçamentárias é o referido no item "iii)", consubstanciado na inexistência dos elementos imprescindíveis à sua realização nos autos do processo. Nesses casos, não será viável, tal como ocorreu no acórdão comentado, efetivar-se adequadamente a ponderação dos princípios materiais em conflito, justamente pela ausência de conhecimento acerca das limitações fáticas que irão determiná-los.

Na realidade, os elementos aludidos no item "iii)" constituem matéria probatória relevante ao deslinde do feito, motivo pelo qual deverá a solução da questão nortearse pelos preceitos atinentes ao ônus probatório, mormente pelas regras gerais elencadas nos arts. 333 e 334 do Código de Processo Civil. A existência de limitações fáticas relativas ou absolutas - que levarão à necessidade de serem superados regras e princípios orçamentários e/ou estabelecer uma relação de prevalência perante princípios opostos, nas hipóteses "3-1)" e "4-1", ou ao não-reconhecimento do caráter definitivo do direito nas hipóteses "3-2)" e "4-2" - constitui, nos termos da legislação processual, um fato impeditivo do direito definitivo do autor, devendo, por força do previsto no art. 333, inc. II, do Estatuto Processual Civil, ser provado pelo réu. Ao(s) autor(es) incumbirá somente o ônus da prova do fato constitutivo do seu direito prima facie, o qual, se não for superado por razões suficientes em sentido contrário, tornar-se-á definitivo ^{59 60}.

Quando não houver a produção de prova do fato impeditivo do direito definitivo do autor, deverá o julgador, caso a insuficiência orçamentária não seja notória⁶¹, limitar a cognição ao conflito dos princípios favoráveis ao direito social prestacional originário com os princípios formais contrapostos, tal como realizado pelo acórdão

⁵⁹ A teoria dos direitos fundamentais de Alexy constitui um forte suporte teórico nesse aspecto, pois concilia a caracterização dos direitos sociais prestacionais originários como direitos subjetivos com a possibilidade de serem frustrados por meio de razões em sentido contrário, sendo válida a transcrição do seguinte trecho, no qual, apreciando a questão sob o prisma dos deveres do Estado, assevera que: "Los deberes prima facie del Estado tienen, frente a sus deberes definitivos, un contenido claramente excesivo. Esto no significa que no sean vinculantes (...) Puede reconcerse que existe una diferencia fundamental entre deberes prima facie y deberes jurídicamente no vinculantes en el hecho de que los deberes prima facie tienen que ser establecidos a través de ponderaciones y, en cambio, esto no sucede en el caso de los deberes no vinculantes. Para el no cumplimiento de un deber prima facie, tienen que existir, desde el punto de vista del derecho, razones aceptables; pero ello no rige para el caso del no cumplimiento de un deber jurídicamente no vinculante. Un deber prima facie puede, si no existe ninguna razón aceptable para su no cumplimiento, conducir a un deber definitivo; un deber no vinculante, nunca."ALEXY. Teoría de los Derechos Fundamentales, p. 500.

⁶⁰ A solução será diversa, no entanto, quando não se tratar do reconhecimento judicial de direitos sociais prestacionais originários, mas propriamente do controle judicial das políticas públicas, nos parâmetros em que for considerado legítimo. Neste caso, o autor da demanda coletiva deverá comprovar, com base em robustos argumentos com supedâneo constitucional, que a política pública adotada pela Administração nitidamente não prevalece perante aquela que foi prejudicada por sua concretização. O tema da judicialização das políticas públicas, contudo, foge aos estritos parâmetros do presente estudo. Vide, no que concerne à judicialização das políticas públicas: BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas e Direito Administrativo. In: Revista de Informação Legislativa, Brasilia, n. 133, jan/mar 1997, p. 89/98; COMPARATO, Fábio Conder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In: Revista de Informação Legislativa, Brasilia, n. 138, abr/jun 1998, p. 39-48; LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo. Direitos humanos, direitos sociais e justiça. São Paulo: Malheiros, 1994; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. In: Revista de Direito Público. São Paulo, 57/58, 1983, p. 233-256.

⁶¹ Situação em que aplicaria o art. 334, inc. I, do Código de Processo Civil, demandando que fossem consideradas, mesmo que de forma precária, em virtude da falta de elementos a suportar essa análise, as restrições orçamentárias e, conseqüentemente, os princípios materiais opostos.

comentado, hipótese em que o cumprimento da decisão judicial somente poderá ser excepcionado pela absoluta impossibilidade fática, tal como concluiu Eros Roberto Grau no parecer referido. Não haverá mais a possibilidade de o direito reconhecido judicialmente ser excepcionado com base em princípios que se afiguram como contrapostos em decorrência da precariedade dos recursos, tendo em vista a definitividade da decisão judicial que o reconheceu.

Por fim, é inegável que a aferição, judicial ou não, das disponibilidades orçamentárias e dos efeitos econômicos da procedência da demanda e da concretização dos direitos passíveis de subsunção à regra resultante da lei de colisão reveste-se de significativa complexidade, o que, contudo, não constitui um óbice à sua realização. Não pairam dúvidas acerca da inadmissibilidade de se restringir ou de se afastar a apreciação judicial de lesão ou de ameaça de lesão a direitos subjetivos públicos, diante da garantia da inafastabilidade do controle judicial inscrita no art. 5°, inc. XXXV, da Constituição Federal. Pelo mesmo fundamento, não é dado ao Poder Judiciário, quando do julgamento acerca de direitos sociais prestacionais originários, limitar horizontalmente a cognição, afastando a discussão sobre as disponibilidades orçamentárias, sob pena de desconsiderar a possibilidade de lesão a eventuais direitos e/ou interesses contrapostos à concretização daqueles. Outrossim, é viável a realização de prova pericial nas hipóteses em que a aferição judicial careça, realmente, de conhecimentos técnicos.

4 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA UNIVERSALIDADE AO CASO EXAMINADO

As colocações atinentes à relevância do princípio da universalidade na teoria da argumentação jurídica e na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy tiveram o desiderato de demonstrar que a fundamentação do acórdão referido na introdução contrapõe-se, ou pode contrapor-se, a aspectos basilares da teoria que pretensamente empregou.

Com efeito, o enunciado de preferência da aludida decisão poderia ser assim formulado:

(P1, P2, P3, P4 e P5 **P** P6 e P7) 62 C63

Desse enunciado de preferência decorreria, em virtude da lei de colisão, a seguinte regra: $C \rightarrow R^{64}$, em que a conseqüência jurídica R consiste na determinação, ao INSS, de que arque com os custos de tratamentos altamente onerosos.

⁶² Os princípios conflitantes, segundo o acórdão, seriam os seguintes: P1: da dignidade da pessoa humana; P2: da proteção ao menor; P3: da proteção à saúde; P4: da assistência social; P5: da solidariedade; P6: democrático; e P7: da separação dos poderes. ⁶³ C: criança pobre necessita de tratamento altamente custoso para sobreviver. À determinação de C é irrelevante que: a criança se chame Jaqueline Langone; a doença seja rara; o medicamento seja o Neo-decapeptyl; e que o tratamento seja medicamentoso. ⁶⁴ Cabe ser assinalado que é sob essa regra que se opera a subsunção, pois: "siempre que un principio es, en última instancia, una razón básica para un juicio concreto de deber ser, este principio es una razón para una regla que representa una razón definitiva para este juicio concreto de deber ser. Los principios mismos no son nunca razones definitivas." ALEXY. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p. 103.

Assim, em todos os casos em que uma criança pobre necessite de um tratamento altamente custoso para sobreviver, este terá que lhe ser fornecido, em virtude do princípio da universalidade e da regra resultante do enunciado de preferência.

Pretender que a ponderação realizada não se aplique a todos os casos idênticos naqueles elementos relevantes importaria, sem dúvidas, em ofensa ao princípio da universalidade, que, como já devidamente exposto, é um elemento central das teorias da argumentação jurídica e dos direitos fundamentais de Alexy. Não só, importaria em ofensa ao próprio princípio constitucional da igualdade, que veda o tratamento desigual àqueles que sejam iguais nos aspectos relevantes.

Destarte, no caso hipotético referido no acórdão em comento⁶⁵, a ação teria que, ao menos, ser julgada parcialmente procedente para condenar os Poderes Públicos ao fornecimento de tratamentos altamente custosos às crianças que deles necessitem para continuarem sobrevivendo. Deveria, por idênticos fundamentos, ser julgada procedente ação civil pública, mesmo que de âmbito nacional, que colimasse a condenação dos Poderes Públicos ao fornecimento de tratamento, independentemente do custo, às crianças que dele necessitem para continuarem sobrevivendo.

Essas ações coletivas, diversamente do que é sustentado no voto, não estarão necessariamente baseadas em argumentos de natureza política, mas em "argumentos de princípio", precisamente naqueles argumentos que embasaram o acórdão prolatado. A possibilidade de argumentos de princípio sustentarem direitos de uma coletividade é reconhecida pelo próprio Dworkin⁶⁶.

Ademais, nas ações coletivas referidas, não haverá uma maior afetação dos princípios da separação dos poderes e democrático do que a que *deveria* ter sido reconhecida na decisão. Com efeito, a universalidade da regra resultante da lei de colisão importará numa afetação muito maior dos princípios formais, que terá que ser considerada *previamente* na aplicação da lei de ponderação. Não pode, portanto, vislumbrar-se adequadamente que haveria um "inexpressivo abalo aos princípios democrático e da separação dos poderes", porquanto a restrição aos princípios democrático e da separação dos poderes decorrente de uma decisão judicial que determina a realização de um gasto público sem previsão legal e orçamentária é, sem dúvidas, significativa, devendo ser considerada, por força do princípio da universalidade, em sua devida amplitude mesmo nas demandas individuais. Desse modo, a afetação dos princípios formais é, na realidade, muito superior àquela que poderia ser à primeira vista vislumbrada, não se diferenciando, no entanto, daquela que seria decorrente de uma decisão prolatada no bojo de uma ação coletiva⁶⁷.

Da mesma forma, em relação à insuficiência de recursos "nos termos da normatividade constitucional", hipóteses "2)" e "3)", e à "reserva do possível" passível

⁶⁵ Ação coletiva promovida pelos habitantes da cidade de Ribeirão Preto visando à obtenção, perante os Poderes Públicos, de assistência médica em padrão hoje apenas fornecida por planos de saúde particulares e fornecimento de medicamentos à população.
⁶⁶ "Arguments of principle justify a political decision by showing that the decision respects or secures some individual or group right".
DWORKIN. Taking Rights Seriously, p. 82. Cumpre referir que este autor tem em mente a fundamentação de direitos individuais, pois sua teoria é, reconhecidamente, uma teoria liberal do direito.

⁶⁷ Vide a ressalva infra, quanto aos efeitos do não-exercício da pretensão por parte de todos os titulares dos direitos que podem ser subsumidos à regra resultante da ponderação.

de superação, hipóteses "3-1)" e "4-1)", o princípio da universalidade deve ser considerado em toda sua plenitude⁶⁸. As repercussões da aplicação do princípio da universalidade no que concerne às restrições orçamentárias denotam que, da mesma forma que os princípios formais da separação dos poderes e democrático, os princípios que subjazem às regras orçamentárias poderão ser afetados de forma vultosa, sendo que essa afetação terá que ser objeto da argumentação jusfundamental e considerada especificamente na lei de ponderação. Também a "reserva do possível" relativa - que consiste num limite fático que impõe a determinação de uma relação de prevalência entre despesas públicas - deve ser apurada levando em consideração os gastos necessários à concretização de todos os direitos passíveis de subsunção à regra resultante da lei de colisão.

Por outro lado, no que concerne às possibilidades fáticas e orçamentárias, o princípio da universalidade não irá impor, estritamente, a consideração dos efeitos econômicos da realização da universalidade dos direitos passíveis de subsunção à regra resultante da lei de colisão, tampouco serão inteiramente aplicáveis as ponderações atinentes às hipóteses supra-elencadas, pois há distinções que, como assinalado *supra*, devem ser feitas, primordialmente no que concerne às repercussões econômicas *in concreto* do princípio da universalidade e às hipóteses "3-2)" e "4-2)".

Em primeiro lugar, assinalo que é viável que as conseqüências econômicas a serem consideradas não sejam, *in concreto*, tão significativas quanto aquelas que decorreriam da consideração do princípio da universalidade em abstrato, o que pode restar configurado nas situações em que nem todos os titulares dos direitos passíveis de subsunção à regra decorrente da ponderação venham a veicular a pretensão à satisfação destes⁶⁹. Desse modo, podem ser atenuados os empecilhos à realização dos direitos prestacionais originários decorrentes do princípio da universalidade pela realização, por parte do julgador, de uma prognose genérica sobre a judicialização dos direitos idênticos àquele postulado em juízo, considerando-se, assim, as repercussões econômicas provenientes exclusivamente do reconhecimento de idênticos diretos pelos demais órgãos do Poder Judiciário⁷⁰.

A segunda distinção a ser realizada é atinente às hipóteses em que as limitações decorrentes da "reserva do possível" sejam de caráter absoluto, hipóteses "3-2)" e "4-2)", não havendo disponibilidade de caixa nem mesmo para a realização isolada das despesas necessárias à concretização do direito reconhecido judicialmente, quando as situações "a)" e "b)" são nitidamente diversas, pois nesta não ocorrerá

⁶⁸ Considerando-se, contudo, a primeira distinção infra, atinente à possibilidade de a pretensão à satisfação não se estender a todos direitos análogos.

⁶⁹ O que é um elemento que serve para diferenciar a postulação de direitos prestacionais originários em ações individuais e coletivas, de modo a relativizar a asserção feita acima, no sentido de quando reconhecido um tal direito numa ação individual deveria sê-lo necessariamente numa ação coletiva.

De forma análoga à consideração do "efeito multiplicador" que foi desenvolvido pela jurisprudência dos tribunais para a determinação dos requisitos necessários à suspensão de liminares e/ou sentenças. Vide a respeito, dentre outras, a decisão do STF prolatada no julgamento do SS n. 1853-DF, Relator Ministro Carlos Velloso, publicado no Informativo do STF n. 205.

⁷¹ a) concretização de direitos sociais prestacionais reconhecidos por decisões judiciais específicas e b) concretização de direitos sociais prestacionais reconhecidos por decisões judiciais específicas e daqueles direitos que, por força da lei de colisão, são reconhecidos por tais decisões, mesmo sem poderem ser exigidos diretamente da Administração com base nestas.

necessariamente um conflito entre o Direito e a Realidade. Assim, a carência de força normativa da Constituição não será um óbice intransponível à concessão do direito pleiteado, o que demandará, contudo, que seja excepcionada a regra resultante da lei de colisão e, com ela, o princípio da universalidade. Este princípio, portanto, revelarse-á colidente com aquele que embasa o direito social prestacional originário, devendo figurar no enunciado de preferência e, conseqüentemente, ser superado por robustas razões em sentido contrário.

CONCLUSÃO

A concretização de direitos sociais prestacionais originários reveste-se de uma complexidade que lhe é inerente, a qual, corriqueiramente, não é considerada em toda sua amplitude. Com efeito, a apreciação de restrições decorrentes das regras e princípios orçamentários não é, em regra, objeto da argumentação jusfundamental, sendo estas simplesmente ignoradas pelo julgador. Ademais, o recurso à cláusula da "reserva do possível", sem a adequada precisão acerca de seu teor e de seus efeitos, é usualmente levado a efeito sem a efetiva consideração das possibilidades fáticas da concretização de direitos sociais originários, que não se confundem com a existência de "caixas cheios", consistindo na disponibilidade de recursos para a concretização dos direitos definitivos, que são determinados pela consideração, dentre outros fatores, do peso dos princípios em jogo. Por outro lado, usualmente as ações que versam sobre direitos sociais originários são julgadas sem pretensão de universalidade, que é uma imposição do princípio da igualdade, o que simplifica indevidamente o conflito levado à apreciação do Poder Judiciário.

De fato, o princípio da igualdade impõe a observância, no âmbito da teoria da argumentação, do princípio da universalidade, assim como, em relação à teoria dos direitos fundamentais de Alexy, da regra resultante da lei de colisão, vedando que se outorgue tratamento diferenciado àqueles que se encontram em situações idênticas nos aspectos relevantes e, ainda, que, na argumentação jusfundamental, se considere a concretização de determinado direito social prestacional originário sem atenção à necessidade desta ser estendida a todos aqueles titulares de direitos passíveis de subsunção à regra decorrente da ponderação levada a efeito.

No entanto, a aplicação do princípio da universalidade à concretização de direitos sociais prestacionais originários vem a agudizar a complexidade inerente a esta. Em primeiro lugar, amplia significativamente o peso dos princípios formais contrapostos. Acresce vultosamente o espectro de casos em que haverá restrições jurídicas e fáticas ao reconhecimento destes direitos, levando a que – quando houver a alegação e comprovação, por parte do legitimado passivo, da existência de fato impeditivo ao reconhecimento do direito do(s) autor(es) - a aferição judicial das disponibilidades orçamentárias seja necessária em tais ações. Havendo restrições financeiras à concretização dos direitos prestacionais, a adequada consideração do princípio da universalidade deverá estar embasada numa prognose genérica sobre a judicialização dos direitos idênticos àquele postulado em juízo. Assim como ocorre

com os princípios formais da separação de poderes e democrático, a afetação dos princípios orçamentários e dos que embasam a realização das despesas preteridas, quando existente, revelar-se-á, ao menos, significativa, pois as restrições orçamentárias e a "reserva do possível" relativa deverão considerar as despesas necessárias à satisfação de todos os direitos idênticos, com atenção à última ressalva, atinente à judicialização parcial dos direitos.

Por outro lado, quando houver recursos para a realização das despesas necessárias ao cumprimento da decisão, mas não para daquelas que seriam destinadas à satisfação dos direitos que, por força da lei de colisão, são reconhecidos pela decisão, não haverá um conflito entre Realidade e o Direito, o que viabilizará que, em casos extremos, o princípio da universalidade seja excepcionado, de modo a que o direito social prestacional originário seja reconhecido mesmo com a consciência da impossibilidade de o reconhecimento estender-se a todos casos idênticos.

Tais ponderações tornam nítido o fato de que a atuação do Poder Judiciário ao concretizar direitos sociais prestacionais originários mesmo em demandas individuais envolve questões de largo espectro. Havendo a necessidade de realocação de recursos e, assim, da determinação de uma relação de prevalência entre princípios a cuja concretização são necessárias despesas públicas, restará configurada a ingerência, legítima ou não, nas políticas públicas governamentais⁷², fato que não pode ser olvidado, sob pena de se simplificar em demasia o conflito jurídico e político levado à apreciação do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. Teoría de los Derechos Fundamentales. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

AMARAL, Gustavo. Interpretação dos direitos fundamentais e conflito dos poderes. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.) *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

⁷² Sobre a concretização dos direitos sociais e as "políticas públicas como objeto de demandas populares" vide LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo. Direitos humanos, direitos sociais e justiça. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 129 et seq.. Desse trabalho transcrevemos o seguinte trecho, atinente à universalidade que deve nortear tais decisões, por ser inerente ao próprio serviço público: "Além disso, a prestação do serviço depende da real existência dos meios: não existindo escolas, hospitais e servidores capazes e em número suficiente para prestar o serviço o que fazer? Prestá-lo a quem tiver tido a oportunidade e a sorte de obter uma decisão judicial e abandonar a imensa maioria à fila de espera? Seria isto viável de fato e de direito, se o serviço público deve pautar-se pela sua universalidade, impessoalidade e pelo atendimento a quem dele mais precisar e cronologicamente anteceder os outros? Começam, pois, a surgir dificuldades enormes quando se trata de defender com instrumentos individuais um direito social.", p. 131. No que pertine à necessária observância das normas orçamentárias e de finanças públicas, o autor assinala que: "Nesta perspectiva, cresce a importância de alguns capítulos constitucionais pouco conhecidos dos juristas em geral. Refiro-me particularmente ao Título VI ("Da Tributação e do Orçamento"), Capítulo II ("Das finanças públicas"), artigos 163 a 169.", p. 132.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001. ATIENZA, Manuel. As razões do Direito: Teoria da Argumentação Jurídica. São Paulo: Landy, 2000. . MANERO, Juan Ruiz. Las piezas del Derecho: teoría de los enunciados jurídicos. Barcelona: Ariel, 1996. ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n.19, p. 157-180. . A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 215, p. 151-179, 1999. BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas e Direito Administrativo. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 133, p. 89/98, jan/mar 1997. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. . Constituição Dirigente e vinculação do legislador. Coimbra: Coimbra Editora, COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 138, p. 39-48, abr./jun. 1998. DWORKIN, Ronald. Taking Rights Seriously. Cambridge: Harvard University Press. 2001. GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998. . Despesa pública – Princípio da Legalidade – Decisão judicial. Boletim de Direito Administrativo, n. 2, fev./94, p. 90-106. . O Direito Posto e o Direito Pressuposto. São Paulo: Malheiros, 1996.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes.

Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991.

KRELL, Andreas J. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo. *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. Lei de responsabilidade fiscal, correlação entre metas e riscos fiscais e o impacto dos déficits públicos para as gerações futuras. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n° 14, junho/agosto, 2002. Disponível na Internet: htttp://www.direitopublico.com.br. Acesso em 08 de novembro de 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Público*. São Paulo, 57/58, 1983, p. 233-256.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 2. ed. rev. e ampl.: Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 6. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

A NOVA CONTRIBUIÇÃO DE INATIVOS E PENSIONISTAS

Leandro Paulsen* e Arthur Maria Ferreira Neto+

INTRODUÇÃO - PARTE I - 1. Concepção tradicional das contribuições; 2. O novo Estado Social e a tributação; 3. Comutatividade e Seguridade Social; 4. Invocação da solidariedade para fins de tributação; - PARTE II - 1. Do suposto direito adquirido a não sofrer a incidência da contribuição; 2. Da irredutibilidade de vencimentos; 3. Do princípio da segurança jurídica; 4. Do princípio da isonomia - CONCLUSÃO.

INTRODUÇÃO

Com o advento da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, profundas alterações foram realizadas na estruturação da Seguridade Social, especialmente no que tange ao seu regime de custeio através da tributação, bem como em relação às regras específicas da previdência social.

O caput do art. 40 da Constituição, em sua nova redação, veio tanto a consagrar, de modo expresso, o caráter solidário dos regimes de previdência dos servidores públicos federais, estaduais, distritais e municipais, quanto autorizar a criação de contribuição social de inativos e pensionistas. O novo $\$18^\circ$ do mesmo dispositivo constitucional indicou a base de cálculo e a alíquota que devem ser observadas na

^{*} Juiz Federal. Professor de Direito Tributário. Especialista em Filosofia e Economia Política. Mestrando em Direito do Estado pela UFRGS. Presidente da Escola Superior da Magistratura Federal – ESMAFE/RS.

⁺ Professor de Direito Tributário. Pós-graduado em Direito Tributário pelo IBET. Mestrando em Direito Tributário pela UFRGS.

instituição da nova exação, ao determinar sua incidência "sobre os proventos de aposentadoria e pensões concedidas pelo regime de que trata este artigo que superem o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos."

Por sua vez, o parágrafo único do art. 4° da Emenda Constitucional n° 41 estabeleceu hipóteses em que as bases de cálculo das contribuições de inativos e pensionistas em gozo de benefícios ou com os requisitos para tanto já preenchidos quando do seu advento deverão observar padrões diferenciados. Relativamente às contribuições criadas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, o novo tributo incidiria sobre o montante superior a 50% do valor do benefício máximo pago no regime geral de previdência. Em relação às aposentadorias e pensões dos servidores da União, a nova contribuição incidiria sobre a quantia que superar 60% do valor do benefício do regime geral de previdência.

O presente trabalho será dividido em duas partes.

Na primeira, pretende-se identificar os elementos pertinentes à natureza intrínseca das contribuições de Seguridade Social, espécie tributária em que se enquadra a nova contribuição previdenciária de inativos e pensionistas. Sendo as contribuições tributos estritamente finalísticos, a plena compreensão das características da exação autorizada pela EC 41/03 parte necessariamente da especificação da finalidade que através dela se almeja atingir. Por essa razão é que os elementos caracterizadores da nova contribuição encontram-se estritamente relacionados com o modo pelo qual o Sistema de Seguridade Social foi estruturado na Constituição de 1988. Esta consideração faz com que sejam de pronto afastadas todas as posturas que defendem a existência de elementos apriorísticos para as espécies tributárias, anteriores a qualquer positivação no texto constitucional. Assim, na primeira seção, será analisada criticamente a bastante divulgada natureza retributiva das contribuições sociais, tendo como ponto de partida a definição do modelo de Seguridade Social adotado pela Carta Política de 1988, mesmo no período anterior à promulgação da EC 41/03. A primeira parte deste estudo será propedêutica para a segunda.

No segundo momento deste artigo, tendo como pressuposto a natureza interna das contribuições de Seguridade Social na Constituição brasileira, será averiguada a conformidade das novas normas de competência com totalidade normativa do ordenamento constitucional, de modo a apontar se novas exações se apresentam ou não como violadoras das garantias constitucionais do direito adquirido, da segurança jurídica e da isonomia tributária.

PARTE I

1 CONCEPÇÃO TRADICIONAL DAS CONTRIBUIÇÕES

A doutrina tradicional do Direito Tributário sempre enfrentou dificuldades na tentativa de focalizar a natureza jurídica das contribuições, especialmente daquelas destinadas à Seguridade Social.

Entre nós, um dos autores que mais se aprofundou na exploração do elemento qualificador das contribuições foi Geraldo Ataliba¹, tendo ele se empenhado energicamente na justificação do que seria o caráter autônomo desta espécie tributária. Ao identificar o elemento diferenciador deste tributo, veio ele a afirmar que teríamos "verdadeira" contribuição² somente "quando a base designada pela lei for uma medida (um aspecto dimensível) do elemento intermediário, posto como causa ou efeito de atuação estatal." Este elemento, mesmo sendo de difícil identificação e especificação nos casos concretos, destacava indiretamente a noção de que a exigência das contribuições tinha como propósito a realização de uma atividade do Estado ou que manifestasse relevante interesse público. De qualquer modo, mesmo tendo afirmado a autonomia das contribuições frente às demais espécies, Ataliba, no discorrer de sua obra, acaba por reconhecer, em razão do cunho especial deste tributo, que as contribuições, conforme a espécie particular de que se tivesse tratando, deveriam "guardar relação direta com o benefício especial, ou com a despesa especial causada pelo sujeito passivo". 4 Esta relação direta entre a exigência tributária e o benefício especial ou a atuação estatal direcionados ao contribuinte indicaria o elemento essencial da referibilidade nas contribuições.

Tornou-se, portanto, senso comum em nosso pensamento tributário a afirmação categórica de que o pagamento de contribuição social impõe ao Estado o dever de realizar uma atividade específica ou prestar um benefício determinado àquele que arcou com o respectivo ônus tributário. Nesta medida, seria ponto nuclear nas contribuições o estabelecimento de uma relação de causa e efeito entre pagamento do tributo e recebimento de vantagem específica⁵ direcionada ao particular, seja através de um benefício econômico, seja através da prestação de uma atividade.

Tal raciocínio mecanicista esbarrou, porém, em algumas dificuldades quando da sua aplicação na análise específica das contribuições de Seguridade Social previstas no art. 195 da Constituição.

Tanto é verdade que tributaristas do mais alto calibre vieram, com certa freqüência, a vincular às contribuições de Seguridade Social um caráter interno variável e oscilante⁶. Dentro desta perspectiva, as contribuições seriam ora verdadeiros

¹ ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

² Interessante notar que, segundo o autor, não chegou a ser efetivamente estabelecida nenhuma "verdadeira" contribuição pela Constituição de 1988. (op. cit., fl. 182)

³ ATALIBA, op. cit., fl. 185.

⁴ ATALIBA, op. cit., fl. 196.

⁵ Não há como se negar que os defensores desta postura buscaram a sua fonte de inspiração nos clássicos ensinamentos de Dino Jarach, um dos principais interlocutores no debate da aplicação da teoria da causalidade no Direito Tributário, tendo afirmado: "Se o princípio da capacidade contributiva é causa do imposto, será em primeiro termo obrigado ao tributo o sujeito que se encontra em uma relação tal, com o fato imponível, que a e le se possa atribuir, em uma via principal, a capacidade contributiva. O mesmo se pode dizer, mutatis mutandis, com referência à taxa e à contribuição: também, para estes tributos, é obrigado, em primeiro termo, aquele que goza do serviço administrativo ou de vantagem especial, que constituem respectivamente a causa da taxa ou da contribuição." (O fato Imponível – Teoria Geral do Direito Tributário Substantivo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989, p. 156).
⁶ Defendem a natureza híbrida das contribuições de seguridade social, entre outros, Paulo de Barros Carvalho (Curso de Direito Tributário, 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 44), Sacha Calmon Navarro Coelho (Comentários à Constituição de 1988, 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 8/11) e Misabel de Abreu Derzi (Contribuições, in Revista de Direito Tributário n. 48. jun/1989).

impostos, ora verdadeiras taxas, natureza esta que variaria de acordo com o pressuposto de fato que daria ensejo à tributação. Quando exigidas do empregador, as contribuições de Seguridade Social deveriam ser qualificadas como típicos impostos, pois o fato que geraria a incidência tributária deveria necessariamente manifestar parcela de riqueza do contribuinte, assim como deveria estar desvinculado de qualquer atuação estatal (v.g. faturar, auferir lucro ou pagar folha de salário). Por outro lado, quando exigida do trabalhador, a contribuição social deveria ser definida como verdadeira taxa, pois somente ganharia sentido a cobrança da exação na medida em que o fato imputador da obrigação tributária gerasse o dever de se pagar o exato montante necessário para cobrir a despesa estatal assumida no custeio de benefício previdenciário específico e individualizado.

Assim, nesta perspectiva bivalente, o pagamento de contribuição de Seguridade pelo trabalhador – a qual seria, na verdade, taxa para alguns autores – obrigaria o Estado a entregar um benefício individualizado àquele que se sujeitou ao encargo, vantagem esta que representaria a própria razão de ser da exigência tributária. Corolário direto deste raciocínio é que, uma vez demonstrada a ausência de benefício específico a ser gozado pelo contribuinte, estaria rompido o liame causal que garantia legitimidade à contribuição, tornando completamente inócua a permanência no mundo jurídico da exigência do tributo.

Qual é, portanto, a relevância destas considerações na análise da nova contribuição social exigida de servidores inativos e pensionistas, principalmente após a autorização consagrada com o advento da Emenda Constitucional nº 41/03? O principal obstáculo que se enfrenta ao tentar-se afirmar a constitucionalidade da contribuição de Seguridade exigida de servidores inativos e pensionistas é o de como justificar a cobrança deste novo tributo daqueles que já custearam, durante o período de tempo determinado em lei, o benefício previdenciário que hoje estão legitimamente usufruindo, os quais, ainda, não receberão vantagem adicional do Sistema de Previdência, em medida equivalente ao ônus tributário adicional que estarão suportando. A cobrança de contribuição de Seguridade Social de servidores inativos e pensionistas passa, assim, obrigatoriamente pela averiguação da natureza contraprestacional desta exação, invocada a larga margem pelos ensinamentos tradicionais no Direito Tributário.

Deve-se, pois, averiguar se esta natureza tradicionalmente atribuída às contribuições de Seguridade Social não parte de uma noção pré-concebida e se encontra efetivo amparo no texto constitucional.

2 O NOVO ESTADO SOCIAL E A TRIBUTAÇÃO

Antes de vasculhar-se a Constituição com o intuito de localizar em seu texto a existência ou não de base positiva para o propalado caráter retributivo das contribuições de Seguridade, mostra-se relevante o questionamento acerca da postura adequada do Estado Moderno diante do novo espectro de exigências que começam a surgir no seio da sociedade atual. A questão, portanto, parte necessariamente da análise da

postura do Estado diante dos novos problemas sociais, ou seja, do papel que deve assumir ao moldar o seu sistema de Proteção Social, juntamente com o correlato regime de tributação necessário ao seu custeio.

Nas últimas décadas, o complexo formador da sociedade civil modificou-se, principalmente em razão da fragilização de suas instituições sociais básicas e da ampliação do volume e do conteúdo das prestações que se exige sejam realizadas pelo Estado. Tais alterações vieram a transfigurar a própria situação dos indivíduos dentro do contexto social. Hoje, vivenciamos uma realidade em que os males de relevância coletiva encontram-se massificados, atingindo expressivas parcelas da população, a ponto de criar uma específica categoria social composta por aqueles permanentemente acometidos por esta situação de prejudicialidade. Temos, pois, na atualidade, uma categoria de excluídos da sociedade civil que não pode mais ser vista apenas como um grupo social marginalizado, dotado de contornos limitados. Além disso, os próprios os prejuízos a que esta classe se vê sujeita também não podem ser entendidos como uma situação esporádica, passageira ou excepcional. Na verdade, os excluídos de hoje compõem um estrato amplo dentro da sociedade, cuja situação de exclusão e precariedade não é mais temporária, mas de duração ilimitada no tempo. O desemprego, na realidade atual, não pode mais ser vislumbrado como um mero risco a que o indivíduo está, conforme as suas circunstâncias particulares, excepcionalmente sujeito. A massificação do desemprego, em caráter prolongado, acaba por impedir que uma parcela expressiva da coletividade dê conta dos meios necessários para sua subsistência e para seu desenvolvimento mínimo, fazendo com que esta categoria ampla de marginalizados necessite de auxílio do Estado de modo intenso e por período indeterminado.

A descrição desta realidade parece refletir perfeitamente o quadro atual vivenciado no Brasil. O elevadíssimo índice de desemprego experimentado no contexto brasileiro e o muito divulgado déficit financeiro da Seguridade Social são fatos que dispensam maiores demonstrações. Entretanto, as referências acima explicitadas, curiosamente, partem de constatações e relatos fornecidos por Pierre Rosanvallon, ao identificar o fenômeno da exclusão no contexto europeu, o que, segundo o autor, demonstram a insuficiência no sistema de Seguridade Social francês e acabam por exigir alterações na estrutura do Estado Social daquele país.

Em sua obra, A Nova Questão Social⁷, Rosanvallon defende a falência do modelo securitário na estruturação do sistema francês de Seguridade. O modelo clássico de Seguridade Social, estruturado com base em um paradigma securitário⁸, assume como fundamento a eleição de um conjunto de males coletivamente relevantes (doenças, acidentes de trabalho, precariedade em razão de idade avançada, etc...) para os quais a sociedade se dispõe a ratear, entre seus integrantes, a responsabilidade por estes riscos sociais, assumindo, assim, os custos financeiros necessários para superação ou minoração destes. Na "sociedade securitária", a utilização do conceito de risco na estruturação do Sistema de Proteção Social mostra-se plenamente

⁷ The New Social Question – Rethinking the Welfare State. Estados Unidos da América: Princeton University Press, 2000.

⁸ ROSANVALLON, op. cit., p. 16.

adequada, já que a sujeição do indivíduo à determinada situação de prejudicialidade representa apenas um mal esporádico, limitado no tempo. Além disso, nesta realidade, não se permite sejam determinados, de modo preciso, aqueles que estarão sujeitos aos prejuízos coletivamente relevantes. Por isso, dentro desta conjectura social, nada mais adequado, para os indivíduos interessados em se resguardarem individualmente destes riscos sociais, do que o estabelecimento de um contrato de seguro com o Estado, em que os sujeitos auto-interessados se obrigam a arcar com o pagamento de um ônus econômico que guarde estrita pertinência com o montante necessário para que a entidade estatal esteja financeiramente apta a garantir custeio das prestações a que cada um poderá eventualmente fazer jus. Em última análise, o modelo securitário de Seguridade Social estabelece um vínculo comutativo entre e o particular e o Estado, criando um "sistema de compensações" que assume a idéia de "pura justiça contratual" 9.

Ocorre que, dentro do novo contexto social, o conceito fundamental de risco, baseado na idéia de que existe uma situação prejudicial igualmente distribuída entre os integrantes da comunidade e de difícil previsibilidade, mostra-se, hoje, impreciso e inadequado. Rosanvallon apresenta dois motivos que levam a fragmentação deste conceito de risco. Primeiramente, o surgimento do já referido fenômeno da exclusão, oriundo do desemprego em massa e prolongado no tempo, cria uma categoria social permanente e passível de determinação, a qual se mostrará como a destinatária principal destas prestações estatais. Rosanvallon defende, ainda, que os avanços científicos no campo da genética permitirão ao indivíduo cada vez mais saber de antemão quais serão os males a que ele biologicamente poderá vir a se sujeitar. Assim, dotado deste progressivo conhecimento genético, em que cada um tenderá a saber, com razoável precisão, dos seus limites e predisposições biológicas, a sociedade deixará de pensar em perigos coletivamente relevantes e passará a entender o risco como algo eminentemente individualizado.

Numa sociedade em que podemos identificar, de modo relativamente preciso, qual parcela estará mais sujeita aos riscos e prejuízos coletivamente relevantes e na qual os bem postados dentro da sociedade assumem convicções de que não estão propriamente abrangidos pelas faixas de risco nem estão individualmente predispostos a se verem acometidos por um mal específico, o pensar em um contrato de seguro firmado pelo Estado com o intuito de os indivíduos resguardarem-se de riscos e perigos coletivos passa a representar um verdadeiro *nonsense*¹⁰. Hoje, portanto, o véu da ignorância de Rawls está rompido de modo irreparável¹¹ e qualquer tentativa de aplicação de uma justica meramente procedimental fracassará.

Assim, para a resolução desta nova dimensão de problemas sociais, os modelos tradicionais de atuação estatal na proteção do indivíduo contra os prejuízos coletivamente relevantes, fundados estritamente em uma relação securitária, por certo

⁹ ROSANVALLON, op. cit., p. 14.

 $^{^{10}}$ "If some know they will be spared some costly serious ilness, will they agree to continue paying the same contributions for health insurance as those who are genetically condemned to develop that affliction?" (op. cit., p. 30)

¹¹ ROSANVALLON, op. cit., p. 21.

não dão mais conta. Impõe-se, pois, a estruturação de um novo princípio inspirador do sistema de proteção social.

Esse novo princípio inspirador seria para Rosanvallon a solidariedade 12. Enquanto que, no modelo securitário, o sistema de Seguridade preocupava-se apenas com a higidez da técnica de seguro a ser aplicada, agora, através do modelo solidário, passa-se a ter um valor específico a ser promovido. Com isso, deve o Estado passar a pensar na Seguridade Social não mais como uma relação contratual mantida com a coletividade que governa, mas precisamente como uma questão de cidadania 13. Aliás, a própria coletividade passa a assumir obrigações para com seus membros pelo só fato destes estarem envolvidos na vida comunal. Assim, a Seguridade solidária deixa de escorar-se em um critério exclusivamente de justiça comutativa, em que cada indivíduo pensa em adimplir tão-somente o ônus econômico necessário para custear seu potencial benefício, e passa a adotar um critério de justiça distributiva, em que se almeja dar a cada cidadão o que lhe é devido de acordo com suas particularidades e diferenças 14.

Como forma de custeio do modelo solidário de Seguridade Social, Rosanvallon entende ser necessária a adoção de uma tributação distributiva, já que o financiamento do sistema mediante simples contribuição 15 não se mostraria suficiente. Na tributação, portanto, a conseqüência direta desta mudança de paradigma é a necessidade de se abandonar a idéia de retributividade como fundamento do custeio e a de comutatividade na entrega das prestações sociais 16. Em seu lugar, exige-se uma tributação social, em que todos os membros da coletividade, jungidos pelo dever cívico de manter um sistema de Seguridade Social duradouro e eficiente, estariam potencialmente indicados a arcar com seu financiamento.

3 COMUTATIVIDADE E SEGURIDADE SOCIAL

No tópico anterior, tentou-se demonstrar que a estruturação de um sistema de proteção social baseado em um modelo solidário, abandonando-se o tradicional paradigma securitário, seria não apenas uma opção razoável e adequada, mas propriamente uma exigência direta das atuais contingências sociais. Ocorre que tal argumentação, por si só, não autoriza seja justificada a instauração ou aplicação de um modelo solidário no contexto jurídico brasileiro. Tais apontamentos, do modo

 $^{^{12}}$ "...we are moving progressively toward the 'logic of solidarity', by which I mean a system of direct redistribution, rather than a general insurance scheme under the veil of ignorance." (op. cit., p. 21)

¹³ ROSANVALLON, op. cit., p. 27.

^{14 &}quot;...relations between the notions of justice and solidarity are changed when information promotes differences. In other words, tearing the veil of ignorance means a return to the traditional opposition between distributive justice and commutative justice." (op. cit., p. 31).

¹⁵ Do que se extrai do seu texto, a contribuição, no Direito francês, não possui natureza tributária. Portanto, quando o autor defende a necessidade da adoção de uma sistema de proteção social escorado na tributação (p. 41), devemos compreender que está ele apontando a necessidade de abandono de um custeio meramente contraprestacional para a utilização de um modelo financiado mediante uma tributação distributiva, ou seja, em que o critério para a imposição do ônus tributário é uma característica determinada do contribuinte (e.g. capacidade econômica) e não propriamente o recebimento de um benefício aritmeticamente correlato.

¹⁶ "The shift to a system of solidarity implies breaking with the implicit expectation of an equivalent, the organizing principle of social insurance." (op. cit., p. 51)

como apresentados, apenas estariam aptos a incitar o debate público, ficando o acolhimento desta postura sempre submetido à vontade política do poder instituído. Considerando que nosso ordenamento jurídico encontra-se organizado sob uma Constituição rígida, impõe-se averiguar se o seu texto positivo estabelece para Seguridade Social um modelo securitário a ser seguido ou se permitiria a estruturação de um sistema inspirado na solidariedade.

Assim, sendo a Constituição o alicerce fundamental na definição do papel do Estado no combate aos riscos a que estamos coletivamente sujeitos, cabe averiguar os limites dentro dos quais poderá ele atuar, bem como a carga de responsabilidade que pode ser imputada à sociedade na manutenção ou expansão do sistema de Seguridade Social.

É desnecessária a realização de um extraordinário esforço exegético para que seja identificado o modelo a ser seguido na estruturação da Seguridade Social sob o pálio da Constituição Republicana de 1988. Isso porque a só leitura do *caput* do art. 195 da Constituição 17 não deixa expressiva margem para digressões acerca do grau de responsabilização que pode recair sobre a sociedade no financiamento da Seguridade Social. Ora, o texto constitucional é suficientemente claro ao imputar a toda a coletividade o ônus pela manutenção e pelo custeio do sistema de proteção social vigente em nosso país, estando todos os indivíduos 18 potencialmente indicados a serem chamados a arcar com seu financiamento.

O modelo solidário encontra-se, pois, expressamente positivado em nosso ordenamento constitucional. Aliás, considerando a franqueza e a retidão do texto da Constituição neste particular, causa estranheza o pouco consenso que se encontra na comunidade jurídica sobre a questão.

De qualquer modo, as discordâncias existem. Tais posturas discordantes, negadoras do caráter solidário já traçado, normalmente, fundam-se na leitura de outros dispositivos constitucionais, os quais, em princípio, se prestariam à justificação de um custeio da Seguridade Social que assumisse, direta ou indiretamente, um caráter retributivo/comutativo.

O parágrafo 5° do art. 19519 é freqüentemente invocado com o intuito de demonstrar que o Constituinte teve a intenção de atribuir à Seguridade um caráter estritamente contraprestacional. Defende-se, nesta leitura do dispositivo constitucional, que a Constituição ao exigir uma concreta e integral fonte de custeio para a criação ou extensão de prestações sociais teria, ainda, demonstrado a intenção de vincular a instituição de novas contribuições (ou a majoração das já existentes) aos benefícios

 $^{^{17}}$ "Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios..."

¹⁸ A referência constitucional no sentido de que todos podem ser indicados a custear a Seguridade deve ser lida com a sutil ressalva daqueles que não manifestam capacidade econômica mínima. Obviamente que, mesmo sendo dever de todos o financiamento do sistema protetivo, esta imposição não poderá recair sobre aqueles que sequer manifestam condições mínimas de se manterem, os quais aliás serão os principais destinatários das prestações carreadas pela Seguridade Social. A exigência, no caso, de capacidade econômica mínima é obtida através da ponderação entre a autorização constitucional para a tributação solidária no financiamento da Seguridade social e a necessária observância dos princípios da dignidade da pessoa humana e do não-confisco.

¹⁹ Art. 195. § 5º - Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

específicos que se pretendesse criar ou estender. Com isso, nenhuma contribuição de Seguridade teria sua criação autorizada pelo texto constitucional que não fosse para introduzir uma nova gama de vantagens sociais, o que demonstraria que os benefícios e serviços oferecidos pela Seguridade Social guardariam estrita pertinência com as quotas tributárias arcadas pelos contribuintes.

Analisando o citado dispositivo, Uendel Domingues Ugatti vem a localizar no texto constitucional o por ele batizado "Princípio²º da Contrapartida", o qual, além de exigir uma efetiva fonte de custeio para todas as prestações realizadas pela Seguridade Social, também impediria a instituição ou majoração de contribuições que não mantivessem uma relação direta com novos benefícios ou serviços postos à disposição da comunidade²¹. Estaria, assim, justificada a presença do modelo securitário em nosso texto constitucional, o que demonstraria, ainda, ser a Seguridade Social um sistema exclusivamente atuarial, tal como fundo de capitalização privado, em que o primordial valor consagrado pelo Constituinte teria sido o equilíbrio financeiro e orçamentário²². Aliás, dentro deste modelo estritamente securitário, sequer estaria autorizado pensar-se em superávit do sistema²³, já que romperia com a neutralidade financeira, a princípio, imposta pela Constituição.

Nesta linha, também é costumeira a invocação do caput do art. 201 da Constituição²⁴, o qual indica expressamente o caráter contributivo da previdência social, além de impor o necessário equilíbrio financeiro e atuarial do sistema. Com base neste dispositivo constitucional estaria, novamente, garantido o caráter contraprestacional no pagamento das contribuições, forte no elemento contributivo do custeio previdenciário e na neutralidade financeira que o sistema deve refletir.

Uma leitura mais aprofundada do texto da Constituição, porém, não autoriza tais conclusões. Não há dúvida quanto ao fato de a Constituição exigir a existência de uma real fonte de custeio para arcar com as despesas oriundas das atividades desenvolvidas pela Seguridade Social. Tal regra constitucional, por certo, presta-se a "coibir excessos demagógicos" que surgiriam caso fosse possível a positivação de

²⁰ Cabe apontar que de acordo com a Teoria do Direito atualmente mais destacada, segundo a qual princípios jurídicos seriam "normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectiva e com pretensão de complementariedade e de parcialidade..." (ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 70), o dispositivo contido no art. 195, § 5°, da Constituição de modo algum poderia receber a qualificação indicada por Uendel Ugatti, já que apenas indicaria dois comportamentos a serem seguidos pelo legislador infraconstitucional, assumindo, assim, a característica primordial das regras.

²¹ "...o princípio da contrapartida (...) obriga o legislador ordinário, quando do exercício da atividade legiferante, a indicar a respectiva fonte de custeio total da prestação protetiva instituída ou estendida, e a prescrever, expressamente, qual ou quais prestações de seguridade social serão custeadas pela contribuição criada ou majorada." (UGATTI, Uendel Domingues. O princípio Constitucional da Contrapartida na Seguridade Social. São Paulo: LTr, 2003, p. 88)

²² Tal entendimento veio a ser manifestado pelo próprio Supremo Tribunal Federal ao decidir que o invocado dispositivo constitucional "...homenageia o equilíbrio atuarial, revelando princípio indicador da correlação entre, de um lado, contribuições e, de outro, benefícios e serviços." (STF, Plenário, unânime, Rel. Min. Marco Aurélio, ADI 790, fevereiro/1993)

^{23 &}quot;o princípio da contrapartida, em decorrência da unidade da Constituição, não permite a existência de superávit ou déficit – receita superior à despesa ou despesa superior à receita. Na seguridade social, em virtude da total correspondência entre prestações e fontes de custeio, não há que falar em eventual 'sobra de caixa' no custeio do sistema." (op. cit., p. 113).

^{24 &}quot;Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, ..."

²⁵ FERREIRA FILHO Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n° 1, p. 171-172; APUD, UGATTI, Uendel Domingues. O princípio Constitucional da Contrapartida na Seguridade Social. São Paulo: LTr, 2003, p. 74.

benefícios sociais que jamais pudessem ser efetivamente concretizados ante a ausência de recursos financeiros suficientes. Entretanto, a conclusão extraída pela leitura a contrario sensu do § 5º do art. 195 não se mostra adequada. Ao negar a possibilidade de captação de novos recursos destinados especificamente aos benefícios sociais já existentes, sem repercutir necessariamente na criação de uma nova vantagem, em primeiro lugar, impede-se qualquer tentativa de superação da crise financeira que hoje assola o sistema. Além disso, vem limitar a atuação da Seguridade Social simplesmente às exigências momentâneas, negando-lhe o caráter prospectivo que deve assumir, segundo o qual a rede de proteção social necessita estar minimamente habilitada a enfrentar uma dimensão mais ampla de riscos coletivos que poderão surgir no futuro. Tal mentalidade imediatista no custeio da Seguridade parece, pois, vir em prejuízo do modelo solidário traçado pela Constituição de 1988. Ora, equilíbrio atuarial em nenhum momento significa esterilidade financeira diante do surgimento de novas exigências sociais. A existência de um saldo positivo nas contas financeiras da Seguridade Social longe de ser um demérito do sistema é forte indicativo da sua sanidade.

Poderíamos dizer então que a Constituição admite o aumento de sua carga tributária através das contribuições de Seguridade sem que haja a disponibilização imediata de uma nova vantagem ou serviços específicos? A resposta deve ser afirmativa. O fundamental na imposição de uma nova contribuição social é que a finalidade de sua criação esteja diretamente relacionada com o financiamento da Seguridade, mesmo que não haja a pronta criação de qualquer benefício adicional. O elemento nuclear das contribuições é a finalidade que se busca atingir²⁶ e não propriamente o custeio de uma vantagem específica direcionada ao particular. No caso das contribuições de Seguridade Social, a finalidade almejada não é o mero pagamento de uma série exaustiva de vantagens individualmente orientadas, mas a manutenção e eventual expansão de um sistema protetivo eficiente que, além de dar conta dos riscos hoje considerados coletivamente relevantes, também esteja apto a cobrir em maior dimensão os prejuízos que venham a acometer a sociedade no futuro.

Não se quer dizer com isso que os benefícios e serviços disponibilizados pela Seguridade sejam elementos completamente irrelevantes dentro deste contexto jurídico. Por óbvio que não. A disponibilização de vantagens aos indivíduos legitimados a recebêlas e a promoção de atividades direcionadas àqueles colocados em uma situação de prejudicialidade mostram-se como as vias principais através da qual a Seguridade Social atinge seus objetivos constitucionais. Entretanto, o recebimento de determinado benefício é elemento exclusivamente acidental em se tratando de contribuições de Seguridade. Por acidental²⁷ se quer dizer uma característica esporádica e ocasional que se manifesta nas contribuições. A existência de uma prestação estatal específica relacionada ao particular não se apresenta, pois, como um elemento necessário das

^{26 &}quot;O principal limite relaciona-se à peculiaridade das contribuições: sua vinculação à promoção de determinadas finalidades." (ÁVILA, Humberto. Contribuições na Constituição Federal de 1988. In: MACHADO, Hugo de Brito (org.). As contribuições no Sistema Tributário Nacional. São Paulo: Dialética, 2003, p. 323)

²⁷ Sobre o elemento acidental do ser vide REALE, Giovanni, Introdução à Aristóteles, Edições 70, 1997.

contribuições sociais²⁸.

Na verdade, o sistema protetivo consagrado na Constituição de 1988 possui um fim em si mesmo, além do mero oferecimento de vantagens individualmente direcionadas. A função prospectiva que o sistema de Seguridade deve projetar garante que ele seja visto como bem a ser perseguido por todos os integrantes da sociedade, mesmo por aqueles que não se coloquem, naquele momento específico, em uma situação necessitadora da prestação estatal. Assim, o pagamento de contribuições de seguridade não se dá em vista do auferimento de uma vantagem diretamente orientada àquele que arcou com seu ônus, mas em razão do cumprimento do dever solidário imposto pela Constituição, segundo o qual é de interesse de todos a manutenção de uma estrutura estatal protetiva contra riscos coletivamente relevantes.

Quanto ao caráter contributivo que o art. 201 da Constituição expressamente atribui à previdência social, algumas considerações merecem ser feitas. Inicia-se a exposição do argumento pela conclusão que segue.

O fato de a previdência social ser estruturada com base em um regime contributivo não exige que haja uma vinculação aritmética entre os valores despendidos pelo beneficiário e o quantum que estará legitimado a receber a título de benefício previdenciário. Para alcançar-se tal conclusão três premissas extraídas do texto constitucional devem ser apresentadas. (1) A toda a sociedade pode ser imputado o dever de custear a Seguridade Social (caput do art. 195), o que significa dizer que qualquer indivíduo pode ser chamado a arcar com o ônus tributário que se vincule à persecução desta finalidade estabelecida na Constituição. (2) A Seguridade Social é composta por uma rede integrada de ações estatais, as quais se manifestam em três campos distintos de atuação, quais sejam, a saúde, a previdência e a assistência social (art. 194). (3) As fontes dos recursos financeiros necessários para a efetiva concretização das três áreas de atuação da Seguridade estão indicadas no art. 195 da Constituição. Isso significa dizer que o contribuinte da Seguridade Social, quando paga a correspondente contribuição, está vertendo recursos para o custeio de uma gama maior de atividades estatais e não apenas adimplindo o quinhão necessário para quitar as despesas referentes ao seu futuro benefício previdenciário. Por esta razão, a indicação, no art. 201 da Constituição, do caráter contributivo da previdência social deve ser entendida tão-somente como uma exigência prévia ao recebimento de benefício previdenciário e não propriamente como o critério financeiro para o custeio do sistema. A contributividade da Previdência Social apenas impede que alguém seja beneficiário de prestação previdenciária sem que jamais tenha contribuído com qualquer valor. No entanto, o raciocínio inverso, no sentido de que o próprio benefício a ser recebido deva corresponder aos valores pagos pelo beneficiário, não se admitindo qualquer tributação que não reflita aumento nas prestações previdenciárias devidas, não procede.

²⁸ "O benefício ... não pode ser mensurado individualmente, eis que dirige o grupo, no qual o contribuinte está inserido. Não se exige, entretanto, que se trate de benefício concreto. Basta que exista a possibilidade de ser auferido, isto é, pode ser uma vantagem pressuposta pelo legislador em face de despesa especial do Estado. (...) No modelo constitucional atual das contribuições especiais a existência de especial despesa e benefício constituem traços acidentais das contribuições." (PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico. São Paulo: Dialética, 2002, p. 20)

Tanto é verdade que os benefícios previdenciários são calculados com base em critérios proporcionais ao período de custeio, nos termos da legislação específica, e nunca mediante retorno de capital de acordo com o tempo de investimento.

Ora, ao se atribuir a natureza comutativa às contribuições de Seguridade com base exclusiva no conteúdo semântico que se pretende extrair da expressão "caráter contributivo" do art. 201, nega-se de pronto qualquer sentido normativo ao mandamento contido no *caput* do art. 195 da Constituição. Isso porque não é possível compreender simultaneamente que a Seguridade Social seja, em nosso contexto constitucional, custeada por toda sociedade e que cada um dos indivíduos que contribua ao sistema protetivo esteja intitulado a receber um benefício estatal específico. A melhor interpretação do texto constitucional é, pois, aquela que busca minimanente harmonizar os dois dispositivos constitucionais.

Afastados os argumentos que apontariam para uma natureza estritamente securitária e contraprestacional da Seguridade Social na Constituição de 1988, entendese ter elaborado um argumento completo no sentido de justificar a inspiração solidária do sistema protetivo. Entende-se por completo o argumento, pois, além de ter-se justificado o modelo solidário de Seguridade como uma exigência direta do contexto social atualmente vivenciado, em relação ao qual o modelo securitário simplesmente não dá conta, também se demonstrou estar ele expressamente positivado no texto da Constituição Republicana de 1988, restringindo as opções que poderiam ser aplicadas na estruturação do sistema de proteção social que hoje deve viger.

4 INVOCAÇÃO DA SOLIDARIEDADE PARA FINS DE TRIBUTAÇÃO

Nos tópicos anteriores, buscou-se defender a legitimidade da tributação de servidores inativos e pensionistas para fins de custeio da Seguridade Social, independente do recebimento de qualquer vantagem adicional direcionada aos suportadores do novo ônus tributário, forte na inspiração solidária que permeia o sistema.

Tal postura pode ser apontada como negadora do caráter da referibilidade inerente a todas as contribuições. Entretanto, o elemento da referibilidade, de fato presente nas contribuições em geral, não deve ser compreendido restritivamente como a necessidade de uma prestação realizada pelo Estado e direcionada ao contribuinte, mas, na verdade, como a exigência de um vínculo de pertinência entre uma determinada categoria de sujeitos passivos e a finalidade a ser promovida com a instituição da exação. A referibilidade, agora compreendida como relação de pertinência entre o grupo de contribuintes que se sujeitarão à tributação e os fins que se visam a alcançar com a instituição de determinada contribuição, exige da Entidade Tributante não propriamente um benefício ou uma atividade relacionada ao contribuinte, mas uma motivação racional que justifique as razões de se tributar especificamente um determinado grupo social ou categoria específica de indivíduos. A exigência desta motivação racional serve para a qualificar a relação de pertinência entre sujeição passiva e finalidade a ser atingida através das contribuições. A referibilidade presta-se, pois, para restringir o âmbito da competência tributária por força de delimitações no

aspecto pessoal da norma de tributação.

No caso específico das contribuições de Seguridade Social, o elemento essencial da referibilidade assume, porém, contornos bastante particulares. Isso porque, conforme já destacado, a forma como a Seguridade encontra-se estabelecida na Constituição (ex vi caput do art. 195) indica a possibilidade de toda a sociedade vir a sujeitar-se a estas contribuições sociais. Cria-se, neste caso específico, uma forma de referibilidade global, na qual a integralidade da sociedade guarda ampla relação de pertinência com a finalidade que se pretende alcançar. Além disso, pode-se dizer que a motivação racional que justificaria a relação de pertinência global atribuída às contribuições de Seguridade Social seria o próprio dever geral de solidariedade expressamente positivado na Constituição.

A invocação da solidariedade na legitimação do estabelecimento da nova exação tributária ou, como antes referido, a justificação fundada na existência de um dever cívico imposto potencialmente a todos os integrantes da coletividade, pode soar como sendo um argumento bastante discrepante, especialmente por se estar tratando de exercício de poder de tributar. Diz-se discrepante porque é comumente aceito na Ciência do Direito Tributário que a concretização de determinada competência tributária reflete em si uma limitação ao poder estatal e uma garantia fundamental do contribuinte, apresentando-se, assim, como forte delimitador do campo de atuação do Ente Público na criação de tributos. As competências tributárias serviriam, pois, em última instância, como método para se evitar abusos no exercício do poder.

Não seria, portanto, um contra-senso falar-se em competência tributária para instituição de tributo com inspiração solidária, através da qual todo cidadão pudesse ser chamado a arcar com determinado encargo tributário? Não necessariamente. É inelutável o fato de o exercício de uma competência tributária encontrar-se estreitamente amarrado aos tracos estabelecidos pelo texto constitucional, o que, sem dúvida, se apresenta como uma das mais fundamentais proteções de que o particular se pode valer contra eventual arbítrio do poder estatal. Seria, de fato, completamente inadmissível a invocação de solidariedade na tentativa de imposição de determinado tributo em relação ao qual a Constituição tivesse direcionado limites mais estanques, tais como a enunciação expressa de uma base econômica manifestadora de riqueza, a prestação de serviço público, o exercício do poder de polícia, a realização de obra pública provocadora de valorização imobiliária, etc. Ocorre que, no caso particular das contribuições de Seguridade Social, a autorização para o exercício de uma tributação solidária encontra-se expressa no texto constitucional (ex vi caput do art. 195). O fato de a tributação solidária, através das contribuições de Seguridade, ser prática completamente excepcional dentro do contexto constitucional não autoriza seja negada a sua legitimidade, até porque proveniente da mesma fonte normativa. Diga-se, ainda, que a existência ou não de outras hipóteses de tributação solidária dentro da Constituição de 1988 é esforço que não caberia ser aqui realizado.

Por fim, deve ser ressaltado que, não obstante se tenha fundado na solidariedade o critério legitimador da instituição de contribuições de Seguridade Social, não se poderia dizer que estes tributos não encontram dentro do texto constitucional quaisquer

limites para sua criação.

Na verdade, conforme antes destacado, o elemento fundamental das contribuições, tanto na qualificação da sua natureza quanto na limitação da respectiva competência tributária, é a finalidade indicada pela Constituição que se visa a atingir através da criação e cobrança do tributo. No caso específico das contribuições de Seguridade Social, a finalidade que se busca alcançar é a manutenção e eventual expansão de um sistema de proteção social que tenda a ser minimamente eficiente. Tal vinculação entre criação do tributo e a finalidade constitucional que se almeja atingir já se apresenta, por si só, como suficiente critério limitador ao exercício do poder de tributar²⁹.

PARTE II

A Seguridade Social tem como objetivo a eqüidade na forma de participação no custeio e a diversidade da base de financiamento (art. 194, § único, V e VI), sendo que será financiada por toda a sociedade (art. 195) mediante recursos orçamentários e contribuições das empresas (art. 195, I), sobre concursos de prognósticos (art. 195, III), do importador (art. 195, I, forte na EC 42/2003) e do trabalhador e demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social (art. 195, II, da CF), regime geral este de caráter contributivo e de filiação obrigatória (art. 201 da CF).

A contribuição dos servidores públicos também encontra amparo na norma de competência do art. 195, II, da CF, mas conta, ainda, com referência e disciplina específicas, nos termos do art. 40 da CF, cuja redação, que já fora alterada pela EC $n^{\circ}\,20/98$, recebeu nova modificação, recentemente, com o advento da EC 41/2003.

Os servidores públicos estão submetidos a regime de previdência social que, a contar da EC $n^{\rm o}$ 41/2003, tem caráter não apenas contributivo, mas também solidário, com contribuições dos entes públicos e dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas:

Art. 40. Aos **servidores** titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de **caráter contributivo e solidário**, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores **ativos e inativos e** dos **pensionistas**, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto

24

²⁹ O freqüente ceticismo provocado pela descrença na indicação da finalidade constitucional como sendo o elemento delimitador do exercício de competência para instituição de contribuições sociais, de regra, encontra-se impregnado pela pré-concepção de que os valores arrecadados serão, por certo, desviados para outros fins que não os determinados pela Constituição. Não se poderia, por óbvio, negar que tal descrença encontra na realidade motivos para se manifestar. Entretanto, os reiterados desvios de recursos ocorridos na prática cotidiana, bem como a não-concretização eficiente das finalidades pela texto constitucional, não são motivos fortes para se desprezar o traço essencial atribuído pela Constituição às contribuições sociais. Tais constatações são, na verdade, razões qualificadas para se exigir uma atuação mais contundente dos órgãos estatais responsáveis pela fiscalização do cumprimento destes mandamentos superiores, bem como do Ministério Público, sem que se deva afastar, a priori, a possibilidade de, em sendo verificada a institucionalização de tais desvios, reconhecer-se a inconstitucionalidade superveniente, total ou parcial, em razão da insubsistência da finalidade que constitui o seu critério de validação constitucional.

neste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

Vários questionamentos estão surgindo em face de tal previsão constitucional, bem como da efetiva instituição da contribuição a cargo dos inativos e pensionistas através da Medida Provisória nº 167/2004, de 19 de fevereiro de 2004, incidente, no ponto, após o decurso da anterioridade nonagesimal, por força do art. 195, \S 6° da CF, conforme previsão constante do art. 8° da própria MP, ou seja, incidente a contar dos proventos e benefícios de maio de 2004.

Discute-se sobre a constitucionalidade da própria Emenda Constitucional, o que, em tese, é viável, mas exige que esteja em questão uma cláusula pétrea, único limite ao poder constituinte derivado (art. 60 da CF).

A inovação trazida pela EC $n^{\rm o}$ 41, de dezembro de 2002, é recente e exige abordagem à luz do novo parâmetro constitucional.

Isso porque se, de um lado, o STF vinha se pronunciando pela inconstitucionalidade de contribuições instituídas para pagamento pelos inativos e pensionistas, o fazia tendo em consideração o texto constitucional até então vigente, ou seja, aquele decorrente, no particular, das alterações impostas pela EC n° 20/1998. Não se pode afirmar, a priori, que o STF rejeite, em quaisquer circunstâncias e sob qualquer parâmetro constitucional, a contribuição dos inativos e pensionistas. Note-se que o STF também tem afirmado, de outro lado, que, anteriormente à EC n° 20/1998, não havia impedimento à instituição de contribuição devida pelos aposentados e pensionistas, conforme se vê da ementa abaixo, de agosto de 2003, portanto, bastante recente:

CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO SOBRE PENSÕES. LEI 7.682/82 DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. EMENDA CONSTITUCIONAL N° 20/98.

Para o período anterior à vigência da Emenda constitucional nº 20/98, esta Suprema Corte admitia o custeio da previdência pública com recursos dos próprios proventos e pensões percebidos, respectivamente, pelos servidores públicos inativos e pensionistas (ADIMC 1.441, rel. Min. Octavio Gallotti).

Todavia, após tal mudança no texto constitucional, estabeleceu-se um novo regime de previdência de caráter contributivo, definindo-se como contribuintes unicamente os 'servidores titulares de cargos efetivos'. Assim, alterouse a orientação deste Supremo Tribunal sobre a matéria, tendo o seu Plenário, no julgamento da ADIMC 2.010, rel. Min. Celso de Mello, assentado que a contribuição para o custeio da previdência social dos aposentados e

pensionistas. Este entendimento estende-se aos Estados e Municípios (ADIMC 2.188, rel. Min. Néri da Silveira).

Recurso extraordinário conhecido e, em parte, provido. (STF, 2ª T., unânime, RE 347.825, rel. Min. Ellen Gracie, ago/2003)

A mesma orientação resta clara de julgado relatado pelo Min. Celso de Mello:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO INSTITUÍDA PELA LEI ESTADUAL Nº 7.672/82... LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL. EXIGIBILIDADE ATÉ A PROMULGAÇÃO DA EC 20/98. AGRAVO IMPROVIDO.

Revela-se constitucionalmente possível exigir-se, de pensionistas e inativos, o recolhimento de contribuição previdenciária, desde que a respectiva cobrança refira-se a período anterior ao advento da EC 20/98, pois, a partir da promulgação de tal emenda à Constituição da República – e quanto a inativos e pensionistas-, tornou-se juridicamente incabível, quer no plano da União Federal, quer no âmbito dos Estados-membros e do Distrito Federal, quer, ainda, na esfera dos Municípios, a própria instituição de tal modalidade de contribuição especial. Precedentes.

Se o Poder Público, no entanto, mesmo após o advento da EC 20/98, continuar a exigir, dos respectivos servidores inativos e pensionistas, o correspondente pagamento da contribuição previdenciária, sujeitar-se-á à obrigação de devolver-lhes valores por eles eventualmente já recolhidos. Precedentes. [...] (STF, 2ª T., unânime, AgRE 357.956-8/RS, rel. Min. Celso de Mello, set/2003)

Ou seja, não há impedimento a que a Constituição estabeleça o custeio da previdência também pelos aposentados e pensionistas.

Podemos ter, pois, as seguintes situações constitucionais:

- a) omissão do texto constitucional situação anterior à EC 20/98 -, hipótese em que o STF entendeu válida a instituição;
- **b) vedação** do chamamento dos mesmos ao custeio situação considerada pelo STF como ocorrida na **vigência da EC 20/98** e que impediria a instituição e implicaria a não-recepção do tributo já instituído; ou
- c) autorização expressa, mediante previsão da participação dos aposentados e pensionistas no custeio – conforme o fez a EC 41/2003, hipótese em que é válida a instituição do tributo.

De fato, se, na ausência de previsão, o STF considerara válida a contribuição

estadual então vigente, que dirá diante de expressa autorização constitucional. Aliás, os argumentos contrários são inconsistentes.

1 DO SUPOSTO DIREITO ADQUIRIDO A NÃO SOFRER A INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO

Argumenta-se que haveria direito adquirido dos inativos e dos pensionistas a auferirem os proventos ou benefício segundo os critérios vigentes no momento do implemento dos requisitos necessários para a obtenção da vantagem, de modo que futuras modificações normativas nos parâmetros existentes para a quantificação do benefício não poderiam implicar diminuição dos proventos. A grosso modo, não há o que opor a tal afirmação. Mas daí a entender que os aposentados e pensionistas que já haviam completado os requisitos legais à aquisição do benefício em 19 de dezembro de 2003, data da promulgação da Emenda Constitucional nº 41, tenham **direito adquirido a não sofrer a incidência da contribuição**, eis que a retenção implicaria diminuição do valor da aposentadoria³⁰, há uma larga e insuperável distância.

De fato, não se pode confundir o benefício da aposentadoria ou da pensão com a sua tributação. O direito aos proventos ou a qualquer outro benefício não se dá pelo acréscimo patrimonial líquido. Impor um novo gravame tributário, constitucionalmente autorizado, não equivale, de modo algum, à diminuição do benefício. Note-se que inexiste direito adquirido a regime jurídico³¹.

2 DA IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS

Aliás, a matéria já é por demais conhecida, tendo sido abordada inúmeras vezes também sob o argumento da **irredutibilidade de vencimentos** dos servidores públicos. Mas o próprio texto constitucional ressalta, nos artigos 37, XV, e 95, III, que os vencimentos dos servidores públicos e os subsídios dos juízes estão garantidos pela irredutibilidade, mas sem prejuízo da tributação, o que faz mediante referência expressa à incidência do imposto sobre a renda. A par disso, o Supremo Tribunal Federal já analisou a questão em face de alegação semelhante relativa, justamente, à contribuição previdenciária, ressaltando, então, que a tributação constitucionalmente amparada não pode ser considerada como violadora da irredutibilidade de vencimentos:

[...] A GARANTIA DA IRREDUTIBILIDADE DA REMUNERAÇÃO NÃO É OPONÍVEL À INSTITUIÇÃO/MAJORAÇÃO DA CONTRIBUIÇÃO DE SEGURIDADE SOCIAL RELATIVAMENTE AOS SERVIDORES EM ATIVIDADE. – A contribuição de seguridade social, como qualquer outro tributo, é passível de majoração, desde que

³º PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Da Contribuição dos Inativos para a Seguridade Social: Inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 41/2003. Revista Dialética de Direito Tributário nº 103, p. 120.

³¹ Dentre muitos, vide, do STJ: ROMS 4227/MA, dez/2003; ROMS 9409/SC.

o aumento dessa exação tributária observe padrões de razoabilidade e seja estabelecido em bases moderadas. Não assiste ao contribuinte o direito de opor, ao Poder Público, pretensão que vise a obstar o aumento dos tributos – a cujo conceito se subsumem as contribuições de seguridade social (RTJ 143/684 - RTJ 149/654) -, desde que respeitadas, pelo Estado, as diretrizes constitucionais que regem, formal e materialmente, o exercício da competência impositiva. Assiste, ao contribuinte, quando transgredidas as limitações constitucionais ao poder de tributar, o direito de contestar, judicialmente, a tributação que tenha sentido discriminatório ou que revele caráter confiscatório. A garantia constitucional da irredutibilidade da remuneração devida aos servidores públicos em atividade não se reveste de caráter absoluto. Expõe-se, por isso mesmo, às derrogações instituídas pela própria Constituição da República, que prevê, relativamente ao subsídio e aos vencimentos 'dos ocupantes de cargos e empregos públicos' (CF, art. 37, XV), a incidência de tributos, legitimando-se, desse modo, quanto aos servidores públicos ativos, a exigibilidade da contribuição de seguridade social, mesmo porque, em tema de tributação, há que se ter presente o que dispõe o art. 150, II, da Carta Política. Precedentes: RTJ 83/74 – RTJ 109/244 – RTJ 147/921, 925. [...]" (STF. Plenário, ADIn 2.010-2/DF, rel. Min. Celso de Mello, set/ 1999, DJ 12.04.2002, p. 51)

3 DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Não há, de outro lado, com a nova contribuição, violação ao **princípio da segurança jurídica**. Isso porque, no que diz respeito à nova tributação a título de contribuição de seguridade social, a preservação da segurança jurídica dá-se mediante o cumprimento das exigências constitucionais específicas que garantem o contribuinte, quais sejam, a necessidade de observância da legalidade estrita, (art. 150, I, da CF), da irretroatividade (art. 150, III, a, da CF) e da anterioridade nonagesimal (art. 195, § 6°, da CF). Observadas tais cláusulas constitucionais, como de fato ocorre com a Medida Provisória 167/2004, com força de lei, que institui o tributo para incidência a contar de noventa dias da sua publicação, não há que se entender tenha havido ofensa à segurança jurídica.

4 DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Outro argumento que impressiona numa primeira análise é o de **violação à**

isonomia³². Mas, analisado com o devido cuidado, também não revela consistência para amparar conclusão no sentido da total impossibilidade de exigência das contribuições de inativos e pensionistas. Isso porque a manutenção da imunidade dos proventos de aposentadoria e dos benefícios de pensão do regime geral de previdência (art. 195, II, da CF) encontra equivalência na norma do § 18 do art. 40 da CF, na redação da EC 41/2003, que, em interpretação *a contrario sensu*, reconhece imunidade também para os inativos e pensionistas do serviço público até o patamar do regime geral:

§ 18. Incidirá contribuição sobre os proventos de aposentadorias e pensões concedidas pelo regime de que trata este artigo que superem o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

Note-se que tais imunidades, que alcançam, como visto, o regime geral e também o regime de previdência dos servidores, preservam a isonomia. Não há que se vislumbrar, de outro lado, impedimento, a título de isonomia, a que a emenda constitucional autorizasse, como o fez, a tributação dos proventos e benefícios do regime de previdência dos servidores superiores ao limite, eis que, neste caso, há maior revelação de capacidade contributiva, sendo certo que o princípio da capacidade contributiva também se aplica às contribuições.

Mas o princípio da isonomia – que constitui, sim, garantia fundamental do contribuinte (art. 150, II, da CF), agregando-se ao rol do art. 5° da CF como um direito fundamental que não pode ser abolido, tampouco excepcionado sequer pelo constituinte derivado, conforme já afirmado pelo STF na ADIN 939 quando da análise da anterioridade –, embora não tenha sido violado pela nova redação do art. 40 da CF, dada pelo art. 1° da EC 41/2003, **acabou sendo violado pelo art. 4° da mesma Emenda Constitucional n° 41/2003**, que assim dispõe:

Art. 4º Os servidores inativos e os pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em gozo de benefícios na data de publicação desta Emenda, bem como os alcançados pelo disposto no seu art. 3º, contribuirão para o custeio do regime de que trata o art. 40 da Constituição Federal com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos. Parágrafo único. A contribuição previdenciária

³² COELHO, Sacha Calmon Navarro. A Tributação dos Inativos. Revista Dialética de Direito Tributário nº 103, p. 157.

a que se refere o caput incidirá apenas sobre a parcela dos proventos e das pensões que supere:

- I cinqüenta por cento do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal, para os servidores inativos e os pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
- II sessenta por cento do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal, para os servidores inativos e os pensionistas da União.

O referido artigo 3° , mencionado no artigo 4° , refere-se à aposentadoria e pensão dos servidores que, até a data da publicação da Emenda, já tivessem direito adquirido aos benefícios:

Art. 3º É assegurada a concessão, a qualquer tempo, de aposentadoria aos servidores públicos, bem como pensão aos seus dependentes, que, até a data de publicação desta Emenda, tenham cumprido todos os requisitos para obtenção desses benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente.

O parágrafo único do art. 4° da EC 41/2003 incorreu em inconstitucionalidade, eis que passou a tratar diferentemente aqueles já aposentados ou pensionistas do serviço público, ou que já tinham direito adquirido a tanto, relativamente aos servidores que venham a se aposentar e pensionistas, bem como aos aposentados e pensionistas do regime geral, além do que tratou diferentemente os servidores federais relativamente aos estaduais e municipais, numa inconsistência intrínseca, de modo algum justificável em face do princípio da capacidade contributiva. Para tal tratamento diferenciado, não há qualquer critério admissível de discrímen, ou seja, não há racionalidade constitucionalmente amparada, tendo restado violado, pois, pelo art. 4° da EC 41/2003, o art. 150, II, c/c o art. 60, § 4° , IV, da CF.

A solução será admitir a contribuição dos inativos, forte no art. 40, com a redação da EC 41/2003, ou seja, apenas sobre o que sobejar do limite de benefícios do regime geral de previdência.

Carente, pois, de suporte constitucional o parágrafo único do art. 4° da EC 41/2003, bem como o novo Art. 3° -B da Lei 9.783/99, acrescido pelo art. 5° da MP 167. de 19 de fevereiro de 2004.

CONCLUSÃO

Na primeira parte do presente estudo, buscou-se justificar a natureza solidária do sistema de Seguridade Social na Constituição de 1988, segundo o qual todos os

membros da coletividade, jungidos pelo dever cívico de manter um sistema protetivo duradouro e eficiente, estariam potencialmente indicados a arcar com seu financiamento. A defesa da estruturação solidária da Seguridade Social não se justifica apenas com base em exigências concretas que se identificam através da análise sociológica do atual contexto social, mas primordialmente em razão de adoção expressa deste modelo pelo texto constitucional, conforme se lê no *caput* do art. 195 e, agora, também, expressamente, no *caput* do art. 40. A autorização constitucional para que a Seguridade Social seja custeada com base em parâmetros de solidariedade, acaba por impedir seja vislumbrado caráter estritamente comutativo nas contribuições de inativos e pensionistas, segundo o qual a exigência da nova exação somente estaria constitucionalmente legitimada caso pudesse ser atribuído um benefício adicional àqueles que vierem a arcar com o novo ônus tributário.

Ao se realizar tais justificações, pretendeu-se evitar dois equívocos hermenêuticos.

Em primeiro lugar, não é nenhuma novidade afirmar que a boa exegese deve partir obrigatoriamente do texto da Constituição. Assim agindo, impede-se sejam aprioristicamente identificados os elementos essenciais das espécies tributárias, como se pudessem ser definidos antes de qualquer positivação constitucional. Fundam-se, portanto, em incontornável petição de princípio as posturas que defendem a inconstitucionalidade da contribuição de inativos e pensionistas com base em alegado desrespeito à "típica" natureza retributiva destas exações, afirmativa esta que é colocada no palco de debates independentemente de qualquer remissão à Carta Fundamental.

Além disso, sabe-se que a adequada interpretação da Constituição não pode fiar-se na leitura isolada de apenas um de seus artigos. Esta exegese desintegrada do texto constitucional³³ faz com que um único dispositivo venha a projetar efeitos jurídicos excessivamente amplos, os quais não lhe poderiam ser atribuídos caso confrontado aquele com os demais dispositivos concorrentes. Em última análise, a compreensão atomizada dos dispositivos constitucionais vem a comprometer a própria visão sistemática que deve ser adotada na interpretação da Constituição. Sempre prevalecerá, portanto, a leitura que conseguir melhor harmonizar o maior número de dispositivos da Constituição. Guiando-se por esta premissa, pretendeu-se definir o alcance jurídico dos artigos 195, caput, 195, § 5°, e 201, caput, sem a nenhum deles negar um conteúdo normativo mínimo. Conclui-se, pois, ser equivocada a identificação de natureza retributiva das contribuições com base apenas no conteúdo normativo indicado pela expressão "caráter contributivo" contida no art. 201 da Constituição, que não lhe é equivalente, sem dedicar qualquer relevância aos demais artigos pertinentes, em especial o caput do art. 195.

Na segunda seção do presente estudo, as seguintes conclusões foram alcançadas. O estabelecimento da nova competência tributária, através da Emenda Constitucional $\rm n^{\circ}\,41/03$, para a criação de contribuição de Seguridade Social cobrada de inativos e pensionistas não veio a violar direito adquirido daqueles que já vinham

³³ Sobre a falácia interpretativa da desintegração, veja-se TRIBE, Laurence; DORF, Michael. On reading the Constitution. Estados Unidos da América: Harvad University Press, 1991.

percebendo legitimamente seus benefícios previdenciários. Isso porque não se pode confundir o direito ao recebimento da aposentadoria ou pensão com a incidência tributária sobre tais valores. O direito a qualquer benefício prestado pela Seguridade Social não pode ser adequadamente compreendido através de uma mentalidade estática do contexto jurídico dentro do qual este está inserido. De modo algum, podese assumir que o beneficiário, no momento da sua aposentação ou da concessão de pensão, tenha integrado ao seu patrimônio jurídico a pretensão a um benefício líquido imodificável. Na verdade, impor um novo gravame tributário, constitucionalmente autorizado, não equivale, de modo algum, à diminuição do benefício. Trata-se de relações jurídicas distintas.

Também não houve violação à segurança jurídica. A previsibilidade e a estabilidade das relações que necessariamente devem ser observadas quando da criação de nova contribuição de seguridade social, restam atendidas mediante o cumprimento das exigências constitucionais específicas que garantem o contribuinte, quais sejam, a necessidade de observância da legalidade estrita, (art. 150, I, da CF), da irretroatividade (art. 150, III, a, da CF) e da anterioridade nonagesimal (art. 195, § 6°, da CF).

Por fim, relativamente à possível afronta ao princípio da isonomia tributária, a questão necessitou enfrentamento em duas dimensões diferentes.

Primeiramente, a invocação genérica de violação à isonomia, em face tão-só da previsão de tributação dos benefícios de aposentadoria e pensão do serviço público (art. 40 com a redação da EC 41/03), não se sustenta. Isso porque, nos termos do § 18 do mesmo artigo, os aposentados e pensionistas do regime do serviço público também não serão tributados até o patamar do maior benefício do regime geral de previdência, justificando-se, de outro lado, a exigência sobre o que sobejar em face da capacidade contributiva diferenciada. Ou seja, a imunidade dos proventos de aposentadoria e dos benefícios de pensão do regime geral de previdência (art. 195, II, da CF) encontra equivalência na norma do § 18 do art. 40 da CF, na redação da EC 41/2003, que, em interpretação a contrario sensu, reconhece imunidade também para os inativos e pensionistas do serviço público até o patamar do regime geral. Assim, ao resguardar da imposição tributária, em medida equivalente, tanto o aposentado e o pensionista do regime geral, quanto o aposentado e o pensionista dos regimes específicos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a EC 41/03 observou os parâmetros de igualdade exigidos pelo texto constitucional.

De outro lado, contudo, acabou sendo desrespeitada a isonomia pelo parágrafo único do art. 4º da mesma Emenda Constitucional nº 41/2003. Isso porque este dispositivo constitucional determinou fossem tratados diferentemente aqueles já aposentados ou pensionistas do serviço público, ou que já tinham direito adquirido a tanto, relativamente aos servidores que venham a se aposentar e pensionistas, bem como aos aposentados e pensionistas do regime geral, além do que tratou diferentemente os servidores federais relativamente aos estaduais e municipais, numa inconsistência intrínseca, de modo algum justificável em face do princípio da capacidade contributiva. Para tal tratamento diferenciado, que implicou autorização para cobrança da contribuição abaixo do patamar do maior benefício do regime geral e sobre base

de cálculo maior para os servidores estaduais e municipais que para os federais, não é possível vislumbrar qualquer critério racional justificador.

Desse modo, as conclusões finais alcançadas neste trabalho são:

- 1) a outorga de competência para a instituição da contribuição de inativos e pensionistas não pode ser, em si e de modo absoluto, pechada de inconstitucional, não apresentando qualquer vício a nova redação do art. 40 da Constituição;
- 2) inválida, porém, por ofensiva à isonomia tributária (art. 150, II, da CF), é a autorização de discriminação perpetrada pelo parágrafo único do art. 4º da EC41, ao dar tratamento diferenciado entre os próprios inativos e pensionistas chamados a custear a Seguridade Social.

Conseqüentemente, mostra-se carente de suporte constitucional o parágrafo único do art. 4° da EC 41/2003, bem como o novo art. 3° -B da Lei 9.783/99, acrescido pelo art. 5° da MP 167, de 19 de fevereiro de 2004, devendo ser reconhecido o direito de todos os contribuintes inativos e pensionistas a arcar com a exação de acordo com os parâmetros traçados no \$ 18° do art. 40 da Constituição, ou seja, apenas com base no montante que exceder o valor máximo do benefício pago pelo regime geral de previdência.

O NOVO CÓDIGO CIVIL E OS REFLEXOS NO DIREITO ADMINISTRATIVO¹

Pedro Henrique Poli de Figueiredo ²

Excelentíssima Dra. Carla, em nome de quem saúdo todos os presentes. Eu me sinto bem à vontade de estar aqui na Procuradoria, porque aqui eu ainda sinto como sendo a minha casa, eu estive aqui por mais de uma década e quardo comigo as gratas lembranças da vida aqui na Procuradoria e realmente sinto muitas saudades dagui e torco, a cada dia, para que a Procuradoria volte ao status que jamais deveria ter perdido, pois entendo que atividade de defesa judicial do Poder Público é uma atividade indispensável ao estado democrático de direito. Então, eu sei do momento que a Procuradoria está passando e espero que seja apenas um momento passageiro, porque os quadros da Procuradoria, a qualidade que tem o trabalho produzido aqui, realmente tem seu reconhecimento em todo o Estado, em todos os órgãos. Por exemplo, no Tribunal de Contas, onde eu atuo, não são raros os momentos em que nós procuramos material da Procuradoria para subsidiar nossas pesquisas. Por isso, é com imensa satisfação que eu venho aqui, não para dar uma palestra, mas trocar algumas idéias sobre o Novo Código Civil e algumas alterações que influenciam no âmbito do Direito Administrativo. Sobre esse tema eu vou fazer uma exposição, na medida do possível, curta, vou tentar não me alongar. Eu, semana que vem, estou indo para Havana, onde eu quero aprender com o Presidente Fidel Castro como fazer exposições curtas. Espero que eu não me alongue mais do que ele nas suas manifestações no dia 1° de maio, quando ele costuma ser bastante sintético.

Pois bem, primeira observação que entendo de relevo no âmbito do Novo

 $^{^1}$ Palestra proferida na PGE no dia 03 de novembro de 2003 , com o apoio da APERGS e da APERGS Escola, mediada pela Procuradora do Estado Dra. Carla Voegeli.

² Auditor substituto de conselheiro no Tribunal de Contas do Estado. Especialista em Direito Tributário pela Unisinos, mestre em Direito pela UFRGS e doutorando em Direito pela UFRGS. Professor de Direito Administrativo na PUC, na especialização de Direito Municipal na UFRGS e da especialização de Direito Público da Ritter dos Reis.

Código Civil é que, diferentemente do Código Anterior, e aqui é uma afirmação de contextualização, o Novo Código Civil não tem a mesma ressalva que o antigo tinha já no artigo 1°. No antigo Código estava afirmado: este Código regula os direitos e obrigações de ordem privada, concernente às pessoas, aos bens e suas relações. No Código de 2002 a mesma ressalva nós não vamos encontrar. O Código de 2002 não trata e não tem a pretensão de tratar apenas de relações de ordem privada. Aliás, o antigo Código em alguns aspectos já entrava em aspectos de ordem pública, já se entendia que algumas de suas regras eram aplicáveis ao Direito Público. O Código novo não faz essa mesma ressalva e tem a intenção sim, de ingressar em vários aspectos na seara pública. Até a própria noção de propriedade já vem com uma série de relativizações e os diferenciais que há em relação ao ordenamento jurídico anterior. Eu vou fazer uma análise tópica de alguns dispositivos para a meditação de todos. Em alguns aspectos, entendo extremamente relevantes as alterações do Código Civil 2002 em relação ao Código de 1916 e suas conseqüências.

A primeira observação é no que diz respeito às pessoas jurídicas tratadas aqui no Código de 2002 e as pessoas jurídicas de direito público. No atual Código, o Artigo 41 vai dizer: são pessoas jurídicas de direito público interno a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, as autarquias e as demais entidades de caráter público criadas por lei. Essa ressalva relativa a autarquias e demais entidades de caráter público criadas por lei não havia no Código anterior, mas se entendia já, em face da legislação extravagante, por exemplo, o Decreto-lei nº 200/67, as autarquias como tendo personalidade jurídica de direito público. Quanto às demais entidades com personalidade de caráter público criadas por lei, que agora o Novo Código traz, entendo aqui que o Código de 2002 está se referindo às fundações públicas, assim entendidas aquelas fundações com personalidade jurídica de direito público criadas pelo Poder Público, não as fundações privadas instituídas pelo Poder Público anteriormente à Constituição de 1988. Com a Constituição de 88, as fundações passaram a ter um caráter público, um caráter de direito público, no entanto, aquelas que foram criadas anteriormente àquela Constituição podem ser recebidas ou como pessoas jurídicas de direito público, integrantes da Administração, ou como pessoas jurídicas de direito privado da Administração, se, naquele caso, tiverem atividade típica do Poder Público, realizarem serviço público estatal típico. Ao meu ver o que vai diferenciar o enquadramento pós Constituição de 1988 é a natureza da atividade desenvolvida e não a sua forma de constituição, que muitas vezes poderia levar a um mal enquadramento de algumas entidades.

Mas uma expressão que realmente está pondo à prova a argúcia dos intérpretes é aquela que consta no parágrafo único do artigo 41 do novo Código. E aqui o código diz: salvo disposição em contrário, as pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado, regem-se, no que couber, quanto ao seu funcionamento, pelas normas deste código. O que quer dizer pessoa jurídica de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado? Quem nós podemos enquadrar aqui? Será que Código de 2002 está se referindo às pessoas jurídicas de direito privado integrantes da administração indireta, como as empresas públicas e

sociedades de economia mista? Eu entendo que não, que não é possível que se dê a interpretação desse parágrafo único com os olhos pousados nas empresas públicas e nas sociedades de economia mista. Porque a regra constitucional, expressamente, traz regime de direito privado às empresas públicas e sociedades de economia mista, de tal forma que estas são entidades de direito privado integrantes da Administração e não pessoas jurídicas de direito público com estrutura de direito privado. Logo, não estaria aqui o Código se referindo às pessoas jurídicas de direito público com estrutura de direito privado. Porque as empresas públicas e sociedades de economia mista são pessoas jurídicas de direito privado com estrutura de direito privado, embora algumas regras protetivas do interesse público a elas se apliquem, como, por exemplo, a exigência de prévio concurso público para ingresso, como uma condição de impessoalidade no âmbito da administração, a regra de licitação que se exige, entre outras. No entanto, elas são pessoas jurídicas de direito privado, a submissão às mesmas regras de direito privado está clara no artigo 173 parágrafo 1° inciso II da Constituição Federal.

Então, que seriam pessoas jurídicas de direito público com estrutura de direito privado? Eu confesso que essa expressão me trouxe alguma angústia, porque, em princípio pessoa jurídica de direito público tem estrutura de direito público, mas tentando buscar uma resposta, eu imaginei algumas situações fáticas que, inclusive, decorrem de entendimento jurisprudencial até mesmo no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Me lembrei aqui e podendo enquadrar, dentre as hipóteses de aplicação do dispositivo, do BRDE. O que é o BRDE? O BRDE é uma autarquia interestadual, é uma autarquia que foi criada por três estados da nossa federação. Só que no caso do BRDE, o Supremo Tribunal Federal, através de duas decisões, inclusive uma delas bem recente. diz que não é possível, no nosso sistema federativo, a existência de uma autarquia interestadual voltada especificamente à exploração de uma atividade econômica, ainda que de fomento. A decisão diz que o BRDE deveria ter um tratamento tal qual o de uma empresa pública, pois não haveria, no nosso sistema constitucional, espaço para uma entidade dessa natureza, tanto que o STF está determinando a tributação de suas operações da mesma forma que uma empresa privada. Então nós temos aqui uma pessoa jurídica de direito público, criada como tal, autarquia interestadual, mas que por forca jurisprudencial está tendo o seu tratamento nos mesmos moldes que uma pessoa jurídica de direito privado.

Tento buscar outro exemplo e vou encontrar nas entidades de regulação profissional. No caso, a OAB, pela sua lei instituidora, é uma pessoa jurídica de direito público. Só que a OAB tem a grande maioria de suas relações regidas nos mesmos moldes do direito privado. É uma entidade que tem um tratamento que refoge às regras juspublicísticas normais. Ela tem uma personalidade jurídica de direito público, que ao meu ver, só se justifica por um aspecto: a utilização da execução fiscal no âmbito de suas cobranças e nada mais. No resto, a estrutura dela é toda de direito privado. Mas a lei diz que a OAB é pessoa jurídica de direito público. Ao meu ver, ela seria um desses casos que estaria aqui dentre previsões do Novo Código Civil, relativamente a pessoa jurídica de direito público com estrutura de direito privado. Não é demais lembrar que o projeto do Novo Código Civil tem mais de trinta anos, de

tal forma que isso deve ser levado em consideração também. No momento em que essa regra foi gestada, nós poderemos pensar em outro exemplo: a então Caixa Econômica Estadual, que era uma autarquia estadual. No entanto, a CEE, antes de ser transformada em agência de fomento e como tal, sociedade de economia mista, era autarquia, mas explorava atividade econômica no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul. Nessa exploração de atividade econômica, o seu tratamento seria nos mesmos moldes das pessoas de direito privado. Desta forma, eu só consigo interpretar esse dispositivo levando em consideração esses modelos de pessoas jurídicas de direito público, que têm estrutura de direito privado. Eu discordo de quem venha a trazer como exemplo o caso de empresas públicas e sociedades de economia mista, porque essas a regra constitucional afirma serem pessoas jurídicas de direito privado. Portanto, não são pessoas jurídicas de direito público com estrutura de direito privado e sim pessoas jurídicas de direito privado no seu sentido próprio.

Uma segunda observação que quero fazer diz respeito ao tratamento dos bens públicos. Quando o novo Código Civil trata dos bens públicos, no artigo 98 vai dizer: são públicos os bens do domínio nacional, pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno, ou seja, públicos são os bens das pessoas jurídicas de direito público interno. Todos os outros são particulares, seja qual for a pessoas a que pertencerem. E depois, quando faz a classificação dos bens públicos vai trazer, com pequenas modificações, mas não modificações de fundo, a mesma classificação que já existia no antigo artigo 66 do código de 1916. Classificação em bens de uso comum do povo, em bens de uso especial e em bens dominicais. Para os de uso comum do povo utiliza inclusive os mesmos exemplos: tais como os rios, mares, estradas e praças. Para os de uso especial também o mesmo exemplo: tais como edifício ao terrenos destinados a serviço do estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias. E os dominicais que constituem patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal ou real de cada uma dessas entidades.

Primeira observação aqui, há uma certa identidade em relação à classificação anterior, inclusive o mesmo tratamento admitindo alteração do bem em sua classificação tendo em vista a destinação e a finalidade que se lhe dê. Porque os bens de uso comum do povo serão aqueles que podem ser utilizados livremente por qualquer pessoa, sem a necessidade para tanto de um ato administrativo especial do Poder Público, uma autorização de uso, uma permissão de uso ou um contrato administrativo de concessão de uso ou de concessão de direito real de uso que admita a sua utilização ou mesmo o pagamento de um preço público. Eu concordo, inclusive há um parecer do procurador Maurício Berni relativamente ao caso do pedágio, em que há uma alteração da natureza jurídica, de tal forma que o procurador Maurício dizia que, se o pedágio é instituído, há de ter uma rota alternativa, ainda que não nas mesmas condições, sob pena inclusive se cercear o direito constitucional de ir e vir. Eu acho que esse parecer do Dr. Maurício mantém a sua atualidade presentemente. Portanto, no uso comum do povo nós vamos ter bens que podem ser utilizados livremente por qualquer pessoa, quando houver algum tipo de exigência especial na utilização, como

por exemplo a que decorre da MP 2220, que admite a concessão de uso especial para fins de moradia, de determinadas áreas naquelas condições estabelecidas pela Medida Provisória, em decorrência do que o bem está saindo do uso comum e passando ao uso especial, e aqui eu faço até uma distinção entre o uso especial stricto sensu, que é aquele que vai admitir a utilização pelo particular no seu interesse, mas sujeito aos condicionamentos estabelecidos pelo Poder Público, como este caso de utilização de bens mediante concessão especial de uso da MP 2220 ou tantos outros instrumentos que há, daqueles que fazem parte do Patrimônio Administrativo. Estes não podendo ser utilizados pelo particular, tendo uma destinação específica, só podendo ser utilizados pelo serviço público, como é o caso dos prédios, das máquinas e equipamentos do Poder Público, tanto que se houver um desvio na utilização desses bens todos vão pedir "xilindró" a quem der a inadequada utilização.

E os bens dominicais? Até o novo Código Civil nós tínhamos duas espécies de bens dominicais. O novo Código trouxe mais um, ao qual eu já vou me referir. O primeiro é aquele que trata do patrimônio disponível do Poder Público, aquele patrimônio que o Poder Público vai utilizar para fazer frente às suas obrigações, aquilo que eu chamo de bens do patrimônio financeiro, como o dinheiro do Poder Público, os créditos, os bens alienáveis do Poder Público. Esses bens, pela sua própria natureza, podem ser alienados, observadas as regras de direito orçamentário e financeiro pertinentes, observada a necessidade de ter previsão na legislação orçamentária, observada a necessidade de adequação à lei de diretrizes orçamentárias e, se ultrapassar mais de um exercício, ao plano plurianual, observadas as exigências de direito financeiro. O administrador tem que passar por um calvário de direito financeiro para fazer a alienação desses bens, tendo que fazer empenho prévio, obedecer os requisitos da lei de responsabilidade fiscal, o que ocorre especialmente caso se trate de investimentos que possam acarretar aumento de despesas diante dos requisitos do artigo 16 da Lei Complementar 101/00, como estimativa de impacto orcamentário financeiro no exercício e nos dois subsegüentes e declaração do ordenador da despesa de que a despesa é compatível com a legislação orçamentária. Então, tendo que passar por tudo isso, discordo de alguns autores que chamam esses bens de bens privados do Poder Público ou bens públicos sob regime de direito privado. Ora, se o administrador fizer a alienação desse patrimônio nos mesmos moldes do direito privado, nós vamos pedir "xilindró" ao gestor, porque o bem é alienável, mas é alienável segundo regras de direito público. Também há um outro grupo de bens que se enquadra como bens dominicais por exceção, porque não estão voltados nem ao uso comum, nem ao uso especial, quer estrito senso, quer patrimônio administrativo, nem estão voltados à alienação, que são os bens sem qualquer destinação, como por exemplo as terras devolutas, que são enquadráveis aqui.

Mas o novo código civil trouxe mais uma categoria de bens à qualidade de bens dominicais. E essa contextualização está no parágrafo único do artigo 99, que vai dizer: não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais, os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado. Então, nós vemos aqui já um problema interpretativo que nos remete

ao anteriormente comentado artigo 41. Quem são essas pessoas? Ao meu ver as pessoas que estejam nas condições dos exemplos que citei, mas pode ser que surja interpretação diferenciada. O Código Civil é novo, está aberto a interpretações, mas esses bens, os bens dessas pessoas jurídicas de direito público, estão sendo enquadrados aqui independentemente do seu fim como bens dominicais. O enquadramento como dominicais desses bens se dá porque as entidades a que pertencem têm estrutura de direito privado, tendo suas relações regidas, diz o artigo 41 parágrafo único, segundo as normas propriamente do Código Civil e não a legislação especial derrogatória do direito comum.

Uma outra circunstância importante em relação aos bens públicos e que talvez muitos não se tenham dado conta, é no que diz respeito a uma cisão que foi feita nos artigos 100 e 101. Até o novo Código Civil se entendia a imprescritibilidade como decorrente da inalienabilidade dos bens. O artigo 67 do anterior Código dizia que os bens públicos só perderão a inalienabilidade que lhes é peculiar nos casos previstos em lei. Daí que, em face desse entendimento, o STF editou a súmula 340 que diz que desde o advento do Código Civil de 1916, os bens dominicais, uma vez que são bens públicos, não podem ser objeto de usucapião. Então, de certa forma, o STF, por essa súmula, fazia decorrer a imprescritibilidade dos bens de sua própria inalienabilidade. O novo Código não. Ele trata de forma diferenciada, porque nos artigos 100 e 101 ele vai tratar da inalienabilidade, fazendo uma cisão entre os bens de uso comum do povo e os de uso especial de um lado e os dominicais de outro, cisão essa que não faz o artigo 103, quando trata da imprescritibilidade. Porque no artigo 100 ele vai dizer que os bens públicos de uso comum e de uso especial são inalienáveis enquanto conservarem a sua qualidade, na forma que a lei determinar. O artigo 101 vai dizer que os bens dominicais podem ser alienados observadas as exigências da lei. Então, no artigo 100 e no 101 há uma diferenciação. Os bens de uso comum e os de uso especial, enquanto estiverem afetados a tal fim, não podem sofrer alienação. Para haver alienação terão que ser desafetados dessa finalidade e transformados em dominicais. E os dominicais podem ser alienados, desde que observadas as exigências da lei. Essa cisão que há para a inalienabilidade, não há na imprescritibilidade, porque o artigo 102 vai dizer: os bens públicos não estão sujeitos ao usucapião. E aqui não fez diferenciação entre o uso comum, o uso especial e os bens dominicais.

Ao meu ver o novo Código Civil torna claro e põe uma pedra em cima de alguns entendimentos, que ao meu ver já eram equivocados desde o advento da Constituição de 1988, mas põe uma pedra em cima disso. Porque claramente afirma: os bens públicos não estão sujeitos ao usucapião, não fazendo distinção eles, e aqui abrangendo, inclusive, as terras devolutas. Porque vocês encontrarão alguns autores que sustentam que desde a Constituição Federal de 1988 as terras devolutas poderiam ser objeto de usucapião, e o argumento desses autores está no âmbito o artigo 188 da Constituição que diz: a destinação de terras públicas "e" devolutas será compatibilizada com a política agrícola e com o plano nacional de reforma agrária. Esse "e" é a linha de raciocínio do entendimento que é levado a efeito por esses autores. Eles dizem que na medida em que a Constituição Federal utilizou a conjunção

aditiva "e" teria feito uma separação entre o que é terra pública e o que é terra devoluta. Ora, a Constituição já havia afirmado que as terras devolutas são terras públicas lá quando tratou da federação, ao dizer, no artigo 20, II, que são bens da União as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei. Bom, e aquelas que não são indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei, são o que? Aí a Constituição diz, no artigo 26, IV: incluem-se entre os bens dos estados, as terras devolutas não compreendidas entre as da União. Portanto, a Constituição diz: as terras devolutas ou são da União ou são do Estado. Daí entender que o artigo 188 da Constituição teria viabilizado usucapião de terras devolutas é uma "forçação" de tal ordem que é incompatível com o próprio sentido do artigo 188, porque naquele artigo a Constituição está dizendo: a destinação dessas terras deve ser compatibilizada com a política agrícola e com o plano nacional de reforma agrária. Como é que vai compatibilizar a utilização dessas terras à política agrícola e ao plano nacional de reforma agrária se eles puderem ser objeto de apropriação pelo primeiro que ali estiver? O que a Constituição está dizendo é o seguinte: União, tu que és responsável pela reforma agrária, utilize suas terras devolutas para esse fim e utilize também, na política agrícola; Estados, que têm competência também para política agrícola, utilizem suas terras para este fim. Não pode entender-se daí que estaria abrindo um espaço à prescritibilidade dos bens, até porque o 183, parágrafo 3º da Carta diz: os imóveis públicos não serão objetos de usucapião, expressão que identicamente consta no 191 parágrafo único.

Então, não há como se entender da forma preconizada na interpretação daqueles autores, que aliás poderia beneficiar apenas alguns grupos. Dentre estes, grupos de latifundiários que estendem suas cercas sobre porcões de terras devolutas e tornam seus latifúndios mais latifúndios ainda e os grileiros, que são os neovigaristas. Vocês sabem a origem do termo vigarista? Por volta de 1850, não existia sistema de registro no Brasil. Então como as pessoas sabiam o que era de quem? Sabiam dizendo para o padre e o padre anotava. Isso foi chamado de registros paroquiais. Só que havia malandros que mentiam para o padre, diziam que tinham o que na verdade não possuíam. Esses passavam o que passou a ser chamado de "conto do vigário", e quem mente para padre é "vigarista". E esta é a origem do termo. Os neovigaristas são os grileiros, os que fazem tramóia com o título e com o tempo acabam usucapindo. Esse entendimento seria muito bom para os grileiros, já que o artigo estaria, para eles, admitindo usucapião de terras devolutas. Ainda mais com o novo Código, em que com o prazo de usucapião passou a ser de 15 anos, nos termos do artigo 1.238. Vejam, então, que ainda a redução do prazo seria mais benéfica a eles e a outros, tais como os invasores de terra. Portanto, ao meu ver o novo Código Civil, ao abranger, no artigo 102, os bens públicos, e sem fazer a mesma cisão que os artigos 100 e 101 fizera, afasta a possibilidade de interpretação que admita a prescritibilidade dos bens dominicais.

Mas vamos passar adiante disso. Então, ao meu ver, trouxe claramente essa

diferenciação na imprescritibilidade em relação a inalienabilidade, porque na inalienabilidade fez uma cisão dos bens de uso comum e de uso especial, diferentemente dos bens dominicais, enquanto, relativamente à imprescritibilidade, abrangeu nela todos os bens. É bem verdade que nós temos aquela conhecida decisão do STF que diz que os imóveis públicos são imprescritíveis, mas o ônus de provar que a terra é devoluta pertence ao Poder Público, não podendo o Poder Público simplesmente juntar uma certidão negativa de registro para afastar a possibilidade de usucapião. Porque, segundo o STF, quando há mais ou menos trinta anos passou a decidir dessa forma, segundo Hely Lopes Meirelles terras devolutas são aquelas que pertencem ao Poder Público, sem destinação específica. Então, segundo o Supremo Tribunal Federal, se Hely Lopes Meirelles diz que é isso, não haveria como se entender as terras sem registro como sendo devolutas. Ao meu ver, esse foi um erro histórico do STF, porque facilitou a ação também dos neovigaristas, também apelidados de grileiros. Mas é decisão do STF que está aí há mais de trinta anos, então, é preciso sempre nas contestações caracterizar e tentar demonstrar que a terra é devoluta por outros critérios.

Outra observação que eu gostaria de fazer em relação ao novo Código diz respeito à prescrição. O novo Código, ao meu ver, foi muito feliz ao definir a prescrição. Ao contrário da diferenciação feita inadequadamente por muitos, no sentido de que na decadência perde-se o direito, na prescrição perde-se o direito de ação, o direito de ação não se perde. Porque se alguém entrar com a ação e ninguém utilizar a exceção da prescrição, o juiz não poderá declará-la diretamente, ela tem que ser alegada. A prescrição é exceção sim. Mas o que se perde com o transcurso do prazo não é o direito, é a pretensão, que, no dizer de Pontes é a posição subjetiva de exigir de outrem uma determinada prestação, ou seja, é a exigibilidade que se perde e, ao meu ver, o novo Código foi muito feliz ao fazer essa diferenciação, ao dizer, no artigo 189: violado o direito nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue pela prescrição nos prazos a que aludem o artigo 205 e 206. O Código Civil, felizmente, vem dizer que o que se extingue é a pretensão, e aí diz: a exceção prescreve no mesmo prazo em que a pretensão. Por que? Porque a prescrição é a exceção que pode ser utilizada à ação movida por quem não tem mais a pretensão em face do decurso do prazo. Então, vejam, acho que o novo Código foi muito feliz nesse ponto e ainda traz algo importante também no âmbito das relações de direito público, porque o antigo código fazia uma diferenciação entre as ações pessoais e as reais. As pessoais prescreviam em 20, as reais em 10. No atual não há mais essa diferenciação. No artigo 205 vai dizer: a prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor. Se a lei não fixou prazo menor a prescrição ocorre em dez anos, diz o novo código. Isso vai trazer a necessidade de reinterpretação de uma série de entendimentos jurisprudenciais. Um exemplo, no âmbito da advocacia pública, aquela súmula do STJ, que entendia que o prazo prescricional para a utilização da ação de desapropriação indireta seria em 20 anos, tinha o pressuposto do artigo 177 do código civil anterior. Logo, essa súmula tem que ser reinterpretada, porque o novo Código está trazendo o prazo de 10 anos como regra. Vejam portanto, até porque vocês sabem muito bem que, por Medida Provisória, MP 2183, houve uma série de alterações no artigo 10° parágrafo único, do Decreto-lei n° 3365/41, em que se incluiu regra prevendo em cinco anos a desapropriação indireta, depois se excluiu em face de uma decisão judicial, então, aquela súmula que estava presente tem que ser reinterpretada. A regra prevê o prazo de 10 anos e este, ao meu ver, é o que deve ser considerado na aplicação da jurisprudência.

Eu vou levantar um aspecto importante, qual é o prazo que dará segurança jurídica às relações jurídicas entre administração e administrado? Pois bem, quando se trata de dívida passiva, ou seja, em favor do Poder Público, há regra especial, que estabelece prazo menor, que é o prazo de prescrição quinquenal presente desde o decreto 20.910/32. Ainda hoje, tem gente que estranha o fato de um decreto estabelecer prescrição. Só que naquela época, em 32, era viável o decreto autônomo, e como tal agora ele é recebido como lei e só pode ser alterado por lei. Então, em favor da Fazenda Pública a prescrição é güingüenal. Já para o prazo em favor de terceiros frente à administração? Aquela linha de raciocínio, segundo a qual, não havendo regra expressa, deve ser aplicado o princípio da segurança jurídica, o prazo de cinco anos, ao meu ver, está equivocado. Porque cinco anos nos termos do artigo 54, da Lei nº 9.784/99 é o prazo para a administração federal anular seus atos eivados de vícios. Não havendo regra expressa na legislação estadual ou municipal, tal qual à do art. 54 daquela lei, o que ocorre por exemplo com o Estado do Rio Grande do Sul, qual será o prazo? Eu encontro a resposta no artigo 205 do novo Código Civil. Até que venha o Estado do Rio Grande do Sul a trazer uma regra tal qual há no artigo referido, nós temos a regra geral do novo Código, que é a regra de segurança jurídica estabelecendo em 10 anos esse prazo, enquanto outro menos não se tenha fixado. Mas o nosso Tribunal de Justica tem aplicado o mesmo parâmetro de cinco anos que há para a esfera federal. Ao meu ver, contrariamente à regra expressa do novo Código que vai dizer que enquanto não há outro prazo, o prazo é de 10 anos. Interessante agui também é que o Código Civil se preocupou também em regular a decadência e ao regula-la trouxe algumas regras que são interessantes, que não se aplicam as normas que impedem, suspendem e interrompem, e também não trazendo uma definição da decadência ou em que hipóteses ela se aplicaria. Eu acho que aquele artigo de Amorim Filho sobre critério científico para distinguir a prescrição e a decadência ainda está em vigor que será: quando se tratar de pretensão constitutiva ou constitutiva negativa, o prazo é de decadência porque é prazo para criar o direito ou para desconstituir o direito existente. Quando se trata de pretensão condenatória, o prazo será de prescrição, porque aí não se trata de constituição de um direito, que pré-existe, mas sim relativamente à sua cobrança e, portanto, estaria no plano da pretensão. E quanto à pretensão declaratória, essa não seria prescritível, porque eu posso pedir hoje a declaração de uma situação que ocorreu há trinta anos atrás, eu posso pedir hoje uma declaração no sentido de que há 20 anos eu trabalhava no DAER, em tal setor, essa é uma pretensão que eu posso exercer a qualquer tempo porque se trata de uma declaração da existência ou não de uma relação jurídica anterior e isso não chega a ser atingido.

Com certeza as regras atinentes ao direito de propriedade realmente demonstram

uma nova ótica do Código Civil com influências no Direito Administrativo. No anterior Código, tínhamos o direito de propriedade como sendo praticamente um direito absoluto, um direito que o titular poderia usar, gozar, dispor, etc e reavê-los de quem injustamente os possua. Isso também está previsto no novo, no artigo 1.228, que, logo em seguida, nos parágrafos, vai trazer uma série de restrições. O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais. Vejam que a função social da propriedade, aqui, está expressamente reconhecida, ou seja, trazendo aquela visão que Constituição de 88 já trouxera. E ainda, com uma visão ambiental, isso também em consonância com o artigo 225 da Constituição Federal, que prevê o meio ambiente como bem de uso comum do povo e indispensável à presente e às futuras gerações, e de modo que sejam preservados, de acordo com o estabelecido em lei especial, a fauna, a flora, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico, o patrimônio e o patrimônio histórico artístico, bem como evitar a poluição do ar e das águas. Vejam que essa preocupação é trazida à legislação infraconstitucional, sendo o meio ambiente visto aqui como um elemento integrativo da propriedade e que o uso dela deve preservar.

Até no que diz respeito à questão das águas, não é demais lembrar que a Constituição Federal de 88 estabeleceu a água como bem público. Eu acho que estão derrogadas as regras que entendiam que há águas privadas. Porque se nós formos lá nos artigos 21 e 26 da Constituição Federal e vermos o que são as águas, a Carta já afirmava, lá em 88, as águas como sendo bens públicos; aquelas fluentes, emergentes ou em depósito, vai dizer o Texto, pertencem ao Estado, por força do artigo 26. Poça d'água é bem público, pela regra constitucional. Daí que a idéia de que seria preciso desapropriar água é equivocada, seria como desapropriar o que já é seu, tirar uma propriedade que já é sua. Não precisa, ao meu ver. De qualquer forma, o Código Civil aqui dá uma conotação de preservação ambiental.

O Código diz que o proprietário pode ser privado da coisa em alguns casos. A Constituição de 88 já dizia isso lá nos artigos 5°, inciso XXIV e XXV. Agora, eu vou chamar atenção de vocês para uma coisa que está me preocupando, não sendo claro se o novo Código Civil criou aqui uma desapropriação por ato de juiz ou não. Porque depois de dizer no parágrafo 3° que pode o proprietário ser privado pela desapropriação e requisição, o parágrafo 4° do artigo 1.208 criou uma espécie de extinção da propriedade privada antes inexistente, inusitada e que não sei quando vai ser aplicada. Diz o parágrafo 4°: o proprietário também poderá ser privado da cosia se o imóvel reivindicado consistir em extensa área. O que é extensa área? Trata-se de conceito jurídico indeterminado, cuja amplitude vai depender de interpretação. Na posse ininterrupta e de boa fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas. O que é considerável número de pessoas? Também mais um conceito jurídico indeterminado que vai depender de interpretação. E estas, nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

Ou seja, o juiz, a seu critério, entendendo que essas pessoas fizeram obras de relevante interesse social e econômico pode extinguir a anterior propriedade. E aí o

parágrafo 5° vai dizer, no caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário. Pago o preço, valerá a sentença como título para registro do imóvel em nome dos possuidores. Quem paga? Se é relevante interesse social e econômico, quem vai pagar? São os legítimos possuidores? Ou será o Estado? Quem paga isso? Parece-me que o Código Civil está criando uma hipótese de desapropriação em que um juiz de direito vai entender, vai apreciar quando há um relevante interesse econômico e social. Se é relevante interesse econômico e social parece que está constituindo aqui uma obrigação para o Estado indenizar. Vejam, claro que a abertura aqui foi demasiada, ao meu ver. Claro que há aqueles condicionantes, mas nós estamos introduzindo uma hipótese nova de um procedimento sui generis de desapropriação. Será que é constitucional esse procedimento? Será que está adequado ao texto constitucional? No artigo 5°, XXIV, vamos ver que a Constituição vai dizer a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos nela previstos. Ora, se a Constituição diz isso e a lei traz um procedimento que exige uma fase declaratória e uma fase executória, então, se essa fase declaratória não houve, será que aqui pode ela ser substituída pela vontade do juiz? A quem cabe determinar o interesse social? A quem cabe determinar utilidade ou necessidade pública? Será que aqui não haveria uma interferência entre os poderes? Será que não haveria uma afronta ao artigo 2º da Constituição Federal? Pois bem, parece-me que, em uma conclusão parcial, há uma inconstitucionalidade aqui.

Então, essas são algumas considerações, evidentemente não excludentes de outras, de grande relevância relativamente ao novo Código Civil e a sua ingerência no âmbito do direito administrativo. Eu peço desculpas por ter levado a efeito aquela manifestação inicial, quando disse que ia me estender tanto quanto Fidel Castro nos seus discursos. Eu estou indo para Havana, eu quero aprender a ser sintético e acabei levando a efeito isso e acabei deixando um espaço menor para os questionamentos de vocês. Agradeço atenção de todos e me coloco à disposição para as dúvidas que tenham atinentes à exposição. Muito obrigado.

O PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Ricardo Seibel de Freitas Lima*

1 INTRODUÇÃO

No contexto de um Estado Democrático de Direito, em que se constitui a República Federativa do Brasil, tal como estabelece o artigo 1º da Constituição Federal de 1988 (CF/88), assume incontestável relevância o princípio da impessoalidade.

Tal importância, contudo, adquirindo consolidação pela afirmação da forma republicana de governo, expressa em diversos dispositivos da Carta 1 e confirmada pelo plebiscito previsto no artigo $2^{\rm o}$ do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, depende de uma adequada concretização pelos operadores jurídicos, eis que sua mera enunciação se revelaria inócua.

Para tal empreendimento, será adotada, no presente, a concepção que entende os princípios como normas que estabelecem diretamente fins, para cuja concretização o comportamento devido não é previsto com maior exatidão, dependendo, em razão disso, da delimitação de um estado ideal de coisas, a ser buscado por meio de condutas necessárias a essa realização.²

Assim sendo, a concretização do princípio da impessoalidade somente poderá ser alcançada, tendo em mente os dispositivos constitucionais que lhe são relacionados, e a análise de casos paradigmáticos julgados pelos Tribunais pátrios, especialmente pelo Supremo Tribunal Federal, a quem compete precipuamente, na forma do artigo 102, a guarda da Constituição e o estabelecimento de uma razão pública.³

^{*} Procurador do Estado

¹ Como exemplo, podemos lembrar que a forma republicana de governo é referida no próprio título — Constituição da República Federativa do Brasil — no preâmbulo, e nos artigos 1°, 3°, 4°, *caput*, e parágrafo único.

² ÁVILA, Humberto: A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade, in *Revista de Direito Administrativo*, 215, jan/mar de 1999, pp. 151-179.

³ RAWLS, John: *Liberalismo político*, México, Fondo de Cultura Econômica, 1^a edição em espanhol, pp. 219-228. Tradução de Sergio René Madero Báez, a partir do original em inglês.

A análise comparativa dos casos é um método que se revelará adequado⁴, pois permitirá identificar os problemas que a realidade prática impõe sejam solucionados pela impessoalidade, permitindo a identificação dos princípios que subjazem às decisões, a descoberta da verdadeira *ratio decidendi*, e possibilitando a definição de condutas que estabelecem os contornos da norma finalística.

2 O PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA E NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

2.1 CASOS PARADIGMÁTICOS E O PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE.

O primeiro caso a ser tratado envolve a questão do nepotismo na contratação de servidores públicos⁵. Trata-se do julgamento de uma ação direta de inconstitucionalidade (ADIN), em que se impugnava uma emenda à Constituição Estadual, que impedia a ocupação de cargos em comissão por cônjuges ou companheiros e parentes, consangüíneos, afins ou por adoção, até segundo grau, de determinadas autoridades públicas.⁶

A alegação de inconstitucionalidade, entre outras razões, baseava-se no fato de que a referida emenda criava uma hipótese de impedimento de acesso a cargos públicos não prevista na Constituição Federal, pois se tratavam de cargos de livre nomeação e exoneração.

O Supremo Tribunal Federal, apreciando o pedido de suspensão cautelar do dispositivo, entendeu por indeferi-lo, não encontrando qualquer incompatibilidade entre a vedação da prática do nepotismo e a existência de cargos públicos cujo preenchimento é livre e baseado na confiança.

Assim sendo, o Tribunal aplicou o princípio da impessoalidade, para manter a constitucionalidade do dispositivo. Ao tratar da possibilidade de preenchimento de um cargo público baseado em critérios pessoais, no caso o parentesco, surge a questão sobre a necessidade de que a atuação dos agentes públicos seja objetiva, isenta e neutra, com fundamento em critérios objetivos e racionais.

O segundo caso que merece menção diz respeito à possibilidade de eliminação de candidatos em concursos públicos. Trata-se de Recurso Extraordinário (RE), em que se discutia o direito de uma candidata à investidura no cargo de Juiz de Direito. Aprovada em fases anteriores do certame, a postulante foi eliminada em sessão

⁴ LARENZ, Karl: Base del negocio jurídico y cumplimento de los contratos, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1956, pp. 1-5.

⁵O nepotismo é uma realidade presente no cenário político brasileiro há muito tempo. Existem aqueles que identificam na própria carta de Pero Vaz Caminha, a respeito da descoberta do território denominado "ilha de Vera Cruz", o início da prática em solo nacional, conforme ROCHA, Cármen Lucia Antunes: *Princípios Constitucionais da Administração Pública*, Belo Horizonte, Del Rev. 1994. p. 159-160.

º Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal na ADIN nº 1521-4 (RS), Relator Ministro Marco Aurélio, julgado pelo Tribunal Pleno em 12 de março de 1997, publicado no Diário da Justiça de 17 de março de 2002. Sobre o mesmo tema, ver também o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 183.952-0 (RS), Relator Ministro Néri da Silveira, julgado pela Segunda Turma em 19 de março de 2002, publicado no Diário da Justiça de 24 de maio de 2002, em que se questiona a constitucionalidade de uma lei municipal.

secreta do Tribunal de Justiça Estadual, com base em previsão do Estatuto da Magistratura.⁷

De fato, previa a lei estadual que ao Tribunal de Justiça competia decidir, em sessão secreta, conclusivamente e por livre convicção, a respeito da admissão dos candidatos. Ao eliminar a recorrente aprovada nas fases prévias do concurso, conforme expõe o Relator em seu voto, "o Tribunal não se reputou vinculado ao laudo psicotécnico, mas pretendeu exercer um poder discricionário de recusa imotivada do candidato à magistratura, mediante votação secreta dos componentes do Órgão Especial".

Na espécie, o dispositivo em questão foi declarado inconstitucional, tendo havido afronta ao princípio da impessoalidade. Este caso expõe questão acerca da necessidade de que a atuação dos agentes públicos seja passível de controle intersubjetivo. Se questiona, assim, se a Constituição Federal brasileira, ao atribuir competência a determinados agentes públicos, confiando a estes o poder e o dever de agir e decidir de forma impessoal, impõe a observância de um procedimento qualquer, uma possibilidade de participação dos interessados, uma publicidade mínima e uma exigência de fundamentação da decisão.

Por fim, trataremos do caso relativo à utilização do aparato público para promoção do administrador, seja em caráter pessoal, seja em caráter partidário.

Trata-se de ação popular julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em que se consideraram lesivos ao patrimônio público, por afrontarem o princípio da impessoalidade, e, em especial, o \S 1°, do artigo 37 da Constituição, os atos de inserção de publicidade pessoal do administrador em bancos de praças, viaturas oficiais e placas indicativas de obras da publicidade.

Esse precedente⁹ expõe a questão acerca da necessidade de independência e neutralidade da administração pública, em relação aos eventuais governantes, e também indaga sobre a possibilidade de utilização da *res* pública para promoção subjetiva de determinado administrador.

2.2 A POSITIVAÇÃO DA IMPESSOALIDADE NO ATUAL ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Na Constituição Federal brasileira de 1988, o princípio da impessoalidade vem afirmado no limiar do Capítulo que dispõe sobre a Administração Pública, estabelecendo

⁷ Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 194.657-1 (RS), Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado pelo Tribunal Pleno em 4 de outubro de 2001, publicado no Diário da Justiça de 14 de dezembro de 2001. Sobre a matéria, ver também o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 188.234-4 (DF), Relator Ministro Néri da Silveira, julgado pelo Plenário em 19 de março de 2002, publicado no Diário da Justiça de 24 de maio de 2002.

⁸ Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na apelação cível nº 143.146-1, Relator Desembargador Francisco Cascani, julgado pela 5ª Câmara, em 13 de junho de 1991, publicado na Revista dos Tribunais, 671, setembro de 1991, pp. 94-96.

⁹ No mesmo grupo de casos, poderiam ser acrescentados: (i) acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul na apelação cível em ação civil pública de improbidade administrativa nº 70002775195, Relator Desembargador Wellington Pacheco Barros, julgado pela 4º Câmara Cível, em 22 de agosto de 2001, acerca da publicação de promoção pessoal do administrador em informativo oficial do Município; (ii) acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul nos embargos infringentes nº 593129422, Relator Desembargador José Vellinho de Lacerda, julgado pelo 1º Grupo de Câmaras Cíveis, em 1º de julho de 1994, acerca da utilização do slogan "administração popular", por determinado partido político, em publicidade de atos, programas, obras, serviços e campanhas públicas.

o *caput* do art. 37 que "a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, e eficiência".¹⁰

Não se trata, no entanto, da única passagem do texto constitucional em que o aludido princípio se faz vislumbrar. De fato, em outros tantos trechos podemos observar a exigência de que se alcance um estado a ser ideal de coisas identificado com a impessoalidade, seja de forma direta, seja através de outros institutos que colaboram para que seja alcançado este fim através de comportamentos diversos.

Em outros ordenamentos, como o de Portugal, o chamado princípio da imparcialidade administrativa foi afirmado através de uma construção elaborada a partir da adoção de numerosas figuras jurídicas que deixavam transparecer a preocupação com a imparcialidade e que, na prática, revelaram-se fortes instrumentos de garantia de aspectos singulares.¹¹

Ainda que no ordenamento jurídico brasileiro atual não haja essa necessidade de criação, pois a positivação do princípio é expressa, cabe sistematizar e aglutinar os demais institutos em torno da previsão central da impessoalidade, a fim de que esta lhes dê sentido e organize de forma valorativa.

Da mesma forma, o princípio da impessoalidade estará se relacionando com outros, recebendo também sentido e sendo conectado e hierarquizado de forma axiológica¹² com as demais normas finalísticas, especialmente em função de princípios estruturantes, como o do Estado Social e Democrático de Direito.

Assim, o art. 37 da Constituição, em relação ao acesso e remuneração no serviço público, prevê: (i) em seu inciso II^{13} , que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas e títulos 14 , ressalvados os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração 15 ; (ii) em seu inciso IV, que o aprovado em concurso público, durante a vigência prevista no edital de convocação, terá prioridade de nomeação sobre os novos concursados; (iii) em seu inciso V^{16} , que o preenchimento de funções de confiança se fará exclusivamente por servidores ocupantes de cargos efetivos, e o preenchimento de cargos em comissão se fará por servidores de carreira, nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, e apenas para as atribuições de direção, chefia e assessoramento; (iv) em seu inciso X^{17} , que fica assegurada a revisão geral anual da

¹⁰ Com redação da Emenda Constitucional nº 19/98.

¹¹ RIBEIRO, Maria Teresa de Melo: O princípio da imparcialidade da administração pública, Coimbra, Livraria Almedina, 1996, pp. 28-29.

ÎZ ÁVILA, Humberto: Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico, in Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 19, março de 2001, pp. 177-178.

¹³ Com redação da Emenda Constitucional nº 19/98.

 $^{^{14}}$ De acordo com o $\$ $2^{\rm o}$, do artigo 37 da CF/88, a não observância do disposto neste inciso implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei.

 $^{^{15}}$ Com a ressalva que esta liberdade de nomeação, em nome do princípio da impessoalidade, pode ser restringida, para evitar escolhas baseadas em critérios subjetivos, conforme precedentes citados – ADIN 1.521-4 (RS) e RE nº 183.952-0 (RS).

¹⁶ Com redação da Emenda Constitucional nº 19/98.

¹⁷ Com redação da Emenda Constitucional nº 19/98. Sobre a matéria ver o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal na ADIN (por omissão) nº 2.481-7 (RS), Relator Ministro Ilmar Galvão, julgado pelo Tribunal Pleno em 19 de dezembro de 2001, publicado no Diário da Justiça de 22 de março de 2002, em que se considerou o Governador do Estado em mora por não ter desencadeado, no período, o processo de elaboração da lei anual de revisão geral da remuneração dos servidores. Observe-se que existem outras tantas ADINS's sobre a matéria, relativas a outras unidades da federação.

remuneração dos servidores públicos, em igual data e com mesmos índices. 18

Sobre as contratações da administração pública¹⁹, dispõe o inciso XXI do mesmo artigo 37, que, ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações, serão contratados mediante processo de licitação pública, que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes.

No tocante à publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos, impede o $\S 1^\circ$, do art. 37, que esta tenha caráter de promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos. 20

Os artigos 54, I e II, da CF/88, disciplinam uma série de vedações impostas ao Deputados e Senadores, relativamente a contratações com o Poder Público e investidura em cargos dessa natureza, sempre com o objetivo de preservar a impessoalidade.

O artigo 93 da Carta, por sua vez, estabelece algumas diretrizes sobre a carreira e a atividade judicial, visando assegurar o referido princípio, especialmente no que tange aos critérios de acesso ao cargo, e promoção — incisos II e III — além da imposição dos deveres de publicidade e fundamentação das decisões — incisos IX e X.

Por fim, o art. 100 da Constituição determina que o pagamento dos créditos devidos pela Fazenda Pública, em razão de condenação judicial, se faça exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios, vedada a designação de casos ou pessoas nas dotações orçamentárias.

Como visto, portanto, a Constituição Federal de 1988 nos apresenta um adequado quadro normativo para a concretização do princípio da impessoalidade, cujos contornos merecem ser agora melhor estabelecidos, tarefa em que se utilizará não somente as contribuições doutrinárias, mas também os precedentes jurisprudenciais paradigmáticos.

3 A CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE

3.1 NOÇÃO APROXIMADA DO PRINCÍPIO

A evolução da análise empreendida permite, nesse momento, esboçar uma noção aproximada do conteúdo do princípio. A apreciação intuitiva do termo decorre do próprio significado etimológico da palavra e se consubstancia na idéia de que a administração pública não pode estabelecer diferenciação injustificada entre pessoas, bem como, sob outro ângulo, não pode ser personificada, no sentido de assumir a identidade de determinado particular ou grupo.²¹

¹⁸ A concessão de reajuste de vencimentos a uma categoria específica, com índice diferenciado, sem qualquer justificação, poderia consistir em um exemplo de conduta da administração pública baseada em critérios subjetivos e, portanto, impessoais, conforme ROCHA, Cármen Lucia Antunes: *Princípios Constitucionais da Administração Pública*, Belo Horizonte, Del Rey, 1994, p. 151.
¹⁹ A respeito de contratações da administração pública, interessante o precedente da contratação de ex-Procurador-Geral do Município para exercer, como advogado privado, as mesmas funções de representação judicial do Município, em razão de laços pessoais com o Prefeito, conforme acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial (RESP) nº 403.981 - RO, Relator Ministro Luis Fux, julgado pela 1ª turma em 1º de outubro de 2002, publicado no Diário da Justiça de 28 de outubro de 2002.
²⁰ Além dos casos citados, lembre-se a antiga prática de fixar retratos dos eventuais governantes em repartições públicas, conforme ROCHA, Cármen Lucia Antunes: *Princípios Constitucionais da Administração Pública*, Belo Horizonte, Del Rey, 1994, p. 148.

²¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves: Comentários à Constituição Brasileira de 1988, São Paulo, Saraiva, 1990, v. 1, pp. 243-245.

Essa idéia inicial, ainda que indique um bom caminho a seguir, se revela insuficiente para determinar comportamentos concretos, especialmente diante da diversidade e complexidade de casos que a realidade prática impõe sejam enfrentados pela impessoalidade como estrutura própria para resolução de problemas.

Como decorrência do Estado Social e Democrático de Direito, considerado este como princípio estruturante e aglutinador de outros princípios, aos quais oferece sentido e organiza, impedindo a consideração arbitrária de algum em detrimento de outros, a impessoalidade opera para assegurar a independência e a neutralidade da administração pública, relativamente a eventuais exercentes do poder, que possam pretender utilizá-la para a prosseguir fins pessoais ou partidários.²²

A neutralidade política da administração impõe uma forma típica atuar, fazendo prevalecer o profissionalismo dos funcionários, a natureza institucional do corpo administrativo, e a perseguição das finalidades públicas, que não pode ser desvirtuada em função de determinadas injunções políticas. Frente à possível utilização do corpo do Estado por um grupo politicamente vitorioso, surge a necessidade do desenvolvimento de um funcionalismo formado por um corpo de trabalhadores qualificados e capacitados profissionalmente 4, o que também contribui para fazer prevalecer a independência política da administração.

É também sob a égide do princípio republicano, e sob o imperativo da igualdade, que a impessoalidade se revela como forma de impedir que a atuação pública se paute por preferências pessoais, ligações afetivas, sem qualquer isenção ou objetividade²⁵, pois a coisa pública, que é de todos e a todos impõe sacrifícios, não pode existir para beneficiar determinados particulares ou para perseguir e prejudicar outros.

As diretrizes acima expostas, se revelam contornos mais nítidos do princípio em pauta, ainda se mostram vagas quanto à sua operacionalidade. Efetivamente, se a impessoalidade serve para garantir a atuação neutra, independente, isenta, objetiva e imparcial da administração pública, ainda falta discernir como pode, em situações práticas, ser alcançado esse estado ideal a ser atingido.

Nesse sentido, impõe-se considerar imprescindível, a fim de que a impessoalidade seja afirmada, que a ação administrativa considere, em cada caso concreto, a totalidade dos interesses afetados pela própria atuação, permitindo a oitiva, participação e manifestação de todos aqueles eventualmente afetados pela medida.²⁶ É verdadeiramente improvável que a administração pública seja imparcial, quando desconheça, antes da decisão ser tomada, quais os efeitos que sua ação poderá

²º RIBEIRO, Maria Teresa de Melo: O princípio da imparcialidade da administração pública, Coimbra, Livraria Almedina, 1996, pp. 35-38.

²³ ZAGO, Lívia Maria Armentano Koenigstein: O princípio da impessoalidade, Rio de Janeiro, Renovar, 2001, pp. 137-144. ²⁴ WEBER, Max: Economia y sociedad, México, Fondo de Cultura Econômica, 1999, 2ª edição, pp. 1068-1069. Tradução de José

²⁴ WEBER, Max: Economia y sociedad, México, Fondo de Cultura Econômica, 1999, 2ª edição, pp. 1068-1069. Tradução de José Medina Echevarría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo Garcia Maynez e José Ferrater Moura, a partir da quarta edição do original em alemão.

²⁵ RIBEIRO, Maria Teresa de Melo: O princípio da imparcialidade da administração pública, Coimbra, Livraria Almedina, 1996, pp. 17-22.

²⁶ RIBEIRO, Maria Teresa de Melo: O princípio da imparcialidade da administração pública, Coimbra, Livraria Almedina, 1996, pp. 17-22.

envolver. Talvez ainda pior seja a situação de uma decisão que, afetando interesses antagônicos, seja tomada apenas pela consideração de uma das partes ou grupos envolvidos.

Com efeito, o fenômeno da participação constitui um componente fundamental do processo decisório, pois os canais abertos pela manifestação, não só dos interessados, mas de todos aqueles que possam positivamente influir para o bom encaminhamento da questão, permitem um enriquecimento na materialização, valoração e consideração de fatos e interesses, que haverão de ser corretamente ponderados para a tomada da correta decisão.²⁷

Além disso, é preciso, sob pena de se tornar o princípio completamente sem operacionalidade, servindo apenas para esconder ou justificar o arbítrio, que a ação ou decisão administrativa seja passível de controle intersubjetivo. É impossível saber se dada atuação concreta correspondeu aos imperativos da impessoalidade, se não nos é permitido conhecer as razões e caminhos que levaram a esta. Afigura-se, assim, indispensável, que a ação administrativa seja precedida de uma fundamentação expressa, com a devida publicidade, através de um procedimento adequado, sob pena de uma determinada decisão esconder uma conduta pautada em critérios subjetivos e impessoais.²⁸

Se a administração deve ser isenta, neutra e objetiva, qualquer decisão deve ser fundamentada, a fim de que sejam justificadas as distinções e equiparações feitas entre pessoas e situações, mediante uma referência a princípios e regras pertinentes. Mesmo que essas normas sejam um tanto vagas e abstratas, a permitir eventuais decisões arbitrárias, a exigência de fundamentação expressa e o método da análise de casos, tornará cada vez mais difícil construir justificações plausíveis para julgamentos tendenciosos, sendo então exigida a coerência.²⁹

O dever de fundamentação expressa apresenta-se como um instituto, reunindo todas e quaisquer razões que o agente assuma como determinantes da decisão, sejam aquelas que exprimam uma intenção justificadora do agir, demonstrando a ocorrência concreta dos pressupostos legais, sejam aquelas que visam explicar o conteúdo da manifestação, indicando a composição dos interesses considerados para adotar a medida adequada à satisfação do interesse público no caso. 30

3.2 CONDUTAS EXIGIDAS PARA A CONCRETIZAÇÃO DA IMPESSOALIDADE

A partir do desenvolvimento esboçado anteriormente, podemos agora definir

²⁷ DUARTE, David: Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório, Coimbra, Livraria Almedina, pp. 403-421.

²⁸ RIBEIRO, Maria Teresa de Melo: O princípio da imparcialidade da administração pública, Coimbra, Livraria Almedina, 1996, pp. 77-78.

²⁹ RAWLS, John: *Uma teoria da Justiça*, São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 260. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves, a partir do original em Inglês.

³⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de: *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*, Coimbra, Livraria Almedina, 1992, pp. 20-22.

algumas condutas que são exigidas da administração pública, para que se alcance aquele estado ideal que é determinado pelo princípio da impessoalidade.

Em primeiro lugar, exige-se uma atuação isenta e objetiva da administração pública, no sentido de ser impessoal, ou seja, não ligada a qualquer sujeito, que, para tanto, deve ser baseada em critérios objetivos, lógicos e racionais.³¹

Este parece ter sido o caso do nepotismo. Observe-se que se questionava a constitucionalidade de uma norma estadual que vedada a contratação de parentes para ocupar cargos de comissão, os quais, em função do disposto no art. 37, II, da CF/88, são de livre nomeação e exoneração. Ocorre que a liberdade dada ao agente público não pode ser confundida com arbítrio, devendo ser exercida com responsabilidade e racionalidade, observados critérios objetivos e lógicos. Assim, a vedação da contratação de pessoas próximas, muitas vezes influenciada por questões subjetivas ou afetivas e não racionais, foi considerada conforme à constituição, por contribuir para alcançar o estado finalístico indicado pelo princípio da impessoalidade.³²

Em segundo lugar, exige-se que a administração pública seja independente e neutra³³, em relação a interesses políticos e pessoais, que possam ser exercidos por parte de eventuais governantes.

Aqui verificamos o enquadramento do caso relativo à utilização da administração pública para promoção pessoal do governante. Ainda que não existisse a expressa disposição do $\S~1^\circ$, do artigo 37 da Constituição, uma administração que se pretende seja impessoal não pode ser utilizada para fins de propaganda política partidária ou particular, sob pena de total ausência de neutralidade e independência em relação ao eventual titular do poder.

O interessante, nesses casos, é que a violação ou não do princípio da impessoalidade somente se verifica pela análise de circunstâncias muito específicas dos casos concretos. Não por outra razão, aqueles que chegam ao Supremo Tribunal Federal não são conhecidos por envolverem análise de matéria fática. Há um precedente, contudo, em que, embora não conhecido o recurso, entendeu o Tribunal que a publicação oficial, que trazia em sua capa a foto do Governador do Estado, ocupando a página inteira, com os dizeres "ele governou para todos", às custas do erário, não consistia numa verdadeira prestação de contas pública, mas em um ato de promoção pessoal vedado pela Constituição.³⁴

³¹ RIBEIRO, Maria Teresa de Melo: O princípio da imparcialidade da administração pública, Coimbra, Livraria Almedina, 1996, pp. 17-18.

²² Outro precedente que se enquadra nessa hipótese é o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança nº 21.814 (RJ), Relator Ministro Néri da Silveira, julgado pelo Tribunal Pleno em 14 de abril de 1994, publicado no Diário da Justiça de 10 de junho de 1994. Se trata da nomeação de Juiz para o Tribunal Regional do Trabalho (TRT), na vaga de advogado, em que o nomeado, na lista tríplice elaborada pelo órgão especial do Tribunal, obtivera apenas um voto a mais do que outros candidatos, sendo que seu pai participara da votação.

³³ RIBEIRO, Maria Teresa de Melo: O princípio da imparcialidade da administração pública, Coimbra, Livraria Almedina, 1996, pp. 35-38.

⁵⁴ Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário (REAGR) nº 217.025 (RJ), Relator Ministro Maurício Corrêa, julgado pela Segunda Turma em 27 de abril de 1998, publicado no Diário da Justiça de 5 de junho de 1998. Sobre a matéria, mas também não conhecido é o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 201.957-7 (SP), Relator Ministro Moreira Alves, julgado pela Primeira Turma em 1º de junho de 1999, publicado no Diário da Justiça de 6 de agosto de 1999.

Há que se observar e distinguir, entretanto, aqueles casos em que não há uma promoção pessoal do governante, e sim uma efetiva publicidade de um programa ou realização de governo, o que é muitas vezes difícil de discernir. Em razão disso, o Supremo Tribunal Federal suspendeu a eficácia de uma lei estadual que vedava toda e qualquer publicação, por qualquer meio de divulgação, de matéria que pudesse constituir propaganda direta ou subliminar de atividades ou propósito de governo, bem como de matéria que estivesse tramitando no Poder Legislativo, pois tal preceito poderia gerar perplexidade na aplicação prática.³⁵

Em terceiro lugar, a administração pública, diante de determinado caso concreto, deve considerar a totalidade dos interesses envolvidos e afetados pela própria ação 36 , permitindo a adequada oitiva e participação dos interessados, através de um procedimento que proporcione esse envolvimento.

No caso do concurso público à magistratura, não foi oportunizado à interessada participar do processo de decisão sobre sua aprovação ou reprovação, o que acabou conduzindo à procedência de seu recurso.

É interessante observar que o Supremo Tribunal Federal já admitiu que é possível, em tese, a instituição, por lei, do exame psicotécnico, com caráter eliminatório.³⁷ O que distingue o caso em pauta é que a eliminação não foi decidida com oitiva da parte interessada, e com base em um exame de caráter objetivo e científico, mas sim em uma sessão secreta e através de uma decisão não motivada, o que evidentemente não se coaduna com o princípio ora desenvolvido.

Em quarto lugar, todas as ações e decisões da administração pública dever observar um procedimento adequado, com a devida publicidade, e com uma fundamentação expressa, que permita o controle intersubjetivo da atuação.³⁸

No mesmo caso da reprovação no concurso, verificamos que existia um exame psicotécnico desfavorável à candidata. No entanto, sendo a sessão secreta e não havendo fundamentação da decisão, não existe como verificar se a ação se pautou por critérios objetivos, impessoais e isentos, e é justamente essa impossibilidade de controle do processo decisório, por ausência de publicidade, procedimento e publicidade, que comprometeu a atuação.

4 CONCLUSÃO

Em conclusão, pode-se afirmar que a impessoalidade, como princípio constitucional expresso, seja através de sua previsão central no *caput* do artigo 37, seja em outros institutos relacionados, determina um estado ideal de coisas a ser alcançado.

³⁵ Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal na ADIN nº 2.472-8 – medida liminar (RS), Relator Ministro Maurício Corrêa, julgado pelo Tribunal Pleno em 13 de março de 2002, publicado no Diário da Justiça de 3 de maio de 2002.

³⁶ RIBEIRO, Maria Teresa de Melo: O princípio da imparcialidade da administração pública, Coimbra, Livraria Almedina, 1996, pp. 17-22.

³⁷ Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 188.234-4 (DF), Relator Ministro Néri da Silveira, julgado pelo Plenário em 19 de março de 2002, publicado no Diário da Justiça de 24 de maio de 2002.

³⁸ RIBEIRO, Maria Teresa de Melo: O princípio da imparcialidade da administração pública, Coimbra, Livraria Almedina, 1996, pp. 77-78.

Para determinar as condutas concretas que são exigidas dos agentes para alcançar a finalidade estabelecida pelo princípio, é indispensável a análise do ordenamento jurídico constitucional atual, bem como o exame das posições doutrinárias, e, especialmente, a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, através do método de casos.

Assim procedendo, concluímos que o princípio da impessoalidade exige uma atuação isenta e objetiva do administrador público, fundada em critérios racionais e lógicos, com independência e neutralidade em relação aos governantes, o que somente pode ser garantido pela consideração da totalidade dos interesses envolvidos em determinada questão, através de um procedimento adequado, que garanta publicidade e fundamentação expressa da decisão, a permitir seu controle intersubjetivo.

Há, contudo, que se observar a necessidade de manter renovada a análise dos casos paradigmáticos dos tribunais superiores, que, diante de novos problemas surgidos da realidade prática, nos permitirão, à luz do conceito sistematizado, proceder reformulações³⁹, que possibilitem a concretização cada vez mais definida das condutas que são necessárias para alcançar a impessoalidade na administração pública.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **O dever da fundamentação expressa de actos administrativos**. Coimbra: Almedina, 1992. p. 20-22.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999.

_____. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 19, p. 177-178, mar./2001.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 273-277. Tradução de Antonio Menezes Cordeiro, a partir do original alemão.

DUARTE, David. **Procedimentalização, participação e fundamentação**: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra: Almedina, 1996. p. 403-421.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1, p. 243-245.

LARENZ, Karl. Base del negocio jurídico y cumplimento de los contratos.

³⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm: *Pensamento Sistemático e conceito de sistema na ciência do d*ireito, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, 2ª edição, 273-277. Tradução de Antonio Menezes Cordeiro, a partir do original alemão.

Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956.

RAWLS, John. **Liberalismo político**. México, Fondo de Cultura Econômica, 1996. p. 219-228. 1. ed. em espanhol, tradução de Sergio René Madero Báez, a partir do original em inglês.

_____. **Uma teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 260. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves, a partir do original em Inglês.

RIBEIRO, Maria Teresa de Melo. **O princípio da imparcialidade da administração pública**. Coimbra: Almedina, 1996. p. 28-29.

ROCHA, Cármen Lucia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 159-160.

WEBER, Max. **Economia y sociedad**. 2. ed. México: Fondo de Cultura Econômica, 1999. p. 1068-1069. Tradução de José Medina Echevarría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo Garcia Maynez e José Ferrater Moura, a partir da quarta edição do original em alemão.

ZAGO, Lívia Maria Armentano Koenigstein. **O princípio da impessoalidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 137-144.

O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Antônio Ricardo Vasconcellos Schmitt

INTRODUÇÃO; 1 O tema na doutrina; 1.1 No Brasil; 1.2 No exterior; 2 Configuração normativa; A) Na Constituição Federal; B) Na legislação infraconstitucional; Conclusões; A) Conteúdo; B) Funções; C) Controle: mecanismos e o princípio como fundamento

INTRODUÇÃO

Tem-se como objetivo empreender uma breve análise do princípio da eficiência, delimitando seu conteúdo e funções no sistema jurídico brasileiro, e com isso estremálo de outras figuras afins, como os princípios da eficácia, da economicidade e da efetividade, bem como examinar algumas decisões judiciais que o referem, identificando as possibilidades de controle judicial.

As noções comuns dos princípios supramencionados levam em conta os seguintes aspectos:

Economicidade: qualidade do que é econômico; sendo econômico aquilo que, de modo parcimonioso, controla seus recursos . Em uma acepção mais jurídica (ou econômica?) seria a relação entre custo e benefício a ser observada na atividade pública .

Efetividade: qualidade do que \acute{e} efetivo; sendo que \acute{e} efetivo aquilo que se manifesta por um efeito real, positivo .

Eficácia: qualidade ou propriedade de eficaz; eficiência; sendo que é eficaz aquilo que produz o efeito desejado ou que age com eficiência .

Eficiência: ação, força, virtude de produzir um efeito; eficácia.

Os pontos de contato entre um e outro conceito já demonstram o interrelacionamento entre os efeitos e os recursos necessários para alcançá-los. Mais do que isso, é nítido o enfoque de alocação de recursos para a consecução dos fins pretendidos, o que é um tema de interesse das ciências econômicas. No mesmo sentido, parte da discussão na literatura estrangeira sobre a questão da eficiência se dá sob o influxo de uma análise econômica do direito.

No campo das ciências econômicas, esses conceitos têm a seguinte concepção: Economicidade: qualidade do que é econômico, do que diz respeito à economia; consistindo no estudo da maneira como as pessoas adquirem as necessidades e comodidades materiais, dos problemas que encontram ao fazê-lo e das maneiras como estes problemas podem ser contornados; e, em uma acepção mais estreita, o estudo de alocação de recursos escassos à satisfação das necessidades humanas.

Eficiência: tem duas acepções: alocativa, consistente na produção da melhor combinação de bens a partir da melhor combinação possível de insumos; e técnica, em que se traduz por prover o máximo produto com os recursos e tecnologia disponíveis, anulação de moção de desperdício e gerência mal feita . Alguns autores valem-se apenas dessa última concepção.

No debate que se estabeleceu a partir de uma perspectiva econômica do direito, discute-se se a eficiência é um princípio de conteúdo jurídico. Para alguns autores, é o princípio determinante do direito e da atividade judicial . Para outros, maximizar a riqueza social não faz nenhum sentido como objetivo social .

Sob o enfoque estritamente jurídico, há quem entenda o princípio da eficiência como subprincípio da proporcionalidade . Na literatura, vamos encontrar que o dever de proporcionalidade estrutura-se em três elementos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Uma medida é adequada se o meio escolhido está apto para alcançar o resultado pretendido; necessária se, dentre todas as disponíveis e igualmente eficazes para atingir um fim, é a menos gravosa em relação aos direitos envolvidos ; e estritamente proporcional se, relativamente ao fim perseguido não restringir excessivamente os direitos envolvidos. Assim, por dizer respeito à alocação de recursos para atingir determinado fim, haveria alguma coincidência entre eficiência e adequação e/ou necessidade?

Em um desdobramento da teoria das normas, aponta-se um outro gênero seu, o de condição formal ou estrutural de aplicação de outras normas, no qual se enquadraria o princípio da proporcionalidade . Se tomarmos a eficiência como um subprincípio do princípio da proporcionalidade ou como coincidente com algum(ns) de seus elementos, seria aplicável a mesma classificação?

Essas são as questões e incertezas que se apresentam de plano no exame do tema e em relação às quais se pretende encaminhar a definição de alguns pontos e qualificar a discussão no que não for possível responder aos questionamentos.

A necessidade de uma melhor fixação do conteúdo do princípio da eficiência já se faz sentir, pois é invocado como razão de decidir em diversas instâncias e relativamente a diferentes matérias, independentemente da imprecisão de seu conceito.

1 O TEMA NA DOUTRINA

O princípio da eficiência enseja posicionamentos diversos da doutrina já desde antes da sua inclusão, modo expresso, em nossa Constituição, o que se deu por meio da EC 19/98. De lá para cá, alguns doutrinadores detiveram-se com maior ou menor atenção sobre o tema. Entretanto, longe se está de algum consenso sobre seu conteúdo.

Na doutrina estrangeira, a discussão se desenvolve em dois eixos: ou a eficiência é admitida como um princípio da administração pública, ou discute-se se ela encerra algum conteúdo jurídico e, em caso afirmativo, qual é ele.

1.1 NO BRASIL

O dever de eficiência já era referido por Hely Lopes Meireles como sendo

[...] o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros. Esse dever de eficiência, [...] corresponde ao "dever de boa administração" da doutrina italiana, o que já se acha consagrado, entre nós, pela Reforma Administrativa Federal do Dec.-lei 200/67, ... (MEIRELLES, Direito ..., p. 68).

Deve-se lembrar que a opinião do ilustre administrativista \acute{e} anterior à edição da EC 19/98.

Nesta mesma linha de entendimento encontramos a posição de Luís Henrique Martins dos Anjos e Walter Jone dos Anjos, para quem

Eficiência é uma diretriz consagrada antes da própria Constituição de 1988 e pela mesma foi recepcionada e ampliada também antes da Emenda Constitucional nº 19 no sentido de que a máquina administrativa seja dinâmica e ágil como contraponto à inerente burocracia existente em toda estrutura administrativa fruto de outros Princípios como Legalidade, Motivação, Hierarquia, Tutela, bem como indicando a utilização de recursos nem maiores nem menores do que o necessário para o Poder Público realizar suas funções, através de uma atividade planejada e coordenada em que se busque sempre a qualificação do serviço público. (ANJOS, Manual de Direito ..., p. 60).

Partindo da colocação de Hely Lopes Meireles, Maria Sylvia Zanella di Pietro acresce que

O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público. (DI PIETRO, Direito ..., p. 73).

Celso Ribeiro Bastos assevera que o princípio já poderia ser extraído do sistema de princípios que regem a Administração Pública, antes mesmo da EC 19/98, e que, ao analisar as modificações por ela introduzidas

[...] pode-se concluir que a grande preocupação concentra-se na Administração Pública, ou seja, buscam-se melhores resultados em suas atividade, com a substituição dos obsoletos mecanismos de fiscalização dos processos pelo controle dos resultados, sempre tendo em vista a realização do interesse público. (BASTOS, Curso ..., p. 80).

Em sentido oposto, restringindo o alcance do princípio, tem-se a opinião de Celso Antônio Bandeira de Mello, concebendo-o "... na intimidade do princípio da legalidade", também mencionando o princípio da boa administração do Direito Italiano (MELLO, Curso ..., p. 104).

Entre um e outro extremos encontramos ainda Odete Medauar, para quem

[...] o princípio da eficiência determina que a Administração deve agir de modo rápido e preciso, para produzir resultados que satisfaçam as necessidades da população. Eficiência contrapõe-se a lentidão, a descaso, a negligência, a omissão – características habituais da Administração Pública brasileira, com raras exceções. (MEDAUAR, Direito Administrativo ..., p. 152).

Referindo também a existência do tema fora do Brasil, Diógenes Gasparini descreve que

Conhecido entre os italianos como "dever de boa

administração", o princípio da eficiência impõe à Administração Pública direta e indireta a obrigação de realizar suas atribuições com rapidez, perfeição e rendimento, além, por certo, de observar outras regras, a exemplo do princípio da legalidade. (GASPARINI, Direito ..., p. 19).

Lúcia Valle Figueiredo entende que o legislador da EC 19 teria pretendido dizer que a Administração deveria agir com eficácia, mas isto é inerente à função administrativa. Entretanto, somando-se o princípio ao disposto no art. 70, que trata do controle exercido pelos Tribunais de Contas, afirma que

Deveras, tal controle deverá ser exercido sobre a legitimidade e economicidade; portanto, praticamente chegando-se ao cerne, ao núcleo, dos atos praticados pela Administração Pública, para verificação se foram úteis o suficiente ao fim a que se preordenavam, se foram eficientes. (FIGUEIREDO, Curso ..., p. 60).

Visões mais recentes do princípio da eficiência aprofundam sua conceituação. Paulo Modesto, por exemplo, assevera que

Eficiência, para fins jurídicos, não é apenas o razoável ou correto aproveitamento dos recursos e meios disponíveis em função dos fins prezados, como é corrente entre os economistas e os administradores. A eficiência, para os administradores, é um simples problema de otimização de meios; para o jurista, diz respeito tanto à otimização dos meios quanto à qualidade do agir final. (MODESTO, Notas ..., p. 54).

Conclui conceituando o princípio como sendo

a exigência jurídica, imposta à Administração Pública e àqueles que lhe fazem as vezes ou simplesmente recebem recursos públicos vinculados de subvenção ou fomento, de atuação idônea, econômica e satisfatória na realização das finalidades públicas que lhes forem confiadas por lei ou por ato ou contrato de direito público. (Ob. cit., p. 55).

Alexandre Moraes, em recente obra, define o princípio como sendo

[...] aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia, e sempre em busca da qualidade, primando pela adoçcão dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar desperdícios e garantir maior rentabilidade social. (MORAES, Direito ..., p. 108).

Como se vê, várias são as posições dos administrativistas brasileiros. Essa diversidade retrata a dificuldade de delimitação do princípio. No entanto, sintetizando as colocações doutrinárias, observa-se a presença constante das seguintes idéias:

- 1) Imanência do princípio como conseqüência do poder-dever de agir, o que seria atestado também pelo reconhecimento de sua existência em outros ordenamentos;
 - 2) A procura dos melhores resultados, o que é associado por muitos à eficácia.
- 3) O dever de agilidade, dinamicidade, rapidez do agir, enfatizando uma dimensão temporal do princípio.
- 4) A noção de melhor utilização de recursos, ou o ponto ótimo de seu aproveitamento ou rendimento, o que se enquadra no enfoque dado ao princípio pelos adeptos de uma concepção situada no campo das ciências econômicas.
- 5) A noção de economicidade, na esteira da coincidência de conceitos que se repete também aqui.
- 6) A eficiência seria o repositório de outros princípios ou deveres, como legalidade, imparcialidade, neutralidade, transparência, participação, eficácia, desburocratização e busca da qualidade. Para um dos autores, essa qualidade seria voltada ao agir final.

Acerca dessa síntese cabe ponderar, ainda, que mesmo os autores que vislumbram uma certa imanência da eficiência não a relacionam com outras concepções também imanentes como justiça e igualdade, mas radicam-na no poderdever de agir.

O administrador a quem foi conferida competência para agir, tem o dever de fazê-lo, é certo. Mas como estabelecer a vinculação deste dever a uma ou outra conduta, mesmo se pautadas por diferentes níveis de eficiência? Bastaria atingir o resultado pretendido, então? Bastaria que o administrador agisse, em direção à finalidade, para que fosse eficiente? Essas são questões que até o momento permanecem como um desafio àqueles que se debruçam sobre o assunto.

De outro lado, a idéia de economicidade traz no seu bojo a questão da otimização dos recursos. E dentre os recursos administrados há uma menção repetida à noção de rapidez, que conduz por sua vez à agilidade e dinamicidade. Talvez por se constituir em um critério de aferição de eficiência do serviço muitas vezes relegado a segundo plano, ou porque o tempo não é comumente determinado para a execução das tarefas mais cotidianas da administração, há uma certa ênfase nesse aspecto por

parte dos doutrinadores citados.

Assim, mesmo as condutas que traduziriam mais objetivamente o conteúdo do princípio, segundo um posicionamento mais homogêneo na doutrina, suscitam também dificuldades para estremá-lo de outros conceitos.

1.2 NO EXTERIOR

Alexandre Moraes faz um bom apanhado do tema nas constituições de outros países, citando as Constituições da Espanha (art. 103), em que há referência ao princípio da eficácia, assim como a de Portugal (art. 267, 2); de Filipinas (art. IX, B, seção 3), com menção expressa à eficiência; e do Suriname (art. 122), em que há a incumbência ao conselho de ministros de preparar e executar uma política eficiente.

Na Itália, o art. 97 da Constituição prevê o dever de bom andamento da Administração Pública, traduzido por Massimo Giannini como princípio da regularidade. Este autor, entretanto, tem uma visão um tanto restritiva do mesmo. Segundo ele , seria uma norma que se dirige ao legislador em primeiro lugar. Seria dirigida à Administração, mas não enquanto desenvolva uma atividade institucional, apenas quando da atividade de organização de si mesma mediante atos gerais ou particulares. Assim, o princípio de regularidade teria um alcance bastante limitado. Refere, ainda, que tal princípio é uma originalidade da Constituição Italiana, mas que não foi aplicado pelos juízes .

A discussão mais acirrada se dá no âmbito da common law. Claramente, há um embate entre partidários da análise econômica do direito (Posner), e seus opositores (e.g. Dworkin, Rawls e Finnis).

Para Richard Posner, a produção normativa é compulsada pela idéia de riqueza, considerada esta em um sentido bastante amplo, não apenas monetário . A maximização da riqueza, tendo em vista o sentido comum atribuído à eficiência (melhor nível de resultados atingido com os recursos disponíveis), é a ela associada. Para ele, o legislativo se guia por redistribuição de riqueza e o judiciário por sua maximização , ainda que não a tome por objetivo explícito, pois mesmo quando não observada, a busca da eficiência moverá aqueles não favorecidos pela decisão judicial. Assim, a atividade judiciária, realimentada pelos precedentes gerados, tenderia a se alinhar com a busca da eficiência.

De outro lado, o autor afirma que várias concepções de justiça e eqüidade são rótulos para maximização da riqueza . Assim, se poderia pensar que mesmo a atividade legislativa, quando pautada por esses "ideais", também estaria alinhada com a eficiência.

A crítica mais contundente parte de Dworkin. Valendo-se de alguns dos mesmos exemplos usados por Posner, demonstra que a maximização da riqueza pode ser até mesmo maior em um ambiente injusto . Vai mais além, demonstrando que a riqueza não é um valor a ser considerado na common law. Afirma ainda que a eficiência não serve de parâmetro para a prestação jurisdicional .

Uma crítica mais branda é empreendida por John Rawls, para quem "... o

princípio da eficiência não pode, por si só, servir como concepção de justiça." (RAWLS, Uma Teoria ..., p. 75). Para o autor, a eficiência não é indesejável, mas somente se justifica enquanto estiver vinculada ao princípio da diferença, ou seja, mudanças no rendimento da sociedade são admitidas apenas enquanto se prestarem a melhorar a situação dos menos favorecidos.

John Finnis coloca a eficiência como uma exigência da razão prática. Cada um deve causar o bem no mundo (promover o bem comum) mediante ações que sejam eficientes para alcançar seus propósitos razoáveis . Nesse sentido, sua visão está mais para a efetividade somada à eficácia.

Esses autores demonstram que a eficiência não é, juridicamente, um fim em si mesma e que só ganha conteúdo jurídico quando associada a uma concepção de justiça. Isso pode conduzir a duas interpretações: a eficiência não pode estar desvinculada da eficácia, servindo esta como indicadora dos fins pretendidos pela sociedade e que traduziriam sua concepção de justiça; ou a eficiência deveria corresponder a uma noção de justiça balizada pelo atendimento aos interesses a que se voltam os recursos manejados.

Pode-se afirmar, portanto, que partindo da relação entre eficiência e justiça e sua submissão à promoção do bem comum, fim maior do Estado, e considerando que sua busca é empreendida mediante restrições mútuas ao direito de liberdade de cada um, que contribuem para a soma de recursos que serão manejados com este fim, decorre que o aproveitamento desses recursos deve ser realizado de modo a trazer o máximo retorno. Não por uma simples questão de justiça, mas em reciprocidade à consentida restrição das liberdades individuais. Ou seja, é uma noção estritamente vinculada à idéia de administração de recursos alheios. O gestor, nessa situação, deve buscar a atitude mais produtiva possível, respeitados os fins desejados e acordados por todos, que representam a concepção de justiça e bem comum.

2 CONFIGURAÇÃO NORMATIVA

2.1 NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Na Constituição Federal encontramos a referência à eficiência, de forma expressa, em quatro dispositivos; quais sejam: arts. 37; 74, II; 126, § único; e 144, § 7°. Também merece menção o art. 70, por estar relacionado ao art. 74.

Importante seja procedido um exame em conjunto dos dispositivos citados, para que daí possam ser extraídas algumas conclusões.

Em primeiro lugar, os comandos citados são voltados para os três poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário.

Em segundo lugar, dizem respeito a pelo menos uma atividade-fim de cada poder. Exige-se do juiz que compareça ao local de litígio, para eficientemente promover a prestação jurisdicional; exige-se que a lei preveja a organização e funcionamento dos órgãos de segurança de modo a garantir sua eficiência; exige-se do poder legislativo,

assim como dos demais, é verdade, que, em relação ao controle interno da gestão orçamentária, opere com eficiência, mas não se pode desconhecer que a fiscalização orçamentária dos demais poderes é tarefa precípua desse poder. Mais especificamente, o art. 70 da Constituição menciona que esse controle será exercido quanto à legalidade, legitimidade e economicidade, que, como já se viu, pode se constituir em um dos sinônimos da eficiência.

Em terceiro lugar, verifica-se pela análise do texto constitucional, que a eficiência não pode ser tomada como sinônimo de eficácia, ou mesmo como contendo em seu bojo a legitimidade e a legalidade. O art. 74, II, é específico em atribuir a cada um dos poderes a obrigação de comprovar e avaliar a gestão orçamentária quanto à eficácia e eficiência, devendo comprovar a legalidade e avaliar os resultados. Do mesmo modo, o art. 70 aparta a eficiência da legalidade e da legitimidade.

Em quarto lugar, constata-se que o art. 74 está a sugerir que a eficácia está vinculada à avaliação do atingimento dos resultados legalmente previstos (sim ou não), enquanto a eficiência dirige-se à avaliação qualitativa dos mesmos (grau). Não haveria sentido em colocá-lo aqui ao lado do controle orçamentário, já que o orçamento constitui-se na lei que determina os recursos a serem aplicados às finalidades nele previstas o que já dimensiona a eficiência como um controle do emprego desses recursos, ou seja, como um mecanismo de avaliação da maneira de maximizá-los em atenção aos fins desejados.

Assim, pode-se dizer, tomando por base as palavras de Paulo Modesto , que a eficiência está voltada ao agir final da Administração Pública de modo satisfatório. Não basta ter atingido o fim, é preciso que isso se dê em um nível compatível com as demandas públicas.

Por último, o art. 37 sugere que os princípios da legalidade e impessoalidade não se confundem com o princípio da eficiência. A legalidade diz respeito aos fins e meios, mas se esgota nas disposições do legislador enquanto a eficiência invade a discricionariedade do administrador nas lacunas da lei, compulsando seu agir. Já a impessoalidade seria referente aos destinatários administrados e aos agentes administradores, enquanto a eficiência diria respeito aos meios de que se valem esses para realizar os fins públicos destinados àqueles, qualificando seu agir final.

Assim, esse é o conteúdo constitucional do princípio que, somado às considerações ontológicas já esboçadas, nos permitirão definir seus contornos com mais precisão.

2.2 NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

Sem a pretensão de arrolar exaustivamente as normas infraconstitucionais em que detectada a presença do princípio, cumpre referir que a Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, desde a EC 7/95, abriga menção ao princípio da economicidade, ao lado da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da publicidade, da legitimidade, da participação, da razoabilidade, e da motivação.

A Constituição do Estado do Tocantins cita expressamente o princípio da

eficiência e a Constituição do Estado de Rondônia menciona incumbir ao Poder Público assegurar a efetividade do requisito de eficiência na prestação direta e indireta dos serviços públicos .

Já a Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Federal, alinha a eficiência como princípio a ser seguido, ao lado da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica e interesse público.

No inciso VI de seu art. 2º indica como critério a adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.

Essa idéia de adequação é um pouco diversa daquela adotada para um dos elementos do princípio da proporcionalidade. De certa forma englobaria aqueles elementos de adequação e necessidade, com uma distinção. Enquanto aqui se toma como limite o interesse público, lá o parâmetro é dado por todos os direitos envolvidos, públicos e particulares.

A lei 9.784/99 trouxe ainda disposição interessante no tocante a um dos aspectos que a doutrina enfatiza no conteúdo do princípio: a celeridade, ou agilidade. Em seu art. 49 estabelece o prazo de 30 dias para a Administração decidir, após terminada a instrução do processo administrativo.

Assim, identifica-se uma conduta objetiva que traduz o alcance do princípio, ao lado de uma distinção importante para com um dos elementos do princípio da proporcionalidade.

CONCLUSÕES

Quanto ao conteúdo,

- 1) A eficiência deita suas raízes na própria noção de Estado, se entendido esse como constituído para a busca do bem comum. Nos Estados modernos os indivíduos limitam sua esfera de liberdade visando ao bem da coletividade. Assim, o administrador, de modo a melhor justificar as privações individuais de liberdade, deve maximizar o uso dos recursos comuns na consecução dos fins acordados pela sociedade.
- 2) A eficiência não tem conteúdo jurídico se desvinculada das concepções de justiça, bem comum e de eficácia, se entendermos essa como os fins pretendidos pela atuação da Administração Pública.
- 3) O princípio em estudo embute a noção de maximização do uso de recursos em atenção aos fins e, nesse aspecto, coincide com a noção de economicidade.
- 4) A eficiência traz em si, ainda, o aspecto de satisfação do administrado na consecução dos fins pretendidos.
- 5) A eficiência não deve ser confundida com eficácia, legalidade, legitimidade, imparcialidade e neutralidade, como prevêem vários dos dispositivos analisados e as distinções precedentes.
- 6) A doutrina nacional considera como elemento objetivo da eficiência a celeridade, a agilidade.

- 7) Com referência a seu posicionamento relativamente ao princípio da proporcionalidade, a eficiência é mais do que a adequação, pois ultrapassa a eficácia (na medida em que se deve produzir o efeito pretendido de modo satisfatório), e não coincide plenamente com a necessidade, pois enquanto essa diz respeito à menor oneração dos interesses envolvidos, a eficiência se refere à maximização dos recursos disponíveis. Poder-se-ia até pensar numa zona de superposição, na medida em que os interesses públicos envolvidos são no sentido de maximizar os recursos e os interesses particulares consistiriam em que o seu uso fosse o melhor possível de modo a não demandar maiores restrições às liberdades de cada um dos já onerados na obtenção dos meios utilizados.
- 8.1) Em seu primeiro aspecto (item 1 retro), que leva em conta até mesmo a concepção de Estado e coisa pública, a eficiência seria um postulado da Administração Pública, uma condição para seu agir.
- 8.2) Em seu segundo aspecto (item 3 retro), corresponderia a um princípio, pois deveria considerar a ponderação da satisfação dos administrados e as possibilidades materiais de atendê-las.
- 8.3) Portanto, a eficiência traz essas duas dimensões normativas: é um postulado e um princípio.

Quanto às funções,

- 9) A eficiência é um comando para todas as esferas de poder.
- 10) A busca da eficiência não pode ser restringida às atividades-meio da Administração Pública, mas deve atingir seus fins últimos e de modo satisfatório. Não basta a maximização dos meios, os resultados devem ser compatíveis com o que se espera das políticas públicas. Nesse ponto, distingue-se da mera efetividade (produzir um efeito, qualquer que seja) e da eficácia, pois o efeito deve ser produzido de acordo com parâmetros aceitáveis. Serve, portanto, como medida da realização dos interesses públicos.
 - C) Controle: mecanismos e o princípio como fundamento.
- 11) Quanto aos meios, entendemos que o controle da eficiência deve se dar principalmente através da motivação e finalidade dos atos administrativos. É por seu intermédio que se poderá aferir a maximização dos recursos disponíveis e o atendimento aos fins pretendidos. Corroborando esse entendimento, deve-se enfatizar que há um aspecto muitas vezes não explicitado nos fins no que diz respeito à satisfatoriedade dos mesmos em relação às demandas sociais. O administrador não pode ficar indiferente a isso, pois, como deflui da etiologia do princípio, sua ação deve respeitar os esforços de todos para alcançar o bem comum. Novamente, entendemos que esse agir poderá ser valorado em face de sua motivação.

Calha ainda um breve comentário acerca do controle judicial exercido com fundamento no princípio da eficiência.

Dado ser recente a sua expressa inclusão na Constituição Federal, são escassas as decisões invocando-o. Os precedentes jurisprudenciais (e. g. MS 7765 e AC

2001.04.01.012451-6, já citados) permitem observar uma certa tendência observada na jurisprudência: fixam-se em elementos objetivos da legislação, como o tempo de resposta ou de ação, limitando o exame do mérito dos atos administrativos a esses dados. Fora desse âmbito, não se encontram decisões acerca da necessidade de maximização dos recursos públicos, estritamente, embora se reconheça o dever de eficiência. Não se formula um juízo crítico acerca das possibilidades de uso dos recursos. Apenas quando são apresentadas alternativas concretas ao magistrado, a decisão pode se embasar na adoção de uma ou outra, considerando a economicidade dos recursos . Nesse sentido, a jurisprudência se inclina pela impossibilidade de apreciação do ato quanto a esse aspecto. Não se questiona se o uso dos recursos foi sequer razoável .

É interessante notar que a jurisprudência do STF não toma, expressamente, o princípio como razão de decidir, até mesmo em decorrência de sua recente introdução. Menções à eficiência são encontradas em julgados referentes à qualidade da defesa técnica do réu no processo penal, ações de desapropriação , e, mais recentemente, na apreciação da ADIn 1851 . Nesse julgado, a decisão, de certa forma, levou em conta o princípio da eficiência como manifestação da economicidade.

O enfoque da eficiência em relação ao uso da propriedade privada, tão comum nas ações de desapropriação, enseja até mesmo uma análise quanto ao dever de eficiência em correlação ao bem comum, tendo em vista a sua estreita vinculação, como já referido. Entretanto, essa abordagem ultrapassa o escopo desse trabalho, restrito ao âmbito da administração pública.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANJOS, Luís Henrique Martins dos; ANJOS, Walter Jone dos. **Manual de Direito Administrativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. [online] **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, a. I, v. I, n. 4, jul./2001. Disponível em http://www.direitopublico.com.br. Acesso em 15/4/2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle de. **Curso de Direito Administrativo.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

FINNIS, John Mitchell. **Ley natural y derechos naturales.** Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000.

GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

GIANNINI, Massimo Severo. **Derecho Administrativo.** Madri: Ministerio para las Administraciones Publicas, 1991. v. 1.

MANKIW, N. Gregory. **Introdução à Economia**. Rio de Janeiro: Campus, 1999.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, Malheiros, n. 31, p. 47-55, 2000.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002.

POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho.** Madri: Fondo de Cultura Económica, 2000.

_____. **The problems of jurisprudence.** Cambridge: Harvard University Press, 1990.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Lisboa: Editorial Presença, 1993.

WONACOTT, Paul et al. Economia. São Paulo: McGraw Hill do Brasil, 1982.

A COMPREENSÃO DO PRINCÍPIO DA ECONOMICIDADE NOS PARECERES DA PRO-CURADORIA-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Ricardo Antônio Lucas Camargo 1

PROÊMIO

Aquiescendo a convite para colaborar com este número da Revista da Procuradoria-Geral do Estado acerca dos princípios de Direito Administrativo, resolvemos interpretá-lo como referente aos princípios da Administração Pública. E por que tal interpretação? Simplesmente porque nem todos eles encontram equacionamento adequado mediante o instrumental daquele ramo do Direito, sendo que um deles, o da economicidade, por interessar diretamente ao ramo do Direito que tem por objeto a regulamentação jurídica da política econômica — o Direito Econômico —, mereceria um exame mais detalhado, dada a constante invocação a tal princípio, a partir da entrada em vigor da Constituição de 1988, tanto pelo Poder Público quanto pelos particulares. Ao extremar os enfoques do Direito Administrativo e do Direito Econômico, Washington Peluso Albino de Souza reconhece que a possibilidade de confusão somente se explica por alguns traços de aproximação, e que "essa proximidade justifica-se apenas pelo fato de se tratar de idêntico 'conteúdo econômico', na hipótese, comum às normas dos dois ramos do Direito e, especialmente, porque o Estado figura como 'sujeito' do ato em ambos".

O APARECIMENTO DA ECONOMICIDADE NA DOUTRINA

Poucas palavras podem ter seu nascimento datado. Uma delas, sem sombra de dúvidas, é "economicidade". Com efeito, ela vem a ser introduzida no Brasil pelo artigo publicado em 1954 pelo Professor Washington Peluso Albino de Souza na revista do Centro Acadêmico Pedro Lessa, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Este artigo consta hoje de coletânea publicada em 2002.

¹ Procurador do Estado do Rio Grande do Sul, Doutor em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais

Em tal texto, buscando purificar o conceito de eventuais vínculos ideológicos com determinada concepção econômica, o Professor Emérito da Casa de Afonso Pena identificou como traço comum a todas as concepções econômicas a busca de uma linha de maior vantagem. Por outro lado, vem a suscitar a própria extrapolação do sentido puramente econômico, para se adentrar, mesmo, terrenos como o hierocrático, o político, o estético, admitindo, inclusive, a aparentemente paradoxal "economicidade anti-econômica". Outras concepções vêm a comparecer, como a que identifica o vocábulo ao menor dispêndio e maior lucro – seguindo, assim, o critério próprio da concepção econômica adotada pelo liberalismo clássico - e a que, voltada especificamente a conceitos hauridos da Administração de empresas, ao critério custo/ benefício. O traço diferencial entre a acepção de economicidade enquanto linha de maior vantagem e a de custo/benefício é salientado por Luíza Helena Moll, quando se coloca o problema do desenvolvimento sustentável, em que se considera que as atividades econômicas hão que estabelecer um ponto de equilíbrio entre a necessidade de se expandirem para atenderem aos consumidores de seus produtos e serviços e a de se preservarem estoques recursos naturais para as gerações futuras. Ao primeiro, atende o critério "custo/benefício", ao passo que o segundo diz respeito à garantia da sustentabilidade da atividade, para além do imediato: "na medida em que a limitação da função social busca aumentar a utilidade e a produtividade, a apropriação visa uma equação de maior grau de economicidade para efetividade dos objetivos do desenvolvimento sustentável, dada a relevância da preservação ambiental". Note-se que os critérios não se interexcluem, apenas o que se coloca é a maior ou menor amplitude: a linha de maior vantagem abrange o custo/benefício, mas nele não se exaure. Por outro lado, o custo/benefício inclui o critério de maior lucratividade, mas nele também não se exaure. Particularmente, no campo doutrinário, continuamos a nos alinhar com os que a tomam como linha de maior vantagem, e isto em razão do que foi posto pelo Professor Washington Peluso Albino de Souza em memorável conferência:

Esse princípio da economicidade, na verdade, foi tratado há 40 anos por nós, e ele nada mais é do que um princípio valorativo, uma referência a valor. [...] E essa interpretação chamada 'axiomática' hoje, e unitária da Constituição, é interessante porque ela é valor, valor em si; então naquele estudo da economicidade nós dizemos o seguinte: - não há várias espécies de valor, há uma infinidade de espécies de valor, mas esses valores podem ser conjugados de tal maneira que eles encontrem um denominador comum. Aí nos afastamos de tudo que era Marx. Ficamos no Max Weber mesmo, naquela linha de maior vantagem. Mas essa vantagem varia: vantagem religiosa, vantagem estética, vantagem econômica, então as limitações. Porém, não pode ficar na cabeça do juiz, o juiz tem de ter um referencial, e o referencial é constitucional [...]. O princípio da economicidade permite que se admitam os valores e se comparem os valores.

Mas é importante deixar destacado que a posição que se adota no plano doutrinário, entretanto, não prescinde da verificação do tratamento do tema no âmbito

da aplicação prática. Com efeito, não é raro que se estabeleçam divergências entre as posturas predominantes na doutrina e as predominantes no seio dos órgãos encarregados de proceder à aplicação do Direito. Deliberamos neste trabalho limitarnos à resposta da seguinte pergunta: qual dentre os sentidos possíveis de economicidade predomina na orientação administrativa do Estado do Rio Grande do Sul?

Tendo em vista os pontos em que toca o presente artigo, temos o dever de alertar que não será emitido qualquer juízo de valor acerca de eventuais concordâncias ou discordâncias em relação a posições adotadas nos Pareceres na solução dos problemas a eles propostos. O objetivo, aqui, é tão-só identificar o pensamento da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul acerca do princípio da economicidade, nada além disto.

Para fins didáticos, procurar-se-á distinguir o emprego do vocábulo nos períodos de 1991-1994, 1995-1998, 1999-2002 e 2003-2004. A razão disto é que a Procuradoria-Geral do Estado, encarregada do mister de defesa judicial e consultoria da Administração Pública Estadual, nos termos do artigo 132 da Constituição Federal e 115 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul de 1989, detalhadas suas atribuições, hoje, no âmbito deste Estado, pela Lei Complementar Estadual 11.742, de 17 de janeiro de 2002, embora não se confunda com uma Procuradoria do Poder Executivo, ubica-se, contudo, na estrutura deste, com o que se compreende que os conceitos expendidos no exercício da atividade de consultoria hão que ser os que orientarão a atuação de quem tem o mister de exercer a direção superior da Administração Pública e definir as grandes linhas da política pública, investido neste mister de acordo com o rito constitucionalmente previsto.

Dados os limites espaciais e temporais, não realizaremos transcrições dos trechos dos Pareceres, os quais, contudo, podem ser acessados pela Internet, pelo endereço http://www.pge.rs.gov.br/index1.htm. De outra parte, limitada a pesquisa apenas à Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, já se tem um fértil manancial para investigações, e um ponto de partida para que os mais abalizados verifiquem em outras unidades da Federação a contribuição das respectivas Procuradorias-Gerais ou Consultorias-Gerais na identificação dos traços do princípio da economicidade. É a estes, e não ao subscritor do presente texto, que se há de aplicar a frase que o saudoso Paulo Menotti del Picchia põe na boca de uma de suas personagens: "é preciso arranjar uma saída para o círculo estrangulante de perfeições atingidas". Não é o comandante da expedição que abre a mata a facão, mas sim alguém sob seu comando. A quem abre o caminho incumbe apenas a remoção do obstáculo, a definição do objetivo da caminhada, esta, não lhe cabe fazer.

O PRINCÍPIO DA ECONOMICIDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Na Constituição de 1988, o vocábulo "economicidade" vem a aparecer no artigo 70, quando se fala nos critérios de avaliação da gestão pública, especialmente

dos dinheiros públicos. Já a Constituição Riograndense de 1989, por força de Emenda Constitucional apresentada em 1995, passou a albergar, dentre os princípios vetores da Administração Pública, a economicidade.

O Supremo Tribunal Federal, no primeiro pronunciamento acerca do tema, na medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 2.472/RS, relatada pelo Min. Maurício Corrêa, cujo acórdão foi veiculado no Diário de Justiça da União de 3 de maio de 2002, considerou o aludido princípio como implícito no artigo 37, caput, da Constituição de 1988.

Como se pode ver, a precisão da economicidade se torna de profunda relevância prática, enquanto referencial de validade dos atos jurídicos que se pretenda tomar em consideração. Ainda mais considerando que, de 6.226 Pareceres exarados desde que entrou em vigor a Constituição Federal de 1988, tomando esta como referencial, em 61 a Procuradoria-Geral do Estado utiliza o vocábulo "economicidade".

A UTILIZAÇÃO DO VOCÁBULO NOS PARECERES DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

A primeira vez em que o vocábulo "economicidade" aparece nos Pareceres da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul ocorre no período 1991-1994. Vem no Parecer 9.107, da lavra do Dr. Mário Bernardo Sesta. Mais quatro vezes, neste período, vem a economicidade à balha, nos Pareceres 9.130, da lavra da Dra. Sandra Lazzari, 9.489, da Dra. Clarita Galbinski, 9.579, da lavra da Dra. Sílvia La Porta e 9.736, da Dra. Lisete Maria Skrebski. E nestes Pareceres precursores já vem estampada a diversidade de acepções que o vocábulo toma: ora de menor gasto, ora de critério custo/benefício, ora de linha de maior vantagem. Nos períodos de 1995-1998, 1999-2002 e 2003-2004, os Pareceres ora vêm adotando uma destas acepções, ora mais de uma delas, ora não se voltam a utilizar o princípio em si mesmo como razão de decidir.

A acepção de menor dispêndio de recursos vem tratada em onze pareceres, sendo que um é datado do período 1991-1994, quatro são do período 1995-1998, quatro do período 1999-2002 e dois do período 2003-2004. Em 18% (dezoito por cento) dos Pareceres da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul em que aparece o vocábulo, portanto, esta é a acepção adotada.

Na acepção de critério de comparação entre custo e benefício aparece em dois Pareceres no período 1991-1994, dois no período 1995-1998, cinco no período 1999-2002. Esta acepção, portanto, no universo dos Pareceres em que aparece o vocábulo, é empregada em 15% (quinze por cento).

Na acepção de linha de maior vantagem aparecem dois Pareceres no período 1991-1994, três no período 1995-1998, quinze no período 1999-2002 e três no período 2003-2004. Quer dizer: em 37% (trinta e sete por cento) da totalidade dos Pareceres em que a palavra comparece, é ela empregada na acepção de linha de maior vantagem.

Nos demais Pareceres não há, efetivamente, nenhuma tomada de posição

acerca da acepção de economicidade, embora a palavra venha referida, seja no que tange à indicação das competências dos órgãos de controle externo e interno dos dispêndios públicos, seja como enunciação dos princípios da Administração Pública albergados no artigo 19 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul de 1989. Quer dizer: somente em trinta por cento dos Pareceres em que o vocábulo comparece não se procurou apontar a acepção em que ele é efetivamente empregado. Predominantemente, os Pareceres da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do se voltam a estampar uma compreensão do que seria este princípio.

No período de 1991-1994, a acepção de menor dispêndio mostra-se minoritária, havendo equilíbrio entre as voltadas ao critério de aferição custo/benefício e à perquirição da linha de maior vantagem. No período de 1995-1998, a economicidade passa a ser predominantemente entendida na acepção de menor dispêndio – 45% (quarenta e cinco por cento) dos Pareceres -, seguida pela compreensão como linha de maior vantagem – 33% (trinta e três por cento) – e pelo critério de aferição custo/benefício – 22% (vinte e dois por cento) -. Já no período de 1999-2002, passa a predominar a compreensão da economicidade como linha de maior vantagem – 62% (sessenta e dois por cento) -, seguida do critério de verificação do custo/benefício – 21% (vinte e um por cento) e pela acepção do menor dispêndio – 17% (dezessete por cento) -. Já no período seguinte, de 2003-2004, continua a predominância da compreensão como linha de maior vantagem, seguida pela acepção do menor dispêndio.

Cada uma das acepções é tomada com determinadas nuances, podendo-se notar, por exemplo, dentre os que consideram a economicidade pelo prisma da maior vantagem, aqueles que a trabalham como critério de razoabilidade, os que a tomam como critério de eficiência e assim por diante. Cada uma destas nuances, por si só, renderia ensejo a estudos notáveis, no sentido de permitir o conhecimento do que se toma como maior vantagem para os efeitos de se caracterizar a economicidade da atuação. De outra parte, surgem algumas outras questões, acerca da maior ou menor freqüência da sua invocação em determinadas matérias, como as referentes a pessoal na Administração indireta, a políticas de fomento à iniciativa privada etc.

CONCLUSÃO

Pode-se, a partir daí, concluir que, em termos gerais, predomina nos Pareceres da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul o entendimento de que a economicidade traduziria a adoção de uma linha de maior vantagem, mas, tendo como referência a evolução do tratamento do princípio da economicidade oscila entre esta acepção e a que o toma como expressão da maior lucratividade ou menor prejuízo, sendo menos prestigiada a que se volta à aferição do custo/benefício. De qualquer sorte, está aberto o caminho para quantos se preocupem com a adoção de soluções que permitam a segurança tanto do atuar do Poder Público quanto da movimentação dos particulares, dentro da moldura traçada pela norma jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRITTO, Carlos Ayres. **O perfil constitucional da licitação**. Curitiba: Znt, 1997.

CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. **Elisão tributária**: liberdade de iniciativa e abuso do poder econômico. In: http://www.fbde.org.br/elisao.html, acessado em 18 maio 2003

CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros. **Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

CRETELLA JR., José. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. v. 5

FERREIRA, Luís Pinto. **Comentários à Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 3.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 2

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2001.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988:** interpretação e crítica. São Paulo: Malheiros, 1991.

MARTINS, Ana Sabrina Silveira. Moralidade administrativa no Estado Democrático de Direito. **Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul,** Porto Alegre, v. 19, n. 34, p. 165-199, 1° sem 2001

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 6, t. 2

MATA, Márcia Filomena de Oliveira. Fiscalização da administração pública em face da economicidade. **Ajuris**, Porto Alegre, v. 21, n. 61, p. 272-278, jul./1994

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo:

102 - RPGE, Porto Alegre 27(58): 97-104, 2004

Malheiros, 2002.

MENOTTI DEL PICCHIA, Paulo. **Kalum**. Rio de Janeiro: Edições de Ouro, [s/d].

MOLL, Luíza Helena Malta. Externalidades e apropriação: projeções do Direito Econômico na nova ordem mundial. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas [org.]. **Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional:** estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995. p. 139-160.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

SCAFF, Fernando Facury. **Responsabilidade do Estado intervencionista**. São Paulo: Saraiva, 1990.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização, privatização, concessões e terceirizações**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000.

SOUZA, Luciano Brandão Alves de. A Constituição de 1988 e o Tribunal de Contas da União. **Revista de Informação Legislativa,** Brasília, v. 26, n. 102, p. 173-184, abr./jun. 1989.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. Direito Econômico: evolução teórica, aplicação, eficácia e perspectivas no contexto da globalização. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 24, n. 54, p. 11-20, nov 2001.

 . Primeiras linhas de Direito Econômico . 4. ed. São Paulo: LTr, 1999)
. Teoria da Constituição Econômica . Belo Horizonte: Del Rey, 2002.	

TORRES, Ricardo Lobo. O Tribunal de Contas e o controle de legalidade, economicidade e legitimidade. **Revista de Informação Legislativa,** Brasília, v. 31, n. 121, p. 265-271, jan./mar. 1994.

DISCRICIONARIEDADE: LIMITES DO CONTROLE JUDICIAL

Edmar Vianei Marques Daudt 1

Introdução. Parte I — Discricionariedade no ato administrativo. Administração pública. Ato administrativo. Discricionariedade. Parte II — Controle judicial. Fundamentos do controle. Limites do controle. Conclusão. Bibliografia.

INTRODUÇÃO

O presente tem por objeto o estudo dos limites do controle exercido pelo Poder Judiciário em relação aos atos praticados pelo Poder Público no exercício da discricionariedade e comumente classificados como atos discricionários da Administração Pública. Para tanto, de início se apreciam, ainda que sucintamente, o conceito de Administração Pública e diversos aspectos referentes aos atos administrativos, para depois adentrar na questão essencial, ou seja, o estudo da discricionariedade, característica de muitos dos atos administrativos, bem como da possibilidade de serem tais atos submetidos ao crivo judicial. Não se desconhece a necessidade de um permanente controle, pelo próprio Poder Público, sobre todos os seus atos como conseqüência da autotutela; o que se busca é analisar a possibilidade de o controle da discricionariedade também ser exercido pelos magistrados togados.

A Constituição Federal assegura que qualquer lesão ou ameaça aos direitos individuais seja levada à análise do Poder Judiciário, não importando, para tanto, se o oponente é um particular ou o próprio Estado. Sob a égide do Estado Democrático de Direito, expressamente aludido no artigo $1^{\rm o}$ da Magna Carta, não se concebe, em hipótese alguma, que o Poder Público - incumbido de prover os direitos sociais -

¹ Procurador do Estado do Rio Grande do Sul. Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Professor da Universidade de Passo Fundo.

venha a praticar atos que ofendam as garantias constitucionais.

Nesse contexto, em que é manifesta a preocupação, por parte do constituinte, em contemplar os desfavorecidos com diversos serviços públicos essenciais, como saúde, educação e assistência, como decorrência direta da norma constitucional, surge a submissão de todos os atos governamentais ao exame por parte do Poder Judiciário. Assim, visando assegurar a permanente e efetiva realização do disposto na Lei Fundamental, é imprescindível que também os atos ditos discricionários sejam objeto de análise judicial. Isso, por si só, não significa que o juiz possa substituir a decisão do administrador pela sua, quando qualquer uma delas for apta a atingir a finalidade prevista no ordenamento. Quando a solução dada pelo governante for razoável para o caso concreto, estando em consonância com os princípios que regem a atividade administrativa, com os princípios gerais do direito e sem ferir os direitos fundamentais, haverá óbice para a sua substituição pelo Poder Judiciário, em vista da independência dos poderes e da liberdade de opcão da Administração Pública.

A discussão quanto aos limites do controle judicial interessa a todos que atuam na esfera do direito público, o que bem denota sua atualidade. Por certo, é cabível a mais ampla análise crítica imaginável, seja em vista da enormidade de aspectos passíveis de questionamento, seja pela infinitude de situações concretas a serem solucionadas.

PARTE I - DISCRICIONARIEDADE NO ATO ADMINISTRATIVO

Como é sabido, enquanto ao particular é permitido fazer tudo o que a lei não proíbe, o Estado somente pode realizar o que está previsto na lei. O princípio da legalidade vem assentado no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal; a Administração Pública deve observá-lo quando da prática de todos os seus atos, da mesma forma que deve se submeter aos princípios da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, sob pena de invalidade do ato administrativo.

Assim, seria questionável a existência de atos administrativos discricionários quando o texto constitucional determina a subsunção do Estado e do seu agir ao previsto na lei. Isso porque, em razão do princípio da legalidade, esperar-se-ia que estivesse completamente prevista na lei a forma de atuação do Poder Público para qualquer situação, como ocorre com os atos administrativos ditos "vinculados".

Há várias teorias tentando configurar a discricionariedade existente em muitos dos atos praticados pela Administração Pública, entendida aquela como sendo a faculdade de opção dentre várias soluções possíveis, mas todas capazes de atender à finalidade do ato administrativo.

A seguir, apresentar-se-ão aspectos referentes à própria Administração Pública, posto que é dela que emanam os atos objeto do presente estudo. Após, referir-se-ão, de forma breve, os atributos e os elementos que caracterizam os atos administrativos, para, ao final desta parte, aprofundar-se a discussão quanto à discricionariedade propriamente dita.

Nesse ponto, demonstrar-se-á que a discricionariedade não é um poder imanente

aos atos administrativos, a ponto de permitir ao administrador uma livre escolha, mas, sim, que se trata de um dever, obrigação essa que precisa ser bem desempenhada pela Administração Pública, sob pena de o ato ser tido como inválido, bem como que, ao contrário do que muitos ainda pensam, a discricionariedade não decorre da ausência de lei.

1.1 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O vocábulo *administração* tem origem no latim (*administratione*), podendo expressar tanto a ação propriamente dita desenvolvida pelo administrador como a gestão de negócios públicos ou particulares; ainda, é utilizado com o sentido de governo ou como o "conjunto de princípios, normas e funções que têm por fim ordenar a estrutura e funcionamento" de um órgão público.²

Para Di Pietro, Administração Pública é a "atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve, sob regime jurídico de direito público, para a consecução dos interesses coletivos". A autora transcreve ensinamento de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, para quem o vocábulo em questão tanto pode significar "servir, executar para outros" como expressar o sentido de "direção ou gestão". A discussão envolve a raiz min, que, para alguns, está associada a manus, mandare, ao passo que, para outros, deriva de minor, minus, minister. De qualquer forma, a expressão é empregada para indicar subordinação passiva, no sentido de o agente ser orientado ou ser dirigido.

Cirne Lima traça interessante paralelo com a atividade privada quando refere que administração é a atividade "do que não é proprietário" e conclui que, de forma semelhante, em direito público, administração é "a atividade do que não é senhor absoluto". Tem razão, porque a Administração Pública está subordinada ao disposto na lei e no ordenamento, devendo perseguir a realização do bem comum. O administrador está sujeito às determinações do senhorio, que, no caso, é a coletividade, e deve atender as suas necessidades, previstas na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional.

Curioso transcrever definição apresentada por Vicente Rego, então lente da $3^{\rm a}$ Cadeira do $5^{\rm o}$ ano da Faculdade de Direito do Recife, em obra publicada ainda em 1860, nos seguintes termos:

ADMINISTRAÇÃO - É a acção do Governo e debaixo d'esta relação é o seu complemento necessário. Elle é a cabeça; ella é o braço da sociedade. A *Administração* é pois o Governo do paiz, menos a factura das leis, e a acção de justiça entre os particulares.⁶

² HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque de. Dicionário eletrônico Aurélio - século XXI.

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. p. 48-55. ⁴ CRETELLA JR., José. **Curso de direito administrativo**. p. 12.

⁵LIMA, Rui Cirne. **Princípios de direito administrativo**. p. 20-21.

⁶ REGO, Vicente Pereira do. **Elementos de direito administrativo para uso nas Faculdades de Direito do Império**. p. 2.

O conceito vem apresentado pelo referido professor na forma denominada "negativista", que tem origem, segundo ensinamento de Diógenes Gasparini, nos Estados primitivos, onde, inicialmente, cabia ao chefe legislar, executar e julgar. Tal critério é criticado por enunciar o que não é administrar, em contraponto à correta definição que preceitua o que é determinada coisa.

Nesse sentido, Alcides Cruz, já em 1914, preocupava-se com o conceito sob o aspecto positivo, concluindo que a Administração Pública constituía-se de uma "organização adequada", "verdadeira executora da vontade do governo, mediante os serviços públicos, que é por onde são attendidos os interesses do Estado, collectivamente" (sic).8

A polêmica quanto à conceituação não é exclusiva do direito pátrio.

Héctor Escola, após associar o surgimento da Administração Pública moderna à Revolução Francesa, fazendo nascer um conceito verdadeiro do que seja interesse público, indica a existência de duas outras teorias que buscam conceituar administração. Segundo o critério orgânico ou subjetivo, Administração Pública é a atividade administrativa, excluída a judicial e a legislativa. Para uns, administração seria a atividade do Poder Executivo, excluídas algumas funções, tais como as de governo, por exemplo; para os adeptos da outra teoria, tem o sentido de conjunto de órgãos que realizam as funções executivas.

O atendimento às necessidades básicas, de regra, é prestado pelo Poder Público e constitui o que Marcello Caetano denomina de "necessidades coletivas instrumentais". Para o professor da Faculdade de Direito de Lisboa, Administração Pública é "o conjunto de decisões e operações mediante as quais o Estado e outras entidades públicas procuram, dentro das orientações gerais traçadas pela Política e directamente ou mediante estímulo, coordenação e orientação das actividades privadas assegurar a satisfação regular das necessidades colectivas de segurança e de bemestar dos indivíduos, obtendo e empregando racionalmente para esse efeito os recursos adequados".

Vem a calhar o aforisma de que, no direito, há rótulos diferentes para conteúdos iguais, como também nos valemos de rótulos iguais para conteúdos diferentes. Caetano utiliza letras minúsculas para significar o conjunto de órgãos encarregados de prestar tais atividades, ao passo que Meirelles¹¹ e Cretella Jr.¹² grafam a expressão "administração pública" com letras minúsculas quando se referem à função ou à atividade administrativa, reservando as iniciais maiúsculas para designar as entidades e órgãos administrativos.

Enterria e Fernandez, por sua vez, apresentam a evolução do conceito de administração assinalando que, a partir da Revolução Francesa, coincidia com o de Poder Executivo, passando a ser, posteriormente, identificada não mais com um poder,

⁷ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. p. 28.

⁸ CRUZ, Alcides. **Direito administrativo brasileiro**. p. 18.

⁹ ESCOLA, Héctor Jorge. El interés público como fundamento del derecho administrativo. p. 34-40.

¹⁰ CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. p. 4-5.

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. p. 50.

¹² CRETELLA JR., José. Curso de direito administrativo. p. 13-14.

mas, sim, com uma função de Estado. Após, a concepção de administração evoluiu, tomando o sentido de gestão e, finalmente, sendo tida como pessoa, posto que

actúa siempre ante el Derecho como um sujeto que emana actos, declaraciones, que se vincula por contratos, que responde com su patrimônio de los daños que causa, que es enteramente justiciable ante los Tribunales. (...) Desde esta perspectiva se impone así la consideración de la Administración como una organización dotada de personalidade jurídica. ¹³

Após a exposição de tantos conceitos, parece que a razão está com Falla, para quem a Administração Pública é um "complexo orgânico". ¹⁴ Discordamos do autor, entretanto, no que tange à afirmação de que esse complexo estaria integrado ao Poder Executivo. Eis aqui um ponto a ser aprofundado. Para Bandeira de Mello, "há atos que não são praticados pela Administração Pública, mas que devem ser incluídos entre os atos administrativos", citando como exemplo "atos relativos à vida funcional dos servidores do Legislativo e do Judiciário" e também as licitações. ¹⁵ Está proposta a questão: somente deve ser tida como de administração pública a atividade desenvolvida pelo Poder Executivo? Entendemos que a expressão tem caráter mais amplo, abrangendo atividades realizadas também nos outros poderes, ainda que esporadicamente.

Com razão, assevera Celso Bastos que nos três poderes existem órgãos administrativos, sendo que os órgãos de índole administrativa no Legislativo e no Judiciário existem na medida em que se fazem necessários para o exercício da função típica do poder. 16

Na nossa opinião, a expressão alcança também os órgãos do Judiciário e do Legislativo que possibilitam ao Estado a realização de suas finalidades. Ora, se a prestação jurisdicional, por exemplo, deve ser prestada pelo Estado e, para tanto, se faz necessária uma estrutura para que o serviço seja oferecido aos cidadãos, também aí haverá administração pública. Não é por acaso que o constituinte se referiu de forma ampla à Administração Pública no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal: "Administração Pública (...) de qualquer dos Poderes".

Vale a ressalva feita por Meirelles de que, muito embora o Judiciário tenha por função precípua aplicar o direito e ao Legislativo caiba a elaboração das leis, "todos os poderes têm necessidade de praticar atos administrativos, ainda que restritos à sua organização e ao seu funcionamento" praticando, portanto, "atos que a rigor seriam de outro Poder". 17

Ao final, não obstante os diversos significados que a expressão possa

¹³ ENTERRIA, Eduardo Garcia e FERNANDEZ, Tomas-Ramon. Curso de derecho administrativo. p. 24-30.

¹⁴ FALLA, Fernando Garrido. **Tratado de derecho administrativo**. p. 40.

¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. p. 173.

¹⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito administrativo. p. 57-58.

¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. p. 51.

compreender, utilizando-se iniciais maiúsculas ou minúsculas, o importante é ressaltar que, em termos objetivos, compete ao administrador público desenvolver a atividade de fomento, exercer o poder de polícia e prestar os serviços públicos, diretamente ou por terceiros. Para atingir a finalidade da busca do bem comum, são praticados infinitos atos, ditos "atos da administração", os quais devem ser sempre realizados com observância aos princípios, regras, limites, enfim, respeitando-se todos os ditames constitucionais e infraconstitucionais referentes à Administração Pública, previstos no artigo 37 da Constituição Federal, como também os princípios gerais de direito e os direitos fundamentais dos cidadãos.

1.2 ATO ADMINISTRATIVO

Para a consecução de suas finalidades públicas, seja de fomento, de poder de polícia ou de prestação de serviços, a Administração Pública celebra contratos, bem como realiza uma série de atos, denominados, em sentido amplo, de "atos da administração". No Brasil não há definição legal do que seja ato administrativo. Doutrinariamente, conceitua-se ato administrativo como sendo "a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário". 18

Tais atos podem ser classificados como atos de direito privado, a exemplo da locação de um imóvel para instalar uma creche; atos materiais, como a demolição de uma casa no exercício do poder de polícia; atos de conhecimento, opinião, juízo ou valor, como a emissão de atestados, atos normativos, a expedição de decreto regulamentar; atos políticos, como o indulto, o veto e a intervenção nos Estados e, ainda, atos administrativos propriamente ditos, posto que a expressão ato da Administração "tem sentido mais amplo do que a expressão ato administrativo, que abrange apenas determinada categoria de atos praticados no exercício da função administrativa". 19

Após aludir que a maioria dos doutrinadores limita-se a enumerar as diversas espécies de atos administrativos, Cretella Jr. diz da dificuldade de classificá-los mediante critérios predeterminados, seja em vista da variedade dos atos, seja pela diversidade de aspectos a serem considerados, como também pela impropriedade terminológica muitas vezes constatada. Ainda assim, o autor identifica as subdivisões apresentadas pelos maiores doutrinadores tanto no direito pátrio quanto no direito comparado. ²⁰

Bandeira de Mello classifica os atos administrativos da seguinte forma: quanto à natureza da atividade (de administração ativa, de administração consultiva, de administração verificadora, de administração contenciosa), quanto à estrutura do ato (concretos e abstratos), quanto aos destinatários do ato (individuais e gerais), quanto à função da vontade administrativa (negociais e puros), quanto aos efeitos

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. p. 162.

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. p. 157-158.

²⁰ CRETELLA JR., José. Controle jurisdicional do ato administrativo. p. 115.

(constitutivos e declaratórios), quanto aos resultados sobre a esfera jurídica dos administrados (ampliativos e restritivos), quanto à situação de terceiros (internos e externos), quanto à composição da vontade produtora do ato (simples e complexos), quanto à formação do ato (unilaterais e bilaterais), quanto à natureza das situações jurídicas que criam (atos-regra, atos subjetivos e atos-condição), quanto à posição jurídica da administração (de império e de gestão) e, ainda, quanto ao grau de liberdade da administração na prática do ato (discricionários e vinculados).²¹

Não obstante possa ser tida como a mais importante das distinções, tem-se como imprópria a diferenciação entre atos discricionários e atos vinculados, uma vez que não existe ato totalmente vinculado como também não há ato discricionário propriamente dito. O que se verifica é a possibilidade de o Poder Público agir com maior ou menor discricionariedade quando da solução dos problemas que se apresentam diariamente ao administrador. Para Germana de Moraes, tendo em vista que não existem atos em que o governante atua com total discricionariedade, "desaparece a distinção entre as categorias dos atos vinculados e discricionários", podendo-se considerar como discricionários "tão somente certos aspectos ou elementos dos atos administrativos".²²

De qualquer forma, ainda que impropriamente, o uso de tais qualificativos está consagrado na doutrina e na jurisprudência pátria.

Para a validade dos atos jurídicos em geral, conforme disposto no artigo 104 do Código Civil, é exigida a ocorrência de três requisitos, a saber: agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei. No que se refere aos atos administrativos, sejam eles executados com maior ou menor carga de discricionariedade, é indispensável também sejam apresentados seus requisitos.

Em se tratando dos atos administrativos, não há unanimidade quanto à nomenclatura. Bandeira de Mello, por exemplo, assevera que "usa-se a expressão elementos do ato administrativo para indicar os requisitos do ato" e arremata que a expressão elementos "é muito infeliz", uma vez que sugere "a idéia de 'parte componente de um todo'" enquanto alguns são "exteriores ao próprio ato", não podendo, portanto, ser seus elementos.²³ O doutrinador considera o conteúdo e a forma como sendo elementos do ato e o sujeito, o motivo, os requisitos procedimentais, a finalidade, a causa e a formalização como pressupostos do ato administrativo.

Em consonância com o disposto no artigo 2° da Lei da Ação Popular (Lei n° 4.717/65), Di Pietro arrola os seguintes elementos do ato administrativo: o sujeito, o objeto, a forma, o motivo e a finalidade.²⁴

Em relação ao sujeito, a autora entende que o ato sempre é vinculado, pois somente pode ser praticado por aquele agente que tem competência determinada na lei.

²¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. p. 198-202.

²² MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. p. 178.

²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. p. 176-190.

²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. p. 168-182.

Da mesma forma, a finalidade, ou seja, o resultado a ser atingido com a realização do ato, de regra, é elemento vinculado, segundo Di Pietro, razão pela qual, por exemplo, a demissão somente será cabível quando tiver por finalidade punir o infrator. Mesmo assim, existe certa discricionariedade quanto a esse elemento, no que tange à definição do que se entenda por "ordem pública, moral, segurança, bemestar", uma vez que - em sentido amplo - o ato deve sempre ter por finalidade a busca da realização do interesse público.

Também é de regra que o ato seja vinculado no que tange à forma, exceto quando a lei admitir mais de uma maneira de exteriorização do ato administrativo, desde que sejam sempre observados os princípios que regem o procedimento administrativo, em sentido amplo.

1.3 DISCRICIONARIEDADE

A discricionariedade passou a ser objeto de estudo no direito francês, no início do século XIX, quando, ao serem estabelecidas as competências dos tribunais administrativos, excluíram-se determinadas "matérias de polícia", permitindo ao administrador decidir conforme sua vontade, independentemente de qualquer controle, seja de ordem jurisdicional, seja de ordem legislativa.²⁵

Após a queda de Napoleão, com o retorno da monarquia, através de Luis XVIII, e a conseqüente perda de prestígio da Administração Pública, o Conselho de Estado - numa estratégia para perpetuar sua existência - entendeu não ter competência para julgar os atos discricionários, referentes à administração, tidos à época como sendo aqueles que não contrariassem direitos individuais.

Discricionariedade administrativa é "a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito". De acordo com o conceito apresentado por Di Pietro, a discricionariedade está presente nas situações em que "a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto", isso porque o regramento da conduta do administrador nem sempre abrange todos os aspectos da atuação administrativa, podendo a autoridade "optar por uma dentre várias soluções possíveis".

Para Enterria e Fernandez, "la discrecionalidad es esencialmente uma libertad de ellección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decision se fundamenta em critérios extrajurídicos (de oportunidad, economicos, etc.), no incluídos em la Ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración".²⁷

No exercício do poder discricionário o administrador está livre, observadas as opções ofertadas pela lei, para a escolha dos motivos (oportunidade e conveniência) e do objeto (conteúdo do ato).²⁸ De qualquer forma, não obstante a discricionariedade,

²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. p. 87-88.

²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. p. 66-67.

²⁷ ENTERRIA, Eduardo Garcia e FERNANDEZ, Tomas-Ramon. Curso de derecho administrativo. p. 294.

²⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. p. 146.

se o motivo alegado para a realização do ato for falso ou inexistente, o ato será inválido (teoria dos motivos determinantes). No dizer de Cretella Jr., "o ato discricionário pode dispensar a motivação", mas, embora possa ser a mesma dispensável, no exercício da discricionariedade, "se o administrador motiva o ato, o *motivo* deve conformar-se à lei". ²⁹ Ademais, conforme Di Pietro, é inválido o ato quando o administrador "usa do poder discricionário para atingir fim diferente daquele que a lei fixou" (teoria do desvio de poder ou de finalidade). ³⁰

Na prática, não há como o legislador imaginar todas as situações a serem enfrentadas pelo administrador público e, menos ainda, prever qual será a decisão mais apropriada levando em consideração as circunstâncias de cada caso a ser resolvido. Além disso, justifica-se a concessão de certa margem de atuação à autoridade em vista da imprescindível flexibilidade inerente à necessidade de que sejam atendidas as mais variadas e complexas exigências públicas, sendo cabível invocar-se o princípio da continuidade da prestação do serviço público também como justificativa para a existência da discricionariedade administrativa.³¹

Di Pietro apresenta, ainda, como justificativa para a discricionariedade, do ponto de vista prático, a importância de que seja evitado o automatismo nas decisões administrativas tomadas para a consecução dos fins de interesse geral. De acordo com Cretella Jr., os agentes da Administração "não são autônomos, não podem ficar adstritos a fórmulas rígidas", sob pena de a máquina estatal não funcionar. E arremata: "Juízes absolutos da oportunidade e da conveniência, servos incondicionais da legalidade, contra a qual não têm a possibilidade de rebelar-se, orientam-se na direção do interesse público, que procuram efetivar". 32

E eis aí o limite entre a discricionariedade e a arbitrariedade. Excedendo o limite da legalidade, agindo sem observar o disposto na legislação, deixa o agente de agir com discricionariedade e passa a haver a arbitrariedade, implicando a invalidade do ato arbitrário. "Discrição é liberdade de ação dentro dos limites legais; arbítrio é ação contrária ou excedente da lei". 33 Desde há muitos anos a jurisprudência vem invalidando as decisões tomadas pelo governante em contrariedade ao disposto na lei, como se vê pela seguinte ementa em acórdão do Supremo Tribunal Federal:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRESSUPOSTO ESPECÍFICO DE RECORRIBILIDADE.

A parte sequiosa de ver o recurso extraordinário admitido e conhecido deve atentar não só para a observância aos pressupostos gerais de recorribilidade como também para um dos específicos do permissivo constitucional. Longe fica de vulnerar o artigo 6.,

²⁹ CRETELLA JR., José. Controle jurisdicional do ato administrativo. p. 138 e 146.

³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. p. 181.

³¹ XIMENES, Maria do Socorro Demétrio. Discricionariedade e arbítrio. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**. p. 137.

³² CRETELLA JR., José. Curso de direito administrativo. p. 220.

³³ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. p. 144.

parágrafo único, da Constituição de 1969 acórdão em que afastado ato administrativo praticado com abuso de poder, no que revelou remoção de funcionário sem a indicação dos motivos que estariam a respalda-la. Na dicção sempre oportuna de Celso Antonio Bandeira de Mello, mesmo nos atos discricionários não há margem para que a administração atue com excessos ou desvios ao decidir, competindo ao Judiciário a glosa cabível (Discricionariedade e Controle judicial). 34

Sempre que a lei determina o comportamento do Poder Público em prol do administrado, desde que atendidos os requisitos legais por parte desse, qualquer omissão da administração leva o cidadão a exigir, na via judicial, a satisfação do seu direito. A administração deve realizar o ato sempre que verificado terem sido atendidas as exigências legais.

Assim, quando a atividade é vinculada, o administrado tem um direito subjetivo, podendo se valer do Poder Judiciário para determinar à administração que cumpra o disposto no ordenamento. Entretanto, quando o Poder Público nega pedido do administrado, com base na discricionariedade, está apenas ferindo um interesse, não um direito do solicitante, como se verifica no seguinte caso, também julgado pelo Supremo Tribunal Federal:

Não pode o servidor invocar a garantia do direito adquirido para reivindicar a percepção de proventos segundo o sistema vigorante ao tempo da inativação. A Administração Pública, observados os limites ditados pela Constituição Federal, atua de modo discricionário ao instituir o regime jurídico de seus agentes e ao elaborar novos Planos de Carreira. (RE 159.196, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 22.09.95, AGRAG 159.037, rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 15.09.95 e RE 116.683, rel. Min. Celso de Mello, DJ 13.03.92). Recurso extraordinário provido.³⁵

Bandeira de Mello ensina que a discricionariedade é adotada pelo legislador por ser a única forma pela qual a lei pode ser integralmente satisfeita, no que diz respeito à busca da finalidade, ou seja, é dada ao administrador uma certa liberdade como forma de ser atendida plenamente a exigência da busca do bem comum, cabendo à Administração Pública escolher a opção que melhor atenda ao interesse público. Como exemplo, o autor cita o caso de atendimento médico gratuito às pessoas pobres, em que o intento assistencial não seria atingido se a lei, de forma vinculada, estabelecesse o que é ser pobre, pois o filho de uma família de posses que

³⁴ Recurso Extraordinário n. 131.661/ES, Rel.: Min. Marco Aurélio. **DJU** 17 nov. 1995, p. 39209, j. em 26 set. 1995.

³⁵ Recurso Extraordinário nº 255.328/CE. Rel.: Min. Ellen Gracie. **DJU** 11 out. 2001, p. 19. j. em 11 set. 2001.

não tenha renda alguma poderia vir a ser considerado pobre, em prejuízo daquele que ganha algo mais que um salário mínimo e sustente, além dos filhos, também os pais incapacitados para o trabalho. Asseverando que "a discrição nasce precisamente do propósito normativo de que só se tome a providência excelente", não se admitindo que a autoridade considere qualquer uma das decisões possíveis, é que Bandeira de Mello conclui no sentido de que a discricionariedade existe apenas na lei, no campo da abstração, pois no caso concreto não haverá qualquer liberdade ao administrador, que deve optar pela melhor solução, a qual é única, pois, "quando a lei regula discricionariamente uma dada situação, ela o faz deste modo exatamente porque não aceita do administrador outra conduta que não seja aquela capaz de satisfazer excelentemente a finalidade legal". 36

A imprescindibilidade de que a decisão administrativa seja aquela que guarde maior afinidade com o interesse público conduz a que, em determinados casos, por ocasião da concretização da norma, não reste espaço para qualquer discricionariedade na tomada de decisão.

Assim, Bandeira da Mello destaca que, "perante as circunstâncias fáticas reais esta liberdade será *sempre muito menor e pode até desaparecer*. Ou seja, pode ocorrer que ante uma situação real, exigente de pronúncia administrativa, só um comportamento seja, a toda evidência, capaz de preencher a finalidade legal" (grifado no original).³⁷

Quando a lei regula a conduta de forma vinculada, é porque o legislador já sabia a forma de ser atingida a finalidade, só não o fazendo nos casos em que a escolha deve ser feita com base nas circunstâncias do caso concreto.

Portanto, é incorreto dizer que a discricionariedade decorre da ausência da lei. Pelo contrário, conforme Di Pietro, "a fonte da discricionariedade é a própria lei". Rara Germana Moraes, a discricionariedade "resulta da abertura normativa, em função da qual a lei confere ao administrador uma margem de liberdade para constituir o direito no caso concreto". Rara discricionariedade para constituir o direito no caso concreto".

Bandeira de Mello leciona que a discricionariedade quanto ao conteúdo (objeto) do ato administrativo, ou seja, quanto à providência a ser adotada, pode decorrer da falta de precisão da norma ao descrever a situação fática (discricionariedade da hipótese da norma), como no caso em que a norma não apresenta os pressupostos fáticos para atuação do Estado, da diversidade de condutas possíveis ao administrador (discricionariedade do comando da norma), tal como ao conceder liberdade para o administrador conceder ou não um prêmio quando atendidos determinados requisitos e, ainda, quando presentes conceitos indeterminados a serem alcançados pelo governante (discricionariedade da finalidade da norma). Cita como exemplo a expulsão da praia de pessoas vestidas de forma indecorosa, o que exige a definição do que seja ou não decoroso. 40

³⁶MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. p. 32-35.

³⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Controle judicial dos atos administrativos. **Revista de direito público**. p. 32.

³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. p. 177.

³⁹ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. p. 39.

⁴⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. p. 19-21.

Para Di Pietro, a discricionariedade existe seja porque "a lei expressamente a confere à administração" (remoção do servidor por conveniência do serviço), seja quando "a lei é insuficiente, porque não lhe é possível prever todas as situações" como também porque a lei "não estabelece a conduta a ser adotada" pelo Poder Público, ou, ainda, porque "a lei usa certos conceitos indeterminados". ⁴¹ Verifica-se, a propósito, em todas as hipóteses elencadas, que a discricionariedade decorre expressamente da lei, como antes salientado, não da ausência da lei.

Germana Moraes, por sua vez, declara que "o exercício da competência discricionária compreende simultaneamente as manifestações da discricionariedade quanto aos pressupostos de fato e a discricionariedade quanto aos efeitos", razão pela qual, com base em Sérvulo Correia, diferencia a discricionariedade quanto aos pressupostos, discricionariedade de decisão, discricionariedade de escolha optativa e, ainda, discricionariedade de escolha criativa. 42

Com tantas possibilidades de livre apreciação ofertadas pela lei ao administrador - ainda que sempre observando os princípios constitucionais -, cumpre referir a importância do uso da discricionariedade, reproduzindo-se a manifestação de Couto e Silva, para quem a discricionariedade é uma "atividade criadora e plasmadora do futuro exercida pela Administração Pública". 43

Finalmente, cumpre destacar que o mais adequado, ao tratar da discricionariedade, é tomá-la como um dever, não como um poder da administração.

É com razão, no nosso entender, que Bandeira de Mello adverte que o poder discricionário "jamais poderia resultar da ausência de lei que dispusesse sobre dado assunto [...] porquanto não se admite atuação administrativa que não esteja previamente autorizada em lei." 44 O Poder Público está sempre sujeito ao dever de atingir a finalidade, submetendo-se ao disposto na lei. Para o autor, "os chamados poderes são meros veículos instrumentais para propiciar ao obrigado cumprir o seu dever". No mesmo sentido, Sundfeld conclui que "discricionariedade não é sinônimo de liberdade administrativa, mas sim de dever-poder de o administrador, após o trabalho de interpretação da norma e de confronto desta com os fatos, e restando ainda alguma indeterminação quanto à hipótese legal, fazer uma apreciação subjetiva para estabelecer qual é, no caso concreto, a decisão que melhor atende à vontade da lei". 45

Ocorre que o administrador não tem liberdade - não tem poder! - para decidir ao seu bel prazer, devendo orientar seu agir na busca constante da concretização do bem comum. Ainda que atue com maior ou menor margem de liberdade, o governante sempre está subordinado ao disposto na Constituição Federal, estando todos os atos administrativos, no todo ou em parte, sujeitos ao controle judicial.

⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. p. 77.

⁴² MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. p. 40-42.

⁴³ COUTO E SILVA, Almiro. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. **Revista de direito administrativo**. p. 67.

⁴⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. p. 13.

⁴⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. Discricionariedade e revogação do ato administrativo. Revista de direito público. p. 137.

PARTE II - CONTROLE JUDICIAL

No Brasil, o controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário data dos primórdios da República, tendo sido instituído, de acordo com Couto e Silva, pela Lei n° 221, do ano de 1894, que, ao tratar da organização da Justiça Federal, dispunha no \S 9° do artigo 13:

- a) Consideram-se ilegais os atos ou decisões administrativas em razão da não-aplicação ou indevida aplicação do direito vigente. A autoridade judiciária fundar-se-á em razões jurídicas, abstendo-se de apreciar o merecimento dos atos administrativos, sob o ponto de vista de sua conveniência ou oportunidade.
- b) A medida administrativa, tomada em virtude de uma faculdade ou poder discricionário, somente será havida por ilegal em razão da incompetência da autoridade respectiva ou do excesso de poder.⁴⁶

Di Pietro define o controle da administração "como o poder de fiscalização e correção que sobre ela exercem os órgãos dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico".⁴⁷

A Administração Pública, em geral, está sujeita ao controle de seus atos. Para tanto, há o controle administrativo, o controle legislativo e o controle judicial ou jurisdicional, conforme se leve em conta a denominação do órgão ou da função. 48 Tal controle, portanto, pode ser interno e externo. Controle interno, segundo Celso Bastos, é o "que se verifica no próprio seio do Poder que o exerce, não é desempenhado por um Poder sobre o outro"; o controle externo é o exercido por um dos poderes instituídos com relação aos atos praticados por outro poder, como o controle exercido pelo Poder Judiciário em relação aos atos praticados pela Administração Pública. 49

Para Juarez Freitas, "não há, com efeito, ato administrativo insindicável, porquanto inexiste ato exclusivamente político". ⁵⁰ A propósito, quanto aos atos da administração, Di Pietro elenca como submetidos ao controle judicial os atos administrativos, exceto no que tange ao mérito, os atos normativos, os atos políticos, ⁵¹ quando afetarem direitos individuais, e também os atos *interna corporis*, no que excederem ao seu conteúdo, causando lesão a direitos individuais e coletivos. ⁵²

Controle jurisdicional, para Diógens Gasparini, é "o controle de legalidade dos atos e atividades administrativas do Executivo, do Legislativo e do Judiciário por

 ⁴⁶ COUTO E SILVA, Almiro. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. Revista de direito administrativo. p. 64.
 ⁴⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. p. 478.

⁴⁸ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. p. 86-89.

⁴⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito administrativo. p. 323.

⁵⁰ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. p. 207.

⁵¹ Durante a vigência da Constituição de 1937 não havia controle judicial sobre os atos políticos, em vista do expressamente disposto no artigo 94.

⁵² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. p. 494.

órgão dotado do poder de solucionar, em caráter definitivo, os conflitos de direito que lhe são submetidos". 53

Vem a calhar ensinamento de Juarez Freitas, no sentido de que "o controle nunca poderá ser exitoso se se cingir à legalidade estrita", devendo haver plena sujeição do administrador ao direito.⁵⁴ De forma mais abrangente, Di Pietro assevera que "a finalidade do controle é assegurar que a Administração atue em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, como os da legalidade, moralidade, finalidade pública, motivação, impessoalidade...".⁵⁵

A verificação pelo Judiciário da fiel observância de tais princípios não só protege o indivíduo em face do Poder Público, como também, "secundariamente, [é] útil ao próprio mecanismo da Administração Pública", evitando o pagamento de indenizações por atos danosos, o desperdício de recursos financeiros e a defeituosa prestação de serviços públicos, por exemplo. 56

2.1 FUNDAMENTOS DO CONTROLE

O controle é a contrapartida à presunção de legitimidade de que é dotado o ato administrativo e se faz não só no interesse do administrado, uma vez que muitos dos atos irregulares não apenas lesam o Estado, como também o interesse público em geral, conjuntamente ou não com o dano causado ao particular. ⁵⁷ Cumpre lembrar que, em havendo prejuízo ao Estado, estará sendo lesada toda a coletividade, pois os recursos públicos são havidos dos contribuintes. Através da fiscalização, portanto, assegura-se a preservação do interesse público e também do particular.

Ademais, o controle serve de contrapeso à delegação de autonomia ao Poder Público, quanto à conformidade do ato praticado em relação aos ditames constitucionais. Nesse sentido é o adminículo de Martins Jr.: "O controle judiciário incide sobre a conformidade da opção eleita com o ordenamento jurídico que não despreza a noção de boa administração, que não é diretiva exclusiva de ação do mérito, mas diretiva final atinente à esfera de legitimidade da atuação administrativa". ⁵⁸

Inexistindo controle, está aberto o caminho para a arbitrariedade. Por certo, quanto maior for o grau de instrução da sociedade, maiores serão as exigências formuladas perante o governo e maior será a cobrança para que os direitos constitucionais sejam efetivamente respeitados.

Até pouco tempo, praticamente, a interpretação constitucional era elaborada apenas por intérpretes jurídicos e pelos participantes formais do processo constitucional. Entretanto, todos os segmentos da sociedade devem exigir que o Estado cumpra o determinado pela ordem constitucional. A propósito, afirma Häberle que "os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista

⁵³ GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. p. 386.

⁵⁴ FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. p. 207.

⁵⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. p. 478.

⁵⁶ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. p. 92.

⁵⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito administrativo. p. 320.

⁵⁸ MARTINS JR., Wallace Paiva. A discricionariedade administrativa à luz do princípio da eficiência. **Revista dos tribunais**. p. 84.

for a sociedade". Para o autor, deve-se passar de um modelo de interpretação do tipo "sociedade fechada" para o de "sociedade aberta", mediante a participação de todas as parcelas da sociedade.⁵⁹

A proposta implica envolvimento de todas as forças da sociedade no processo e considera a interpretação pluralista não apenas mais um elemento da sociedade aberta — e dela decorrente — como também um elemento que constitui tal sociedade. Destarte, somente uma sociedade consciente pode exercer o adequado controle dos atos administrativos, velando pela regularidade da administração, seja através de movimentos espontâneos junto aos parlamentares e bases governistas, seja diretamente na via administrativa, seja, ainda, através da via judicial.

Para Celso Bastos, o controle tem por finalidade "a submissão do Estado à ordem jurídica e a eficiência administrativa... dentro da trilha da legalidade, da conveniência e da oportunidade pública". 60

Sem a presença de meios eficazes que garantam a efetividade do direito e o pleno exercício da cidadania, não se pode cogitar da construção de um Estado Democrático de Direito, conforme determina o *caput* do artigo 1º da Constituição Federal. Com relação aos diversos dispositivos constitucionais, Edimur Faria observa que "de nada valeriam esses direitos e garantias se a sociedade e os indivíduos não dispusessem de instrumentalidade jurídica hábil e eficiente para, em juízo, se defenderem contra os abusos e arbitrariedades dos agentes públicos com poder de decisão". 62

O monopólio da função jurisdicional única não impede a existência do contencioso administrativo, constituído por órgãos do Poder Executivo com competência para julgar reclamações dos administrados, o que, aliás, é muito comum na esfera do direito tributário. A existência de tal possibilidade não implica a admissão da jurisdição dupla, porque em tal sistema, também denominado de "sistema francês", as decisões prolatadas pela jurisdição administrativa são definitivas, fazendo coisa julgada, ao passo que, no Brasil, em razão da jurisdição una, se o administrado não obtém êxito na via administrativa, pode recorrer ao Poder Judiciário, conquanto a decisão administrativa não faz coisa julgada, tendo definitividade relativa, ou seja, somente não podendo ser repetido o pedido na via administrativa.

Tal garantia constitucional é válida mesmo no caso em que a lesão é praticada pela Administração Pública. Dessa forma, com fundamento constitucional, qualquer ato administrativo está à mercê do controle judicial, mesmo os atos realizados pelo próprio Poder Judiciário, quando de cunho administrativo, como antes salientado.

Por ocasião da apreciação judicial, para fins de julgamento da lide, o Estado

⁵⁹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional:** A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. p. 13.

⁶⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito administrativo. p. 322.

^{61 &}quot;Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos; [...] II - a cidadania."

⁶² FARIA, Edimur Ferreira de. Curso de direito administrativo positivo. p. 582.

⁶³ Questões atinentes a tributos federais são julgadas, em grau recursal, pelos Conselhos de Contribuintes. Os Estados mantêm, também, seus órgãos administrativos julgadores, inclusive com segunda instância, como o Tribunal de Impostos e Taxas, em São Paulo e o Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais, no Rio Grande do Sul.

encontra-se em pé de igualdade em relação ao administrado, não descaracterizando tal posição a existência de tratamento especial, tais como prazos especiais para responder e recorrer, pagamento de despesas ao final e recurso de ofício.

2.2 LIMITES DO CONTROLE

Demonstrado que não existe ato plenamente discricionário, mas, sim, que determinados aspectos de certos atos podem ser livremente apreciados pelo administrador, e superada a fase em que se entendia que o exercício da discricionariedade se encontrava totalmente fora da área de controle pelo Judiciário, cumpre aprofundar o estudo quanto aos limites do controle jurisdicional sobre o exercício da discricionariedade administrativa.

A propósito, ensina Germana Moraes:

A extensão do controle jurisdicional da atividade administrativa não vinculada, vale dizer, dos atos emanados da competência discricionária ou decorrentes da valoração administrativa de conceitos verdadeiramente indeterminados, não se delimita a partir da exclusão de determinados atos administrativos do crivo do Poder Judiciário. Atualmente, à luz da moderna compreensão do Direito, todo e qualquer ato administrativo, inclusive o discricionário e o resultante da valoração de conceitos indeterminados, é suscetível de revisão judicial, embora nem sempre plena... ⁶⁴

Ao tratar da abrangência do controle por parte do Poder Judiciário, cabe ressaltar que devem ser sempre respeitados os princípios constitucionais que regem a Administração Pública, os princípios gerais do direito e os direitos fundamentais, "que também integram aquilo que se pode denominar de núcleo essencial da Constituição material". A observância dos preceitos que regem a Administração Pública e dos princípios gerais não é novidade, tanto que Juarez Freitas assegura que "qualquer ato discricionário que se torne lesivo a qualquer um dos princípios pode e deve ser anulado" Ademais, também é necessário que o Poder Público observe que a execução dos atos administrativos se faça em consonância com os direitos fundamentais, sob pena de invalidação judicial. Rafael Bielsa ensina que "lo discrecional siempre tiene límites 'virtuales' que son los principios constitucionales, las reglas legales generales, los principios de moral administrativa, la objetividad, imparcialidad, igualdad ante la ley, la economía en los gastos, etc", sob pena de degeneração em arbitrariedade e imoralidade.

⁶⁴ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. p. 153.

⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. p. 101 e 331.

⁶⁶ FREITAS, Juarez. Estudos de direito administrativo. p. 138.

⁶⁷ BIELSA, Rafael. **Derecho administrativo**. t. II, p. 7.

De acordo com o disposto no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, a Administração Pública deve obedecer aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

A observância ao princípio da legalidade é questão básica, o que justifica a afirmativa de Di Pietro de que "no Estado de Direito social a vinculação à lei passou a abranger toda a atividade administrativa". Após reconhecida a necessidade da efetiva participação do cidadão tanto no processo político como no controle da administração, evoluiu-se para o Estado Democrático de Direito, com o princípio da legalidade recebendo nova roupagem, passando-se a exigir que o Poder Público não atue apenas em consonância com a lei, mas, em especial, em conformidade com o direito (e com a moral) para a efetiva realização da justiça.

O princípio da impessoalidade, por sua vez, decorre da igualdade, razão pela qual os atos administrativos não podem ser praticados com o intuito de beneficiar ou prejudicar determinados particulares em contrariedade ao bem comum. Quando se fala em igualdade, diz respeito ao aspecto jurídico e sua desconsideração propicia a sindicabilidade do ato, mesmo quando praticado com discricionariedade.

Também o princípio da moralidade não é ditame isolado na norma constitucional, devendo ser observado conjuntamente com os demais preceitos que regem a Administração Pública. Dessa forma, o ato administrativo deve atender à legalidade, mas também à impessoalidade e à moralidade. Sabidamente, nem todo ato legal preenche os requisitos da moralidade. Uma vez que discricionariedade não significa arbitrariedade, sempre que o ato administrativo refletir intenção contrária ao interesse geral, estará apto a sofrer o controle judicial. A correção do ato pode levar em conta "o sentido do objeto, a forma não adequada, a falta de motivo e o móvel não determinado". ⁶⁹ Portanto, uma vez obrigatório que o ato sempre atenda à finalidade pública, o desvio de finalidade implica o desrespeito ao princípio da moralidade. Para Di Pietro, "o ato administrativo imoral é tão inválido quanto o ato administrativo ilegal (...) [e] (...) sendo inválido, o ato administrativo imoral pode ser apreciado pelo Poder Judiciário, para fins de decretação de sua invalidade". ⁷⁰ Esse ensinamento aplica-se tanto aos atos vinculados quanto aos dito discricionários.

Grande inovação foi introduzida no texto constitucional de 1988, através da submissão do Poder Público ao princípio da publicidade. A obrigação de agir com a maior transparência possível permite o controle da administração, implicando a invalidade do ato quando descumprido o preceito constitucional, ressalvando-se apenas as informações que digam respeito à segurança nacional.

Ademais, através da Emenda Constitucional n° 19, incluiu-se no *caput* do artigo 37 da Lei Fundamental o princípio da eficiência, a ser observado na prática dos atos administrativos de qualquer espécie. A busca da eficiência já era observada no Estado do Rio Grande do Sul, sendo que a Lei n° 10.547, de 25 de setembro de 1995, estabelece a obrigatoriedade do Poder Público de valer-se dos recursos públicos

⁶⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988. p. 37.

⁶⁹ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. O princípio constitucional da moralidade administrativa. p. 142.

⁷⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. p. 161.

de forma "razoável, adequada, eficiente e eficaz", dando prioridade à conclusão de obras inacabadas e observando a real viabilidade da proposta vencedora de licitação, dentre outros propósitos.

Cumpre assinalar ainda que o administrador público também deve levar em consideração o princípio da proporcionalidade, embora não expressamente indicado no texto constitucional, uma vez que esse preceito "é hoje axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de direito, bem como regra que tolhe toda a ação ilimitada do poder do Estado no quadro de juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade". 71 A propósito, na Alemanha cabe ao julgador avaliar: "(a) se a medida tomada pela autoridade administrativa é suscetível de alcançar o objetivo pretendido (princípio da adequação); (b) se a medida é necessária ... (c) ... se há desproporção entre meio e fim (princípio de proporcionalidade em sentido estrito)". 72

Di Pietro, após sumariar a opinião dos mais renomados doutrinadores brasileiros e indicar que tanto o princípio da razoabilidade como o da proporcionalidade vêm elencados na Lei nº 9.784/99, que disciplina o processo administrativo na esfera federal, reporta-se ao princípio da razoabilidade, isso porque este inclui aquele, não havendo razoabilidade se não existir proporcionalidade entre os meios e os fins a que se propõe o Poder Público. Segundo a autora, fere tal princípio, por exemplo, exigir prova de língua estrangeira na seleção para servente. Ainda, a desproporção entre os meios e os fins ou a reprovação de candidato sem a adequada motivação são justificativas plausíveis para a invalidação judicial do ato. 73

Os atos praticados com discricionariedade também se sujeitam ao controle judicial quanto aos limites impostos pelos princípios gerais de direito. Assim sendo, a administração há de submeter-se aos princípios da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal, da vedação do enriquecimento ilícito, da igualdade perante a prestação de serviços públicos e dos encargos, da continuidade da prestação do serviço público, dentre outros, de forma a impedir o abuso do poder discricionário ou, melhor dizendo, o mau uso do dever discricionário. Clarissa Silva transcreve ensinamento de Jean Rivero pertinente ao tema, pois o autor assegura que "os princípios gerais do direito têm força obrigatória em relação à Administração: os atos dela que os transgridam são anulados e podem, se tiverem causado algum dano, originar responsabilidade administrativa".⁷⁴

Quanto à observância dos direitos fundamentais por parte da administração, sua evolução vem bem historiada por Alberto Nogueira, que transcreve ensinamentos, dentre outros, de Hans Peter Schneider, para quem os direitos fundamentais passaram a ser dotados de "vinculação jurídica obrigatória em face de todos os poderes estatais", de tal forma que, "à diferença da anterior tradição constitucional alemã do século XIX e começos do século XX, os direitos fundamentais têm validade não mais pelas próprias leis, mas, ao contrário, as leis têm força pelos direitos

⁷¹ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. p. 397.

⁷² MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. p. 191.

⁷⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988. p. 201-204.

⁷⁴ SILVA, Clarissa Sampaio. **Limites à invalidação dos atos administrativos**. p. 71.

fundamentais". ⁷⁵ Por tal sujeição das leis aos princípios fundamentais, uma vez que os mesmos sejam desconsiderados por ocasião da prática do ato administrativo, caberá ao Poder Judiciário apreciar se o mesmo é dotado ou não de validade.

De outro aspecto, a revisão judicial também abrange os elementos dos atos praticados com discricionariedade, quais sejam: o sujeito, a forma, a finalidade, o motivo e o objeto. O cidadão pode invocar a tutela jurisdicional quando ocorrer lesão ao patrimônio público, valendo-se da ação popular, regulada pela Lei nº 4.717/65, que tem como nulos os atos administrativos viciados em razão da incompetência, de vício de forma, de ilegalidade do objeto, pela inexistência dos motivos e, ainda, em razão de desvio de finalidade.

Oportuno transcrever ensinamento de Bandeira de Mello, nos seguintes termos:

Nada há de surpreendente, então, em que o controle judicial dos atos administrativos, ainda que praticados em nome de alguma discrição, se estenda necessária e insuperavelmente à investigação dos motivos, da finalidade e da causa do ato. Nenhum empeço existe a tal proceder, pois é meio - e de resto fundamental - pelo qual se pode garantir o atendimento da lei, a afirmação do direito. ⁷⁶

Em relação ao sujeito que realiza o ato, não há que se falar em discricionariedade, devendo o ato ser praticado pelo agente com competência para tanto, em cumprimento ao disposto na lei, sendo passível de controle judicial absoluto, seja quanto à usurpação de função pública por pessoa não investida regularmente, seja quanto ao abuso de poder, situação em que o agente exorbita de suas funções e, ainda, no que tange à invasão de poderes pelo agente que pratica o ato. TE Estando prevista em lei a competência para a prática de determinado ato, sua inobservância gera uma ilegalidade, justificando-se o controle judicial.

A forma de exteriorização do ato, de regra, é escrita, pois é o melhor meio de obter-se a devida publicidade determinada na Lei Fundamental e vem previamente estabelecida. Eventualmente, quando couber ao administrador optar entre uma ou outra forma, o exercício de tal liberdade submete-se ao crivo jurisdicional, tanto que, para Cretella Jr., uma vez que existem para garantia dos direitos de cidadania, "as formas constituem verdadeiro direito subjetivo". ⁷⁸

No que se refere à finalidade do ato, mesmo quando praticado com discricionariedade, trata-se de elemento vinculado, uma vez que "o direito positivo não admite ato administrativo sem finalidade pública ou desviado de sua finalidade específica". Para Cretella Jr. "se o administrador, no uso do poder discricionário de que dispõe, deixa de atender ao fim legal a que está indissoluvelmente ligado, é claro que 'exorbita do poder' que a lei lhe conferiu", o que possibilita a invalidação do ato, pois, mesmo agindo com discricionariedade, deve o governante buscar sempre a

⁷⁵ NOGUEIRA, Alberto. **A reconstrução dos direitos humanos da tributação**. p. 29-30.

⁷⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de direito administrativo. p. 466.

⁷⁷ SILVA, Clarissa Sampaio. **Limites à invalidação dos atos administrativos**. p. 57.

⁷⁸ CRETELLA JR., José. Controle jurisdicional do ato administrativo. p. 271.

⁷⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. p. 128.

realização do bem comum.80

É com relação ao motivo e ao objeto que a autoridade possui maior liberdade para a prática do ato, o que não exclui certo controle judicial.

Quanto aos pressupostos de fato, é nos atos praticados no exercício da discricionariedade que mais prevalece a necessidade de que sejam expostos os motivos que determinaram a execução do ato, pois, de outra maneira, não há como controlar se o administrador está agindo de acordo com os princípios que regem a função pública.

Di Pietro ensina que há discricionariedade quanto ao motivo quando a lei deixá-lo a critério do administrador (como na exoneração de funcionário nomeado para cargo em comissão) e quando forem utilizadas palavras cujo sentido não venha explicitado na lei (por exemplo: falta grave). ⁸¹ Mesmo nesses casos, compete ao Poder Judiciário averiguar a efetiva ocorrência dos motivos apresentados como justificantes do ato tido como discricionário, pois, se o motivo inexistir, o ato será inválido, segundo a teoria dos motivos determinantes.

Lembrando que administrar é "a atividade de quem não é proprietário", Bandeira de Mello ressalta que não se cogita do administrador não justificar seus atos, razão pela qual "jamais seria de admitir que a autoridade pudesse expedir um ato sem motivo algum - pois isto seria a consagração da irracionalidade - ou que pudesse escolher qualquer motivo, fosse qual fosse, pois redundaria no mesmo absurdo da irracionalidade".82

No que diz respeito ao objeto, ou seja, quanto ao conteúdo do ato, a escolha pode ficar a cargo do administrador quando autorizado a agir com discricionariedade, constituindo o que se entende por mérito administrativo, como na possibilidade de opção entre punir o funcionário com a pena de suspensão ou de multa. Será nulo, porém, não obstante a discricionariedade, "o ato administrativo que vise a um objeto irreal ou gravemente danoso ao interesse público". 83

É Cretella Jr. quem, após referir que "os autores evitam o problema da definição do mérito", assim se manifesta quanto ao tema:

[...] in concreto, o mérito apresenta-se como a ponderação pessoal da autoridade administrativa sobre determinados fatos, que a levam a decidir num sentido ou noutro e, até mesmo, a nada decidir. Essa ponderação pessoal é traduzida em um juízo de valor. Isto é melhor, isto é útil, isto é oportuno, isto é conveniente.

Ainda segundo o autor, a apreciação diz respeito a "hora, dia, lugar, equitabilidade, (sic), razoabilidade, justiça, economia, acerto, moralidade, injustiça, utilidade intrínseca, fidelidade aos princípios da boa gestão". Aliás, para Diez, mérito é "la necesaria correspondencia entre el contenido del acto y su resultado". 85

⁸⁰ CRETELLA JR., José. Controle jurisdicional do ato administrativo. p. 264.

⁸¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. p. 179.

⁸² MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Discricionariedade e controle jurisdicional. p. 94.

⁸³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. p. 145.

⁸⁴ CRETELLA JR., José. Controle jurisdicional do ato administrativo. p. 234-235.

⁸⁵ DIEZ, Manuel Maria. El acto administrativo. p. 249.

Enquanto Bandeira de Mello ensina que mérito «é o campo de liberdade suposto na lei», permitindo ao administrador que «se decida entre duas ou mais soluções admissíveis» no caso concreto, Meirelles entende que o mérito administrativo se consubstancia "na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar". 87

Sempre que presentes os pressupostos exigidos pela lei, nos atos vinculados, não há qualquer possibilidade de escolha ao governante, pois a conduta administrativa já vem preestabelecida. Não é o caso, porém, quando a administração atua com liberdade, podendo então fazer as ponderações referidas por Cretella Jr., Bandeira de Mello e Meirelles.

Quanto à extensão do controle judicial, oportuno transcrever decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, nos seguintes termos:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IPI. CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS. ALÍQUOTAS REGIONALIZADAS. LEI 8.393/91. DECRETO 2.501/98. ADMISSIBILIDADE.

- Incentivos fiscais concedidos de forma genérica, impessoal e com fundamento em lei específica.
 Atendimento dos requisitos formais para sua implementação.
- 2. A Constituição na parte final do art. 151, I, admite a "concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do país".
- 3. A concessão de isenção é ato discricionário, por meio do qual o Poder Executivo, fundado em juízo de conveniência e oportunidade, implementa suas políticas fiscais e econômicas e, portanto, a *análise de seu mérito escapa ao controle do Poder Judiciário*. Precedentes: RE 149.659 e AI 138.344-AgR.
- 4. Não é possível ao Poder Judiciário estender isenção a contribuintes não contemplados pela lei, a título de isonomia (RE 159.026).
- 5. Recurso extraordinário não conhecido. (o grifo é nosso). 88

Ainda que reste excluído da competência do Poder Judiciário o exame do que se denomina "mérito" do ato, ou seja, o controle judicial não atinge a análise quanto à oportunidade e à conveniência da prática do ato administrativo, "tudo que signifique

⁸⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. p. 38.

⁸⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. p. 131.

⁸⁸ Recurso Extraordinário n. 344.331/PR. Rel.: Min. Ellen Gracie. **DJU** 14 mar. 2003, p. 40. j. em 11 fev. 2003.

desvio ou exorbitância do âmbito traçado à atividade discricionária enseja o controle judicial", pois o mérito não pode abrigar ilegalidade ou inconstitucionalidade. ⁸⁹ Aliás, exatamente em razão de o mérito do ato não poder ser questionado em sua totalidade é que "o controle de sua adequação deve ser realizado com maior rigor, uma vez que a discrição existe, presumidamente, para que o agente concretize, com maior presteza, a finalidade vinculante do sistema". ⁹⁰ Ocorre que o legislador deixou em aberto a conduta pelo Poder Público, no caso concreto, para que a decisão administrativa seja a mais apropriada na busca do bem comum, em obediência aos princípios constitucionais. ⁹¹

De qualquer forma, sendo de competência do administrador ponderar sobre a conveniência e oportunidade do ato praticado dentro dos limites da discricionariedade, a decisão administrativa não pode ser substituída pela decisão do juiz. Isso porque e é importante frisar - a possibilidade de controle judicial, ainda que cada vez mais ampliada, não outorga ao juiz poderes para substituir os "critérios subjetivos" que nortearam a decisão administrativa pelos seus próprios critérios pessoais. 92

Não sem antes registrar que o controle judicial fortalece a atividade do Poder Público na busca da realização do bem comum, Morón salienta que, por estar constitucionalmente legitimada a ação do Poder Público, é que cabe à Administração Pública decidir qual a opção que melhor satisfaz ao interesse público. Para a tomada de decisão, freqüentemente, é necessário levar em consideração, além dos aspectos jurídicos, também fatores técnicos e políticos, o que enseja a possibilidade de serem encontradas várias soluções juridicamente aceitáveis. Nesse caso, desde que atendidos os princípios constitucionais, a solução adotada pela administração não pode ser substituída pela escolha individual do julgador, posto que esse não tem legitimidade para tanto. Se houvesse possibilidade de o juiz decidir em substituição ao governante, nos casos em que é facultado a esse agir com discricionariedade, estar-se-ia quebrando o princípio da independência dos poderes, consagrado no artigo 2º da Constituição Federal. Reitera-se: quem tem competência para decidir sobre a administração do Estado é o governante eleito, legitimado pelas urnas, não o representante do Poder Judiciário.

Para finalizar, cumpre salientar que, ainda assim, há situações em que o julgador pode determinar o encaminhamento a ser dado ao caso concreto pelo Poder Público. Isso ocorre quando, observados os princípios constitucionais e legais, resta uma única opção viável. "Se se puder extrair uma solução unívoca para a situação vertente, estar-se-á no domínio da vinculação, e não da discricionariedade". ⁹⁵ Mas, na verdade,

⁸⁹ FAGUNDES, Miguel Seabra. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. p. 84.

⁹⁰ FREITAS, Juarez. Estudos de direito administrativo. p. 152.

⁹¹ Não obstante a indicação de nome para integrar tribunal seja exemplo de ato dito discricionário, ao julgar o Recurso Extraordinário n. 167.137 o Supremo Tribunal Federal consignou que deve haver "um mínimo de pertinência entre as qualidades intelectuais dos nomeados e o ofício a desempenhar", limitando, portanto, o exercício da discricionariedade no momento da escolha do nome.

⁹² LEITE, Luciano Ferreira. Discricionariedade administrativa e controle judicial. p. 74.

⁹⁸ MORÓN, Miguel Sánchez. Discrecionalidad administrativa y control judicial. p. 153-162.

⁹⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de direito administrativo. p. 471.

⁹⁵ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. p. 50.

se a finalidade do bem comum não foi alcançada, não haverá espaço para a discricionariedade, razão pela qual pode-se admitir a intromissão judicial, pois o controle será da legalidade e do cumprimento dos princípios, não propriamente da opção discricionária tomada pela Administração Pública.

CONCLUSÃO

Compete à Administração Pública a busca de alternativas para a prestação dos serviços públicos, o exercício adequado do poder de polícia e a implementação das atividades de fomento. Para tanto, são praticados constantemente atos de administração, dentre eles os denominados "atos administrativos propriamente ditos".

Como o legislador não tem condições de prever todas as situações a serem enfrentadas e resolvidas pelo Poder Público, há atos em que a Administração Pública pode decidir quando e como realizá-los. Tais atos ao longo do tempo têm sido denominados de "atos discricionários". Melhor seria dizer, porém, que em determinadas circunstâncias é dada liberdade de opção ao administrador para a prática de atos administrativos, pois não há possibilidade de o administrador agir com total liberdade, ou seja, não há ato totalmente discricionário.

A discricionariedade não é a falta de disciplina legal, mas, sim, a previsão de que o administrador escolha o caminho que melhor atenda ao interesse público. Dessa forma, a referida liberdade existe apenas no plano abstrato, pois, no caso concreto, o administrador deve optar pela solução que melhor atenda ao interesse público.

Exatamente por estar a Administração Pública obrigada a satisfazer ao interesse comum, todos os atos administrativos (inclusive os praticados com discricionariedade) podem ser objeto de controle por parte do Poder Judiciário, que tem competência para investigar se o ato impugnado está em conformidade com os princípios gerais que regem a Administração Pública, como também com os demais princípios de direito e, ainda, se está em harmonia com os direitos fundamentais dos indivíduos.

A possibilidade de controle, entretanto, não outorga ao juiz poderes para impor a sua decisão em substituição à escolha feita pelo administrador, quando essa atender ao interesse público, sob pena de o excesso de controle implicar a quebra do princípio da independência dos poderes. Ademais, quem tem legitimidade para governar o Estado é o escolhido pelas urnas, não o representante do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo.** São Paulo: Saraiva, 1994.

BIELSA, Rafael. **Derecho administrativo.** 6. ed. Buenos Aires: La Ley, 1964.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 10. ed. rev, atual. e ampl.

São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 131.661/ES. Relator: Min. Marco Aurélio. 2. T. 26 set. 1995. **DJU** 17-11-1995. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 22 out. 2004.

Recurso Extraordinário n.167.137/TO. Relator: Min. Paulo Brossard. 2. T. 18 out. 1994. **DJU** 25-11-1994. Disponível em: <www.stf.gov.br.> Acesso em: 22 out. 2004.

Recurso Extraordinário n. 255.328/CE. Relatora: Min. Ellen Gracie. 1. T. 11 set. 2001. **DJU** 11-10-2001. Disponível em: <www.stf.gov.br. > Acesso em: 22 out. 2004.

_____. Recurso Extraordinário n. 344.331/PR. Relatora: Min. Ellen Gracie. 1. T. 11 fev. 2003. **DJU** 14-03-2003. Disponível em: <www.stf.gov.br.> Acesso em: 22 out. 2004.

CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo.** 10. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 1982. Tomo I.

COUTO E SILVA, Almiro. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, nº 179, p. 51-67, jan/jun. 1990.

CRETELLA JR. José. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

. **Controle jurisdicional do ato administrativo.** Rio de Janeiro: Forense, 1984.

CRUZ, Alcides. **Direito administrativo brasileiro.** 2. ed. corr. e ampl. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1914.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 6. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

_____. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DIEZ, Manuel Maria. **El acto administrativo.** 2. ed. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1961.

ENTERRIA, Eduardo Garcia e FERNANDEZ, Tomas-Ramon. Curso de derecho

administrativo. Madrid: Civitas. 1997.

ESCOLA, Jorge Héctor. **El interés público** como fundamento del derecho administrativo. Buenos Aires: Depalma, 1989.

FALLA, Fernando Garrido. **Tratado de derecho administrativo**. 12. ed. Madrid: Tecnos, 1994.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo.** 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Pode Judiciário.** 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1984.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **O princípio constitucional da moralidade administrativa.**. 2. ed. Curitiba: Genesis, 1993.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos** e os princípios fundamentais. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999.

. **Estudos de direito administrativo.** 2. ed. rev.e atual. São Paulo: Malheiros, 1997.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo.** São Paulo: Saraiva, 1989.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional** – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque de. **Dicionário eletrônico Aurélio - século XXI**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

LEITE, Luciano Ferreira. **Discricionariedade administrativa e controle judicial.** São Paulo: RT, 1981.

LIMA, Rui Cirne. **Princípios de direito administrativo.** 6. ed. São Paulo: RT, 1987.

MARTINS JR., Wallace Paiva. A discricionariedade administrativa à luz do princípio da eficiência. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 789, p. 62-89. 2001.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução.** São Paulo: RT, 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 14. ed. São Paulo: RT, 1989.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1994.

. **Discricionariedade e controle jurisdicional.** São Paulo: Malheiros, 1992.

. Controle judicial dos atos administrativos. **Revista de Direito Público.** São Paulo, v. 65, p. 27-38.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da Administração Pública.** São Paulo: Dialética, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo.** 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MORÓN, Miguel Sánchez. **Discrecionalidad administrativa y control judicial.** 1. ed. 2. impr. Madrid: Tecnos, 1995.

NOGUEIRA, Alberto. **A reconstrução dos direitos humanos da tributação.** Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

NOGUEIRA, Johnson Barbosa. A discricionariedade administrativa sob a perspectiva da teoria geral do direito. **Revista jurídica da Procuradoria-Geral da Fazenda Estadual.** Salvador, p. 14-34. s.d.

REGO, Vicente Pereira do. **Elementos de direito administrativo** para uso nas Faculdades de Direito do Império. 2. ed. Recife: Typographia Commercial, 1860.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Clarissa Sampaio. **Limites à invalidação dos atos administrativos.** São Paulo: Max Limonad, 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari. Discricionariedade e revogação do ato administrativo. **Revista de Direito Público.** São Paulo, v. 79, p. 132-138. 1986.

XIMENES, Maria do Socorro Demétrio. Discricionariedade e arbítrio. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado.** Fortaleza, nº 9, p. 130-147. 1992.

RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL DA ADMINISTRAÇÃO E PROTEÇÃO DA CONFIANÇA NO DIREITO BRASILEIRO

Bruno Miragem*

Introdução. 1. A proteção da confiança legítima no direito administrativo. 1.1. Aplicação do princípio da boa-fé no direito administrativo; 1.1.1. Requisitos; 1.1.2. Conseqüências; 2. Dogmática dos contratos administrativos e responsabilidade da Administração; 2.1. Prerrogativas da Administração; 2.2. Deveres jurídicos da Administração; 3. Responsabilidade pré-contratual e suas características no direito privado; 4. Responsabilidade pré-contratual da Administração; 4.1. Os efeitos da licitação e a responsabilidade da Administração Pública; 4.2. Culpa in contrahendo; 4.3. Discricionariedade do agente público. Considerações finais.

INTRODUÇÃO

A evolução histórica das relações entre o Estado e seus súditos — sobretudo a partir da Revolução Francesa — determinou a necessidade de uma nova compreensão das relações entre o Poder Público e os cidadãos, distinguindo as prerrogativas estatais decorrentes do *jus imperii* estatal e os direitos-liberdades e garantias reconhecidos aos particulares, estabelecidos, dentre outros, sob o príncipio da legalidade da atuação

^{*} Mestre em Direito Privado (UFRGS). Especialista em Direito Internacional (UFRGS). Especialista em Direito Civil (UFRGS). Professor convidado dos Cursos de Pós-Graduação em Direito Internacional e de Regulação dos Serviços Públicos da UFRGS. Coordenador Acadêmico do Curso de Pós-Graduação em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais da UFRGS. Professor de Direito Civil do Centro Universitário Ritter dos Reis (Canoas/RS) e Faculdades São Judas Tadeu (Porto Alegre/RS). Assessor Jurídico da Casa Civil do Gabinete do Governador/RS.

administrativa¹. Um dos aspectos denotativos dessa subordinação à lei será, exatamente, a significativa ampliação das hipóteses de responsabilidade da administração por danos causados aos seus administrados no complexo de relações jurídicas que estabelece.

Essa subordinação do Estado à lei, ainda que em alguns sistemas, como no direito francês², associe-se também à prevalência do interesse coletivo sobre o particular (a supremacia do interesse público) – no direito brasileiro é reconhecido por alguns autores como princípio implícito³. Alguns estudos recentes, inclusive, questionam a própria noção de supremacia do interesse público, defendendo que as relações entre os particulares e a Administração devem pautar-se, sobremodo, pela reciprocidade de interesses⁴, e não pela supremacia do ente estatal, ainda que suas prerrogativas devam ser reconhecidas na forma estabelecida pela lei.

Com esse fundamento é que se desenvolveram, sobretudo no último século, as bases da responsabilidade da Administração por danos causados aos particulares. Essa responsabilização pode ser entendida como resultado direto do sistema de direitos e garantias fundamentais compreendidos pelo conceito de Estado de Direito⁵. Assim, a responsabilidade da administração por eventuais danos ao particular obedece à regra da necessária indenização do prejuízo causado por ação ou omissão administrativa, o que, sob a égide do artigo 37, §6° da Constituição brasileira vigente, prescindirá mesmo da presença de culpa ou dolo, concentrando sua idéia-força na necessidade de reparação. De certo modo, esta objetivação da responsabilidade e o reclamo pela legalidade da atuação administrativa surgem em contraste às prerrogativas que, em distintos âmbitos da sua atuação, a Administração fará jus nas suas relações com o particular⁶.

¹ São de menção necessária em nosso direito dois trabalhos de grande repercussão sobre o tema sobre o qual versa o presente artigo, ambos de autoria do professor Almiro do Couto e Silva, e que têm por distinção fomentar o debate no Brasil, sobre as novas pautas da relação entre a Administração Pública e os administrados, quais sejam: COUTO E SILVA, Almiro. Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. *Revista de Direito Público*, nº 84. São Paulo, out.-dez./1987, p. 46-63; e: COUTO E SILVA, Almiro. Responsabilidade pré-negocial e culpa in contrahendo no direito administrativo brasileiro. *Revista de direito administrativo*, n. 217. Rio de Janeiro: Renovar, jul.-set./1999, p. 163-171.

² Nesse sentido, por exemplo, a consideração Félix Moreau: "si on reconnaît léxistence d'intérêts collectifs distincts des intérêts individuels, d'une vie collective et sociale distincte des vies individuelles, on ne peut pas se refuser à reconnaître la supériorité, l'autorité, du collectif à l'égard de l'individuel". MOREAU, Félix. Manuel de droit administratif, t. II. Paris: Albert Fontemoig Editeur, 1909, p. 39.

³ Conforme o magistério de Alexandre de Moraes, para quem a supremacia do interesse público é princípio constitucional implícito, decorrente do artigo 3°, inciso IV da Constituição, o qual identifica entre os objetivos da República Federativa do Brasil, "promover o bem de todos". Da mesma forma, destaca o professor paulista a vinculação que deve ser percebida entre o princípio da supremacia do interesse público e o princípio da eficiência, esse último positivado pela Emenda Consitucional n. 19/2000. MORAES, Alexandre de. Direito constitucional administrativo. São Paulo: Atlas, 2002, p. 116-117.

⁴ No direito brasileiro, a noção de supremacia do interesse público como princípio do direito administrativo é questionada em alguns estudos, como o do professor Humberto Ávila, que assinala a inexistência de previsão constitucional do mesmo. Defende então que a atual configuração do regime constitucional brasileiro impõe a exigência na relação entre o Estado e os particulares, de ponderação entre interesses reciprocamente considerados. ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Organizador) O direito público em tempos de crise. Estudos em homenagem a Ruy Rubem Ruschel. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 127. No mesmo sentido, o estudo de: OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? Revista dos Tribunais, n. 770. São Paulo: RT, dezembro/1999, p. 53-92. A doutrina estrangeira também vem identificando este fenômeno. Conforme afirma Alfonso Masulli, as características atuais da atuação do Estado, transformaram-o de pessoa superior em sujeito partiário em suas relações com os cidadãos. MASULLI, Alfonso. Transformazzione dell'Administrazioni e moduli convenzionali. Il contrato di diritto pubblico. Napoli: Jovene, 1988, p. 14.

⁵ Neste sentido: COUTO E SILVA, Princípios..., p. 46.

⁶ Neste sentido: GOYANEZ, Enrique Sánchez. Responsabilidad patrimonial de la administración. Manual de derecho administrativo (I). Madrid: Editorial Colex, 1997. p. 503-4.

A extensão dessa responsabilização, contudo, merece ser observada não apenas no que diz respeito à relação contratual da administração com o particular – a disciplina dos contratos administrativos –, mas também ao comportamento danoso desvinculado da existência de um contrato. Nesse particular, o direito privado, no capítulo do direito das obrigações, observa significativo desenvolvimento, identificando-se a projeção da responsabilidade fundada em contrato para além dos limites da vigência formal deste, ao estenderem-se os deveres dos contratantes para as fases pré e póscontratual – conforme seja suscitada por fato prévio à celebração do respectivo instrumento, ou posterior ao termo final de sua execução. Essa transformação, que no direito privado opera-se sob o abrigo do princípio da boa-fé⁷, parte da idéia de contratação como um procedimento complexo, da obrigação contratual como um processo⁸, no qual a atuação das partes nas suas diferentes fases, por si só, é capaz de atribuir deveres jurídicos próprios.

No direito administrativo, contudo, a proteção às expectativas legítimas dos cidadãos em relação à Administração é introduzida, sobretudo, a partir do desenvolvimento jurisprudencial do direito alemão⁹, sob a configuração do princípio da confiança, o qual foi desenvolvido em distintos países¹⁰ como limite para a ação administrativa e como fundamento do dever de indenizar decorrente da frustração de interesses dos administrados¹¹. Sua aplicação, contudo, em que pese possa ser reconhecida nas diversas relações estabelecidas entre a Administração e os administrados, tem especial relevo no que diz respeito ao procedimento de celebração dos contratos administrativos, que no direito brasileiro, em decorrência de expresso mandamento constitucional (artigo 37, inciso XXI), é, por regra, precedido de licitação. Ressalte-se que o regime jurídico da contratação administrativa – previsto em lei – confere à Administração prerrogativas que desestruram a máxima de igualdade contratual consagrada no direito dos contratos, estabelecendo em paralelo à liberdade contratual reconhecida pelo direito privado. É o que se passou a denominar de *autonomia pública contratual*¹².

A proteção das expectativas legítimas dos administrados, assim, à aplicação

⁷ Para o desenvolvimento da boa-fé no direito privado, veja-se: MENEZES CORDEIRO, Antônio. Da boa-fé no direito civil. Coimbra: Almedina, 1997; WIEACKER, Franz. El princípio general de la buena fe. 2° ed. Madrid: Civitas, 1986. No direito brasileiro: MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado. São Paulo: RT, 1999.

⁸ Sobre o tema, veja-se a reconhecida obra de Clóvis do Couto e Silva. Obrigação como processo. Porto Alegre: UFRGS, 1964.
9 Para a origem jurisprudencial da proteção da confiança no direito administrativo alemão, veja-se: MAURER, Hartmut. Elementos de direito administrativo alemão. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001, p. 67-68.

¹º Como por exemplo, nos sistemas jurídicos espanhol e português. No direito espanhol, veja-se, em especial: CASTILLÓ BLANCO. La proteción de la confianza en el derecho administrativo. Madrid: Marcial Pons, 1998. No direito português a previsão expressa do artigo 266 da Constituição da República, largamente desenvolvida pelo Tribunal Constitucional, como por exemplo no Acórdão nº 330/90, publicado no Diário da República, Il série, de 8 de Julho de 1991, e no Acórdão nº 365/91, publicado no Diário da República, Il série, de 27 de Agosto de 1991; esse último que consigna o entendimento segundo o qual, com base no princípio da proteção da confiança, pode afirmar-se que "não é consentida uma normação tal que afecte, de forma inadmissível, intolerável, arbitrária ou desproporcionadamente onerosa, aqueles mínimos de segurança que as pessoas, a comunidade e o direito têm de respeitar".

¹¹ PÉREZ, Jesus González. El principio general de la buena fe en el derecho administrativo. 3ª ed. ampl. Madrid: Civitas 1999, p. 41

 $^{^{12}}$ A expressão é de José Manuel Sérvulo Correia. Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos. Coimbra: Almedina, 1987, p. 465 et seq.

no direito administrativo do princípio da confiança, o qual se considera como elemento essencial do sistema jurídico contemporâneo¹³, e fonte de direitos e deveres específicos aos sujeitos das diversas relações jurídicas que informa.

1 A PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA NO DIREITO ADMINISTRATIVO

A proteção da confiança legítima no direito brasileiro surge, a partir de entendimentos doutrinários inspirados no direito alemão 14, e seguido em outros países da Europa continental 15, segundo os quais, as expectativas que tenham sido despertadas nos administrados, em razão de um determinado modo de atuação da Administração, devem ser respeitadas e atendidas por esta, sob pena de que venha a responder por eventuais danos causados.

A fonte primária do dever de proteção da confiança, ao mesmo tempo em que se relaciona tipicamente com a submissão da Administração ao Estado de Direito, é observada pela doutrina como decorrente, ora do princípio da segurança jurídica, ora do princípio da moralidade. Aqueles que a vinculam ao princípio da segurança jurídica, fazem-no por identificar no mesmo "a boa-fé ou a confiança que os administrados tem na ação do Estado, quanto à sua correção e conformidade com as leis"¹⁶. Por outro lado, aqueles que identificam a proteção da confiança como decorrente do princípio da moralidade administrativa recorrem a uma fonte de direito constitucional positivo (artigo 37, caput) — à qual reconhecem a virtude para introduzir no direito administrativo, estas espécies de princípios gerais de direito¹⁷ — para sustentar que boa-fé, lealdade administrativa, e proibição do enriquecimento sem causa, são princípios autônomos, ou meras normas morais aplicáveis à Administração exatamente por força do princípio constitucional da moralidade.¹⁸

Outra questão a ser abordada é sobre a existência ou não de distinção entre os conceitos de proteção da confiança legítima e boa-fé, bem como sua utilidade na proteção das expectativas dos particulares. Para tanto, não se deve perder de vista, ao menos no direito brasileiro, que a determinação do dever de boa-fé nas relações entre a Administração e os particulares não prescinde do largo desenvolvimento que o mesmo tem observado no direito privado. A própria adoção pela Administração Pública de institutos jusprivatísticos típicos – o contrato, por exemplo - faz com que seja identificada a existência de uma espécie de direito privado administrativo (Verwaltungsprivatrecht)¹⁹, preconizada no direito alemão²⁰ e hoje largamente

¹³ LUHMAN, Niklas. Sociologia do direito II. Tard. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempos modernos, 1985.

¹⁴ COUTO E SILVA. Responsabilidade pré-negocial..., p. 163 et seq..

¹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. A proteção da legitima confiança na relação obrigacional entre a Administração e os particulares. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, n. 22. Porto Alegre: UFRGS, setembro/2002, p. 228-259.

¹⁶ COUTO E SILVA. Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica..., p. 46. No mesmo sentido, no direito espanhol: PÉREZ, Jesus González. El princípio general..., p. 52.

¹⁷ FIGUÉIREDO, Marcelo. O controle da moralidade na Constituição. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 106. Da mesma forma, no direito argentino: GORDILLO, Augustín. Tratado de derecho administrativo: 5º ed. Buenos Aires: Fundación de derecho administrativo, 1998, p. X-34.

¹⁸ Idem, p. 104-105.

¹⁹ ESTORNINHO, Maria João. A fuga para o direito privado. Contributo para o estudo da atividade privada da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 1999, p. 121.

desenvolvida em decorrência do alargamento das tarefas que o Estado passa a executar²¹. A concepção liberal do direito administrativo como conjunto de exceções ao direito civil, neste sentir, é superada por intermédio da nova configuração do direito privado administrativo, ainda que este, por força do princípio da legalidade, não deva observar o mesmo grau de autonomia reconhecido ao regramento que se faz possível entre os particulares²².

No direito espanhol, por exemplo, a falta de recepção formal do princípio da confiança fomentou a utilização do dever de boa-fé, expressamente consagrado na parte preliminar do Código Civil, para preservação dos interesses legítimos dos administrados²³. Com a crescente utilização de ambos os princípios pela jurisprudência, passa a afirmar-se uma distinção que prefere a alusão à confiança na medida que se trate de relações decorrentes de modificações legislativas; e à boa-fé quando se tratar de relações diretamente estabelecidas com a Administração²⁴.

No direito brasileiro, consigna Judith Martins-Costa, "o princípio da confiança, desdobra-se nos mandamentos de agir segundo a boa-fé e a lealdade — estes há muito objeto das reflexões do direito privado — e da moralidade pública" 25 . Na jurisprudência, contudo, a distinção entre ambos os conceitos não é explicitada, fazendo-se referência, ora à boa fé 26 ou à confiança legítima 27 , ora a ambas 28 .

²² ESTORNINHO. Op. cit., p. 121.

²⁴ Idem, p. 53-54.

²⁰ Segundo ensina Estorninho, deve-se a Wolff a distinção que permitiu a identificação de um direito administrativo privado. Segundo a autora, "Wolff partiu da distinção entre "fiskalischer Verwaltung", na qual a Administração Pública serve-se de formas jurídico-privadas, e"hoheitlicher Verwaltung", no qual utiliza as formas de direito administrativo", não se caracterizando, no primeiro caso, uma relação de supremacia em relação ao ente estatal. ESTORNINHO, p. 121-122.
²¹ Idem, p. 42.

²³ PÉREZ. El principio general de la buena fe en el derecho administrativo, p. 54-55.

²⁵ MARTINS-COSTA. A proteção da legítima confiança..., p. 233.

^{26 &}quot;Administrativo - Concurso público - Princípio da legalidade - Sua harmonização com a estabilidade das relações juridicas e a boa-fé - Candidata admitida a concurso antes de completar a idade mínima prevista no Edital - Recusa de nomeação da candidata que além de aprovada já atingira a idade limite - llicitude da recusa - Recurso especial não conhecido. O concurso público, como procedimento administrativo, deve observar o princípio da instrumentalidade das formas (art. 244 do CPC). Em sede de concurso público não se deve perder de vista a finalidade para a qual se dirige o procedimento. Na avaliação da nulidade do ato administrativo é necessário temperar a rigidez do princípio da legalidade, para que ele se coloque em harmonia com os princípios da estabilidade das relações jurídicas, da boa-fé e outros valores essenciais à perpetuação do Estado de Direito. Limite de idade, em concurso público é requisito para o exercício de emprego. Assim, se o candidato que não satisfazia o requisito no momento da inscrição foi admitido ao concurso e aprovado, não é lícito à Administração recusar-lhe a investidura, se no momento da contratação a idade mínima já se completara". Superior Tribunal de Justiça. REsp 6518/RJ. Primeira Turma. Relator Min. Humberto Gomes de Barros. julgado em 19/08/1991; publicado no DJU de 16/09/1991, p. 12621.

^{27 &}quot;APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PREVIDENCIÁRIO. IPERGS. FILHÁS SOLTEIRAS. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 73 DA LEI 7672/82. PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA. Fazem jus à manutenção do benefício previdenciário as filhas solteiras de servidores estaduais admitidos antes de 1974 e que, na época da vigência da lei 7672/82, já contavam com 21 anos de idade ou mais. Direito-dever da administração a revisar os pensionamentos ilegalmente concedidos e/ou mantidos que, entretanto, está submetido a prazo decadencial quinqüenal, por inafastável incidência dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança. Decorridos mais de cinco anos entre a data da maioridade previdenciária da pensionista e a notificação administrativa, que só então tornou controvertido o direito ao benefício, a decadência exsurge inafastável e deve ser reconhecida. Ação de segurança julgada improcedente em primeiro grau. Sentença reformada. Segurança concedida. Apelação provida, por maioria. Vencida a revisora. "Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70005668397, Primeira Câmara Especial Cível. Relator: Eduardo Uhlein. Julgado em 22/05/2003.

^{28 &}quot;Constitucional. Administrativo. Servidor público. Pretensão à suspensão de descontos nos vencimentos. Ato administrativo concessor do pagamento de vencimentos no nível 5 anulado após longo espaço temporal. Aplicação dos principios da boa-fé e da confiança, para impedir os descontos efetuados pela Administração. Anulação que gera efeitos ex nunc, retirando a possibilidade de ressarcimento por parte da Administração, haja vista a presunção de legitimidade dos atos administrativos e a segurança das relações jurídicas, com base nos princípios acima invocados. Apelo desprovido. Sentença confirmada em reexame necessário". Tribunal de Justiça do Estado. Apelação e Reexame necessário nº 70001640481. Terceira Câmara Cível. Relator Des. Perciano de Castilhos Bertoluci. Julgado em 26/04/2001.

Em linhas gerais, a proteção da confiança no direito administrativo vai apresentar-se como limite à retratação ou revogação dos atos administrativos, assim como limite à retroatividade das leis²⁹, a qual, no caso do direito brasileiro, costuma-se tutelar diretamente a partir da proteção da segurança jurídica. Além dessa finalidade, no direito alemão, a proteção da confiança – qualificada mesmo como direito fundamental³⁰ – é consagrada também em outras hipóteses, como a de garantia da continuidade da jurisprudência judicial superior, que, ao preservar o caráter definitivo das decisões judiciais, determina que eventuais modificações do entendimento dos tribunais só tenham validade para o futuro³¹. Não se trata, contudo, da preservação ad eternum das posições dos tribunais, mas sim das situações consolidadas no tempo, de tal modo e com tal intensidade, capazes de gerar a expectativa do administrado na sua continuidade.

Daí porque é possível sintetizar a proteção da confiança no direito administrativo, sob a influência decisiva do direito comparado, como o mandamento pelo qual as expectativas geradas nos administrados, em relação ao comportamento atual ou futuro da Administração, devem ser protegidas quando fundadas, de modo razoável, na atuação pretérita desta, ou na sua conformidade com o direito vigente.

1.1 A FORMAÇÃO DO DEVER JURÍDICO DE PROTEÇÃO DA CONFIANÇA NA RELAÇÃO JURÍDICA DE DIREITO ADMINISTRATIVO.

Como afirma Pérez, a confiança legítima "es un instituto dificultoso de defensa y arriesgado – hasta peligroso – si no se la utiliza com prudencia de uno u outro lado de los estrados e de los respectivos roles de los letrados" 32. Na relação jurídico-administrativa, contudo, para que se caracterize o dever jurídico de proteção da confiança in concreto, é reclamada a identificação dos elementos que a integram, assim como a determinação das suas conseqüências, na imposição de deveres jurídicos à Administração. Na relação de direito administrativo, a proteção da confiança, se em certo momento ressentia-se da ausência de previsão expressa na lei, hoje pode ser reconhecida tanto pela aplicação subsidiária dos preceitos da teoria geral dos contratos

²⁹ MAURER. Elementos de direito administrativo..., p. 69-80.

³⁰ MAURER. Elementos de direito administrativo..., p. 84.

³¹ MAURER. Elementos de direito administrativo..., p. 80-84. No direito brasileiro um instrumento hábil à proteção da confiança nos caso de modificações da jurisprudência, é o disposto no artigo 27 da Lei Federal nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, que confere competência ao Supremo Tribunal Federal para determinar a extensão das suas decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade: "Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado". Assim, como refere Gilmar Ferreira Mendes, "ao lado da ortodoxa declaração de nulidade, há de se reconhecer a possibilidade de o Supremo Tribunal, em casos excepcionais, mediante decisão da maioria qualificada (dois terços dos votos), estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, proferindo a inconstitucionalidade com eficácia ex nunc ou pro futuro, especialmente naqueles casos em que a declaração de nulidade se mostre inadequada (v.g.: lesão positiva ao princípio da isonomia) ou nas hipóteses em que a lacuna resultante da declaração de nulidade possa dar ensejo ao surgimento de uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional.." MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: uma análise das leis 9.868/99 e 9882/99. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 11, fevereiro, 2002. Disponível na Internet: http://www.direitopublico.com.br. Acesso em: 01 de outubro de 2003.

- de direito civil - aos contratos administrativos, quanto mesmo pelo recurso aos princípios gerais de direito consagrados no direito brasileiro.

Existindo relação entre o particular e o Estado, ou entre distintos entes estatais, tendo por finalidade a celebração de contrato futuro, naquilo que determine o surgimento de expectativa legítima na celebração do acordo, o respeito a esta deverá caracterizar autêntico dever jurídico do ente público. Contudo, é certo que o fundamento desse dever não encontrará lugar meramente nas convicções individuais dos sujeitos da relação jurídica em questão, nem pode contemplar estados subjetivos que não se revelem razoáveis, a ponto da sua frustração caracterizar-se como um dano à parte lesada. Daí porque, doutrinariamente, ao mesmo tempo em que são identificadas hipóteses de responsabilidade do Estado por frustração da confiança, igual atenção é dedicada aos seus pressupostos e conseqüências, de modo a caracterizar-lhe como limite à atuação arbitrária da Administração, mas evitando que se desenvolva como modo de enriquecimento injusto, com base em alegações não razoáveis.

Não se trata, contudo, de um direito subjetivo propriamente dito, senão de um princípio de direito, aplicável na hipótese de lesão dos direitos do particular em decorrência de um ato estatal³³. E sua aplicação no caso concreto tem lugar diante da necessidade de adaptar os direitos e interesses do particular, assim como os interesses legítimos do Estado de adaptar sua atuação à alteração das circunstâncias dadas³⁴.

1.1.1 Pressupostos

A ausência de previsão legal expressa determinando os efeitos do princípio da proteção da confiança faz com que o reconhecimento dos pressupostos para determinação de um dever jurídico da Administração, vinculado ao princípio da proteção da confiança, seja objeto de estrita definição doutrinária e jurisprudencial.

Debruçando-se sobre a indagação, Pérez vai identificar cinco pressupostos a serem observados para o reconhecimento deste dever de proteção. Primeiro, a existência de um ato da Administração suficientemente concludente para provocar no afetado um dos três tipos de confiança: de que a Administração atua corretamente; de que a mesma está atuando licitamente³⁵; e que suas expectativas – como interessado – são razoáveis³⁶. Segundo, que a Administração gere "signos externos" que, mesmo não vinculando juridicamente, orientem o cidadão a uma determinada conduta³⁷. Em seguida, que o ato da administração reconheça ou constitua uma situação jurídica individualizada, em cuja permanência o particular possa confiar³⁸. Ainda, que seja determinado por causa idônea para provocar a confiança legítima do afetado, a qual

³³ MAURER. Elementos..., p. 85.

³⁴ Idem, p. 86.

³⁵ É intuitivo, por exemplo, que não se deva reconhecer direito à continuidade ou permanência de situação contrária à legalidade. Desse modo, já manifestou-se o STJ: "Direito administrativo. Licitação. Desfeito o processo licitatório por motivo e ilegalidade, não há acolher pedido de segurança que visa 'continuidade da licitação com homologação, adjudicação a favor do impetrante'. Unânime." (STJ - MS 3650/DF; Rel. Min. Fontes de Alencar; Corte Especial; Julg. 13/10/1994; Pub. DJU 05/12/1994, p.33511).

³⁶ PÉREZ. Op. cit., p. 55.

³⁷ PÉREZ. Op. cit., p. 57.

³⁸ PÉREZ. Op. Cit., p. 58.

não pode se dar por mera negligência, ignorância ou tolerância da Administração 39 . E, afinal, que o interessado tenha cumprido os deveres e obrigações que lhe incumbem no caso 40 .

Observa-se, portanto, que a expectativa despertada tem sua aferição de legitimidade também no comportamento daquele que alega ter "confiado" na Administração, uma vez que tenha cumprido com os deveres e obrigações sido determinados a si naquela circunstância. Da mesma forma, exige-se certa determinação da situação concreta em que se fundamenta o dever jurídico específico, quando estará sob exame o próprio nível de expectativa decorrente da atuação do Estado, para que se responda se a mesma deve ser reconhecida como legítima ou não.

1.1.2 Consequências

A consequência básica da violação do dever de proteção da confiança administrativa é o surgimento do dever de indenizar. Como afirma Judith Martins-Costa, "o fato de a Administração Pública induzir os particulares a crer que tal ou qual medida seria adotada, incentivando-os a dirigir seus negócios em determinada direção, não gera, evidentemente, o dever do Poder Público de manter o plano, mas em caso de dano comprovado, pode fundar o pedido indenizatório com base no dever de boa-fé incumbente também à administração.⁴¹"

Como conseqüências da proteção à confiança são reconhecidos, especialmente, três efeitos jurídicos. É a mesma observada como limite ao exercício do poder discricionário, garantia de igualdade de tratamento aos cidadãos do Estado 42 e, por fim, caracterizada a violação do dever jurídico pela Administração, a ressarcibilidade dos danos causados em razão da frustração das expectativas legítimas 43 .

2 DOGMÁTICA DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO

O contrato, que em direito privado associa-se à idéia de representação jurídica de uma operação econômica, estruturada sob o princípio da autonomia privada, quando submetido à disciplina do direito público — como no caso dos contratos administrativos — passa a ter restrita, em algum grau, a liberdade de disposição dos contrantes em face da lei ou dos princípios jurídicos que subordinam a atuação da Administração. A qualificação de um determinado contrato como administrativo, de sua vez, será conferida — segundo a doutrina mais recente — quando existir expressa determinação legal para tanto, quando voluntariamente sejam estabelecidas prerrogativas pró-Administração ou, ainda, quando esteja identificada a presença do interesse público dos usuários afetados pela respectiva contratação (o que é aferido

138 - RPGE, Porto Alegre 27(58): 131-152, 2004

³⁹ PÉREZ. Op. Cit., p. 59;

⁴⁰ PÉREZ. Op. Cit., p. 60.

⁴¹ MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-fé no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 509.

⁴²PÉREZ. Op. Cit., p. 61.

⁴³ PÉREZ. Op. Cit., p. 63.

em conformidade com o objeto definido para o contrato)⁴⁴.

No direito brasileiro, a distinção de um determinado contrato como administrativo segue, em linhas gerais, esses mesmos critérios. E, no caso, submetemse ao regime jurídico estabelecido pela Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta as licitações e os contratos administrativos. Os contratos encontramse aqui submetidos à mesma lei, com algumas exceções, todas as espécies de contratos identificadas pela doutrina, quais sejam, os denominados contratos privados com a Administração de os contratos administrativos propriamente ditos de Segundo a estrutura de direitos e obrigações estabelecidos às partes, esses contratos possuirão uma graduação em relação à sua conformidade com o regime de direito administrativo, na medida que um número maior ou menor de disposições indique prerrogativas ao ente público.

A Lei 8.666/93 define seu âmbito de incidência quando estabelece, em seu artigo 1°, que é aplicável aos "contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios". Essa referência é complementada pelo seu artigo 2°, parágrafo único, que consigna: "Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada."

Da mesma forma, serão administrativos os contratos cuja especialidade remete a indicação do seu regime jurídico, assim como os direitos e obrigações que consagra, à lei específica, que dentre outros elementos, pré-determina o objeto da contratação. É o caso dos contratos de concessão de serviços públicos⁴⁷, regulados pela Lei Federal nº 8.987, de 1995, em que a relação entre a Administração (como Poder Concedente) e os particulares (como concessionários), determina en favor da primeira, não apenas a prerrogativa de fiscalização da execução do contrato, como também o exercício do poder de polícia administrativo nas hipóteses de violação dos deveres decorrentes do próprio contrato ou da lei⁴⁸.

Este regime de prerrogativas da Administração, contudo, não desnatura a

⁴⁴ GORDILLO, Augustín. Tratado de derecho administrativo, t. 1. 5º ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998, p. X-14 a X-17.

⁴⁵ O exemplo representativo, neste caso, é o contrato de compra e venda de bem imóvel. Regulado basicamente por normas de direito civil para a transmissão onerosa da propriedade, pode implicar, nas fases anteriores a incidência de normas de direito administrativo, como na hipótese da Administração participar como vendedora de um bem que, para perfeita regularidade da relação jurídica a ser celebrada, deverá ser desafetado como condição para sua reincorporação ao tráfico jurídico.

⁴⁶ No caso, o contrato será formalmente administrativo, quando a fixação do seu objeto for precedida de licitação pública. GORDILLO, p. X-20.

⁴⁷ Segundo a definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, a concessão de serviço público é "um ato complexo, através do qual o Estado atribui a alguém o exercício de um serviço público e este aceita prestá-lo em nome do Poder Público sob condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Estado, mas por sua conta, risco e perigos (...)". BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Prestação de serviços públicos e administração indireta. São Paulo: RT, 1973, p. 35.

⁴⁸ Sobre o tema, já nos debruçamos anteriormente: MIRAGEM, Bruno. Defesa administrativa do consumidor no Brasil. Alguns aspectos. Revista de direito do consumidor, nº 46. São Paulo: RT, 2003. É preciso considerar, do mesmo modo, que a existência de prerrogativas da Administração não desnaturam os direitos e garantias a que fazem jus os concessionários, como por exemplo, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. BANDEIRA DE MELLO. Op. cit., p. 35-40.

natureza negocial da relação estabelecida com o particular, sobretudo se for considerado que na hipótese da contratação administrativa há possibilidade de determinar e especializar, segundo a discricionariedade do agente público, seu objeto contratual, dentro dos limites estabelecidos na lei, no legítimo exercício de uma denominada autonomia pública contratual⁴⁹.

Por respeito à norma constitucional que consagra a regra genérica de obrigatoriedade de licitação, o procedimento licitatório constitui autêntica fase prévia da contratação administrativa. Nesta etapa, diretamente vinculada aos princípios da isonomia e da impessoalidade, a conduta da Administração e dos agentes públicos que a compõe, subordinam-se a uma série de deveres típicos, com vistas a garantir a manutenção da igualdade de condições entre os licitantes. É o que estabelece o artigo 3°, § 1°, da Lei n° 8.666/93, que proíbe os agentes públicos: "I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabelecam preferências ou distincões em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato; II estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991."

A vinculação da Administração ao instrumento convocatório da licitação 50 , assim como a obrigatoriedade de que o futuro contrato componha a íntegra do edital da licitação 51 , são consideradas, ao mesmo tempo, providências destinadas a proteger a confiança gerada no licitante de boa-fé 52 , como também de realização do próprio interesse público, beneficiário da competitividade e igualdade de condições entre os licitantes.

De outro lado, é característica do regime legal dos contratos administrativos a presença de cláusulas exorbitantes e prerrogativas exclusivas da Administração, em prejuízo do contratante individual, como no caso da possibilidade de alteração ou rescisão do respectivo vínculo contratual⁵³. Nesse sentido, a Lei nº 8.666/93 prevê,

⁴⁹ SÉRVULO CORREIA. Op. cit., p. 465-473.

⁵⁰ Conforme dispõe o artigo 41, da Lei 8.666/93. Da mesma forma, vinculam a Administração as respostas às consultas formuladas pelas licitantes durante o procedimento licitatório, conforme já reconheceu o STJ, no Recurso Especial 198665/RJ; Rel. Min. Ari Pargendler; 2ª Turma; Julg. 23/03/1999; Pub. DJU 03/05/1999, p. 137.

⁵¹ Artigos 40, §2°, inciso III, e 62, §1°, da Lei 8.666/93.

²² "Administrativo. Mandado de Segurança. Licitação. Vinculação ao Edital. Afastamento de Critério Subjetivo na Apreciação de Recurso Administrativo. Ilegalidade do Ato Inabilitador de Concorrente. Constituição Federal. Arts. 5º, II, 37 e incs. XXI e LV, 84, III. Lei 6404/76. Lei 8666/93. Lei 8883/94. Lei 8987/95. Súmula 473/STF: 1. Habilitação técnica reconhecida pela via de critérios objetivos não pode ser derruída por afirmações de índole subjetiva, contrapondo-se às avaliações vinculadas às disposições editalícias. A legislação de regência louva os critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório (§ 1º, art. 44, Lei 8666/93; art. 14, Lei 8987/95). 2. O processo licitatório inadmitindo a discriminação, desacolhe ato afrontoso ao princípio da is onomia, numa clara proibição do abuso de poder por fuga à vinculação ao Edital. Ato, decorrente de expressas razões recursais, desconhecendo-as para fincar-se em outras de caráter subjetivo, fere o princípio da legalidade. No caso não se compõe a discricionariedade sob os albores do interesse público, conveniência e oportunidade. 3. Segurança concedida parcialmente." (STJ - MS 5289/DF, Rel. Min. Milton Luiz Pereira; Primeira Seção, Julg. 24/11/1997; Pub. DJU 21/09/1998, p. 42).

⁵³ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 27° ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 208 et seq.

em diversas disposições, prerrogativas da Administração quanto aos direitos e obrigações objeto do contrato representando em última análise, a superioridade dos seus interesses na mencionada relação jurídica. Assim, por exemplo, a faculdade de alteração unilateral do contrato em curso, previsto no artigo 65, inciso I; bem como a obrigatoriedade de aceitação, pelo contratante particular, dos acréscimos e supressões no objeto do contrato, em conformidade com os limites estabelecidos no §1º da mesma norma. No mesmo plano estão as hipóteses de rescisão por ato unilateral da Administração, segundo o disposto nos artigos 78 e 79 da Lei.

Entretanto, ainda que em relação à alteração e rescisão do contrato seja conferida à Administração uma posição de maior destaque, no que diz respeito à atuação interna de seus órgãos, esta é restringida por diversas limitações impostas à autonomia pública contratual. Dizem respeito, principalmente, à decisão sobre a conveniência ou necessidade da contratação, à adoção do contrato para formalizar a atuação da Administração, assim como ao modo de escolha do co-contratante⁵⁴.

No primeiro caso, o que se vislumbra é a decisão genérica de contratar⁵⁵, a partir da identificação de uma necessidade cuja satisfação é imperativo de interesse público. No segundo caso, os limites deverão ser observados em razão do questionamento de como contratar, o que impõe identificar a existência ou não de uma forma legal de contratação (tipicidade), e sua aplicabilidade cogente ou não, para o caso em exame. E, por fim, a questão sobre com quem contratar, cuja resposta vincula-se, no direito brasileiro, indiscutivelmente à regra da licitação, admitido afastar tal exigência apenas nas estritas hipóteses previstas em lei⁵⁶. Aqui é que deverão ser transpostos para as relações de direito administrativo, certos deveres já reconhecidos no direito privado em relação ao comportamento das partes antes da celebração da avença, naquilo que – como já mencionamos – é designado como fase pré-contratual.

3 RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL E SUAS CARACTERÍSTICAS NO DIREITO PRIVADO

No direito privado, a responsabilidade pré-contratual – conforme largamente referido – decorre diretamente do princípio da boa-fé. No direito comparado, seu desenvolvimento é tributário de diversas origens. No direito alemão surge das lições de Rudolf von Jhering, acerca da *culpa in contrahendo*. Esta surge para reconhecer a responsabilidade do futuro contratante que, tendo dado causa, ou simplesmente tendo o conhecimento de vícios que frustram a finalidade e determinam a invalidade de um contrato, deixa de informar ao outro contratante sobre os mesmos, mantendo um comportamento em desconformidade com a boa-fé 57 .

A partir daí, em outros países como a Itália 58 e a França 59 , é introduzido o

⁵⁴ SÉRVULO CORREIA. Legalidade e autonomia contratual..., p. 655 et seq.

⁵⁵ Idem, p. 656.

 $^{^{56}}$ As hipóteses de dispensa (artigo 24) e inexigibilidade (artigo 25), os quais constituem numerus clausus previstos na Lei n $^{\circ}$ 8.666/93

⁵⁷ MAIORCA, Carlo. Colpa civile. Teoria generale. Enciclopedia del diritto, t. VII. Milano: Giuffré, 1960, p. 544-548.

⁵⁸ Neste sentido a contribuição inegável de Giusseppe Faggella, conforme destacado por Régis Fichtner Pereira. FAGGELLA, Giusseppe. Dei periodi precontrattuali e della loro vera e esatta construzione scientifica. Apud: PEREIRA, Regis Fichtner. A

conceito da responsabilidade pré-contratual, a partir da extensão dos deveres jurídicos classicamente despertados com a celebração do contrato, o que alcançará repercussão em outros países, como demonstra, por exemplo, o direito português⁶⁰.

Desse modo, desde o surgimento da doutrina da *culpa in contrahendo* no direito alemão, nos sistemas que passam a admitir a responsabilidade pré-contratual intensificam-se as investigações sobre a natureza da mesma. No caso, a indagação consiste em identificar se a responsabilidade em questão assume a natureza *contratual*, em decorrência da violação de deveres objeto de uma relação jurídica já constituída voluntariamente, ou *extracontratual*, na qual o dever violado decorre de fonte distinta do contrato. Considerando-se que o dever jurídico em questão é anterior à formalização do contrato (muitas vezes tendo sua violação caracterizada exatamente pela ausência da contratação), trata-se de típica hipótese em que o dever decorre diretamente da boa-fé objetiva, independente da consumação do contrato.

E é preciso assinalar aqui, outrossim, que a responsabilidade pré-contratual é apenas uma das hipóteses em que a imposição de deveres jurídicos, ou mesmo, a supressão de determinadas prerrogativas fundam-se em institutos não previstos expressamente na lei ou no contrato. Refira-se no direito francês, por exemplo, a figura jurídica do *abuso do direito*, a qual é desenvolvida a partir da extensa jurisprudência, ainda na segunda metade do século XIX⁶¹, como limite à liberdade individual no exercício dos direitos subjetivos. Outra tese nascida da experiência jurisprudencial francesa e que serviu para a caracterização da responsabilidade précontratual é a chamada *responsabilidade pela perda da chance*, que vem a ser fundada basicamente na noção de possibilidade potencial da conquista de determinada vantagem como fruto de um contrato ou mesmo tratativas preliminares à celebração de avençã⁶², ainda que desta possibilidade não reste como determinar se tais vantagens seriam ou não conquistadas pelo sujeito, se preservado o curso normal dos acontecimentos.

Já no sistema do direito privado alemão⁶³, a perspectiva de dano pré-contratual é mais bem assimilada a partir de mecanismos específicos dispostos no ordenamento, que permitem inclusive a imposição de sanção por violação de deveres, ainda no momento prévio à celebração do contrato⁶⁴. Seu fundamento reside na idéia de

responsabilidade pré-contratual. Teoria geral e responsabilidade pela responsabilidade pelas ruptura das negociações contratuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 128.

⁵⁹ No direito francês, obrigatória a referência à obra de Raimond Saleilles. Nesse sentido: SAILEILLES, Raimond. De la responsabilité précontractuelle - a propos d'une étude nouvelle sur la matière. Apud: PEREIRA, Régis Fichtner. Idem, p. 128-129.

⁶⁰ Neste sentido veja-se: ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato. Coimbra: Almedina, 1984.

⁶¹ Para um exame pormenorizado veja-se o excelente trabalho de Fernando Augusto Cunha de Sá. Do abuso de direito. Coimbra: Almedina, 1997. E, no próprio direito francês, o original estudo de Louis Josserand. De l'espirit des droits et de leur relativité: théorie dite l'abus des droits. Paris: [s.n.], 1927, p. 322 et seq. Entre nós, o excelente artigo de Maria Amália Dias de Moraes. Do Abuso de Direito - Alguns Aspectos. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul, nº 15, 1985. p. 16

 $^{^{62}}$ FRADERA, Vera Maria Jacob. "Dano pré-contratual: uma análise comparativa a partir de três sistemas jurídicos, o continental europeu, o latino-americano e o americano do norte." In: Revista de Informação Legislativa, ano 34, n° 136. out/dez, 1997. p.174. A autora refere a impressão da doutrina francesa no sentido de identificar, na atualidade, inclusive certa tendência de abuso da própria teoria da perda da chance.

⁶³ A respeito veja-se: LARENZ, Karl. Derecho de obligaciones Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958.

⁶⁴ FRADERA, op. cit., p. 174.

proteção da confiança das partes contratantes a partir de uma valorização dos usos do tráfico. A mesma teria por finalidade permitir o desenvolvimento comercial, promovendo condutas associadas ao princípio da boa-fé, o qual assume importância central naquele sistema⁶⁵.

No Brasil, a partir de notável influência germânica, a noção de obrigação vincula-se a uma sucessão de atos que se encadeiam e se desdobram em direção ao adimplemento⁶⁶. Desse modo, o desenvolvimento procedimental com vista à realização do adimplemento vai determinar que a conduta dos sujeitos deva pautar-se segundo um critério de correção e respeito mútuos, tendo em vista serem reconhecidas como titulares de interesses complementares, a partir da noção de correspondência entre as prestações oponíveis entre ambos.

Desenvolvido sob o abrigo do direito das obrigações, a boa-fé, conforme a lição de Clóvis do Couto e Silva apresenta-se como "máxima objetiva que determina aumento de deveres, além dos que a convenção explicitamente constitui", podendo inclusive "criar deveres para o credor, o qual era tradicionalmente considerado apenas titular de direitos"⁶⁷. De outro modo, o desenvolvimento da boa-fé no direito privado permite identificar para a mesma, como faz Judith Martins-Costa, uma multiplicidade de funções, principalmente: a) de cânone hermenêutico-integrativo da norma; b) criadora de deveres jurídicos⁶⁸; e c) como limite ao exercício de direitos subjetivos⁶⁹.

A boa-fé, assim, constitui o fundamento básico da responsabilidade précontratual, à medida que estabelece deveres jurídicos anteriores e posteriores à vigência formal do instrumento contratual. Os exemplos mais representativos, neste caso, dizem respeito a duas figuras características da responsabilidade pré-contratual: a culpa in contrahendo e o venire contra factum proprium. A primeira, com fundamento na mencionada lição de Jhering, diz respeito à revogação da proposta pelo proponente antes da aceitação pela outra parte, ou mesmo a causa de invalidade do contrato. A segunda é possível observar como um agir do titular de um direito, que se coloca em contradição com a conduta anteriormente adotada e na qual a contraparte havia confiado⁷⁰.

A doutrina, assim, identifica dentre as causas de responsabilidade pré-contratual no direito privado, tanto a interrupção das negociações preliminares, quanto mesmo, em alguns casos, a recusa a contratar, sem justo motivo, como por exemplo com a intenção de prejudicar outrem⁷¹. Impõe-se, assim, examinar de que modo essa configuração do direito privado influenciará o reconhecimento da responsabilidade pré-contratual da Administração, segundo as possibilidades de transposição destes conceitos para o direito administrativo.

⁶⁵ FRADERA, op. cit., p. 175.

⁶⁶ COUTO E SILVA, Clóvis. Obrigação como processo, p. 71 et seq.

⁶⁷ COUTO E SILVA, Clóvis. Obrigação como processo, p. 30.

⁶⁸ Neste sentido, segue a lição de COUTO E SILVA, que, entretanto, prefere denominar os deveres originários da boa-fé (e portanto, não expressos no contrato) como deveres jurídicos anexos.

⁶⁹ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé..., p. 427 et seq.

⁷⁰ FRADERA. Op. cit., p. 176.

⁷¹ CHAVES, Antônio. Responsabilidade pré-contratual. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 18.

4 RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL DA ADMINISTRAÇÃO;

A responsabilidade pré-contratual da Administração não prescinde do exame da existência e do modo como devam ser cumpridos por esta, os deveres decorrentes da boa-fé. E não significa que tais deveres tenham sido antes desconsiderados pelo direito administrativo, como demonstra a denominada doutrina dos atos próprios, na qual a boa-fé serve de limite à atuação da Administração de modo contrário ao seu comportamento passado⁷². De outro modo, a vinculação estrita da Administração à lei ressalta a importância dos procedimentos preparatórios da contratação administrativa, sobretudo no que diz respeito à sua regularidade. E a ausência dos requisitos previstos na lei, ao contaminar a validade dos contratos celebrados entre a Administração e os particulares, determinando prejuízos a este, poderá ensejar a responsabilidade de quem lhes tenha dado causa.

Da mesma forma observa-se em relação à revogação da licitação ou a interrupção dos procedimentos de contratação, hipóteses que a legislação brasileira sobre contratos administrativos vem consagrando há certo tempo. Assim, por exemplo, o artigo 59, parágrafo único, da Lei 8.666/93, ampliando o que dispunha anteriormente o artigo 49 do Decreto 2.300/85, o qual mencionava, no caso de nulidade, o dever da Administração de indenizar apenas a parcela da prestação que já havia sido executada 73 . Seu fundamento, longe de guardar relação com responsabilidades contratuais quaisquer, dizia respeito à reprovação pelo direito brasileiro da possibilidade de enriquecimento sem causa — uma vez que o contrato é como se nunca tivesse existido 74 .

No caso dos contratos precedidos de licitação pública, é de considerar ainda, que um dos principais deveres da Administração é o de prestar informações verdadeiras, necessárias e suficientes para que os interessados tenham condições de compreender as necessidades e exigências da contratação. Esse dever de informar – que deriva de uma das faces do princípio constitucional da publicidade dos atos da Administração – não envolve apenas a mera apresentação de dados, como se fosse possível reportarse genericamente ao edital da licitação. A regra deve compreender a demonstração eficiente, tanto dos interesses que a Administração pretende que sejam satisfeitos (e as exigências decorrentes destes), quanto dos critérios de exame das propostas, para determinação do vencedor do certame.

Configura-se, assim, como espécie de dever independente da obrigação principal – a prestação em si mesmo – determinado em momento anterior ao contrato, e consistente na obrigatoriedade de informar corretamente seus potenciais cocontratantes. Não é por acaso que a minuta do instrumento contratual futuro deve constar, por expressa exigência da lei, no próprio edital (em geral como anexo do mesmo). E a informação prestada no momento da licitação tem o condão de vincular a Administração quando da futura celebração do contrato com o licitante vencedor.

⁷² GORDILLO. Tratado..., p. X-34.

⁷³ Referido diploma resguardava prerrogativa da Administração de não indenizar por anulação de procedimento licitatório (art. 39, § 1º).

⁷⁴ COUTO E SILVA, Almiro. Responsabilidade..., p. 165.

4.1 OS EFEITOS DA LICITAÇÃO E A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Admitida a possibilidade de reconhecer-se a responsabilidade pré-contratual da Administração, resta-nos observar as hipóteses em que se configura, uma vez que será situação excepcional em relação à regra de permanência e regularidade da relação jurídica em questão. No direito espanhol – como afirma Chicote – resta consagrada a exigência de que a celebração do contrato após sua adjudicação deve se dar em prazo específico, razão por que "transcorrendo o prazo de trinta dias sem haver-se formalizado o contrato por causa imputável ao contratante, a administração está facultada a acordar a resolução do contrato". Todavia, se a culpa pela demora é imputável à Administração, independentemente de o contratante solicitar ou não a rescisão, será devida indenização pelos danos que a demora tenha eventualmente produzido⁷⁵. Outrossim, a adjudicação não deixará de ser providência regular e natural, seqüencial à realização do procedimento licitatório.

Como já foi mencionado, a Administração conta com a prerrogativa de anular seus próprios atos quando estejam eivados de vício que sustente tal declaração. Esta autotutela que se reclama ao ente público, contudo, é colocada em relevo ao examinarse a hipótese de homologação da licitação e adjudicação do seu objeto. Por adjudicação, embora seja uma das definições que maiores divergências doutrinárias demonstre no âmbito do direito administrativo, podemos depreender noção de atribuição. Já a homologação do julgamento, realizado pela autoridade administrativa superior a que promoveu a escolha, guarda a finalidade de aprovação ou referendo dos atos pretéritos do procedimento licitatório, e o reconhecimento expresso do seu resultado. Ou ainda, determinar quem guarda legítima pretensão de contratar com o ente público o objeto do certame. Note-se que no regime da lei vigente é através da homologação que se constitui alguém na qualidade de proponente único à Administração⁷⁶, e pela adjudicação posterior que se estabelece o vínculo definitivo entre os sujeitos desta mesma relação.

Assim, ao observarmos os procedimentos de um certame licitatório, uma vez realizada a habilitação dos licitantes e o julgamento das propostas, incumbe à Administração eleger qual delas apresentou maiores vantagens, segundo os critérios estabelecidos no Edital. Essa indicação tem, então, a função de estabelecer qual o licitante que, na qualidade de vencedor da licitação, haverá de fornecer o objeto do certame em exata conformidade com a proposta apresentada. Entretanto, os dois momentos – do julgamento e da adjudicação – não devem ser confundidos. Lúcia Valle Figueiredo, mais uma vez, alerta para a existência, em verdade, de dois objetos: o primeiro, imediato e próximo da Administração. O segundo, mediato, será o objeto do contrato a ser celebrado posteriormente⁷⁷.

Trata-se, nesse caso, da necessidade de distinguir-se os dois planos da relação

São Paulo: Forense Universitária, 1976. p. 58.

 ⁷⁵ CHICOTE. Contratación administrativa. Manual de derecho administrativo (I). Madrid: Editorial Colex, 1997 (I), p. 373-4.
 76 No regime da lei anterior, veja-se o magistério de: FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Direitos dos licitantes e prerrogativas da administração.

⁷⁷ FIGUEIREDO, Op. cit., p. 60.

contratual. O primeiro deles, do procedimento licitatório, teria por condão identificar um potencial contratante para a Administração. Enquanto o segundo, representado pela própria contratação, seria assinalado pela celebração de negócio jurídico que teria por efeito a formação de um vínculo entre o ente público e o particular.

Todavia, esta separação dos momentos de licitação e contratação – e por via de conseqüência, também dos efeitos jurídicos de um e outro – não deve permitir que se conclua pela pouca importância da adjudicação. A legislação em vigor remete à autoridade superiora a prerrogativa de homologação do julgamento e a adjudicação do objeto ao vencedor da licitação. Ao realizar a adjudicação, a Administração e o licitante vinculam-se, nascendo a partir daí o direito à celebração do contrato. E, como conseqüência lógica desse direito, o natural impedimento a que o contrato seja adjudicado por outrem, e a liberação dos demais licitantes dos encargos próprios da licitação 78.

Permanece, entretanto, a referência da providência de adjudicação do *objeto da licitação*, não existindo ainda, cogitação sobre o objeto do contrato. Neste aspecto, a imputação de responsabilidade pré-contratual da Administração dependerá da resposta a seguinte questão: a distinção entre o objeto da licitação (adjudicado ao vencedor do certame) e o futuro objeto do contrato é mera questão formal – uma vez tratar-se, de um mesmo objeto material – ou a separação temporal e procedimental entre ambas as definições revela para cada uma delas conseqüências diversas, que impedem sua identidade? Em outros termos, a adjudicação do objeto da licitação ao seu vencedor gera direito subjetivo deste à celebração do contrato, implicando na vinculação da Administração a uma obrigação de celebrar o contrato? ?

De modo contrário, outra questão apresenta-se: seria possível opor à Administração eventual extensão do vínculo jurídico contratual para além dos limites objetivamente previstos, com fundamento no princípio da boa-fé – criando obrigações indiferentes, a priori, ao princípio da legalidade?

A doutrina é unissona em reconhecer que antes da adjudicação, a homologação do julgamento da licitação, é ato que tem como efeito imediato reduzir as prerrogativas da Administração na relação que se estabelece com o particular, potencial contratante. Feito o julgamento, resta à Administração em: a) homologar a licitação dando eficácia à classificação dos licitantes em conformidade com o julgamento.; b) retificar o julgamento, no caso de irregularidade passível de correção; c) anular o julgamento, isoladamente, ou todo o procedimento licitatório, quando existir irregularidade insanável, ou revogá-la, na hipótese de interesse público.⁸⁰.

Em relação à primeira hipótese, a homologação da licitação, trata-se de providência necessária dependendo dela os efeitos decorrentes do certame. No que se refere à adjudicação, que sucede o ato de homologação, esta tem o condão de vincular a Administração, de modo que uma vez realizada, confere a certeza subjetiva ao licitante vencedor, quanto a ser o único com quem o contrato em questão poderá

⁷⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 296-297.

 ⁷⁹ Guardadas as reservas de estilo, tal situação poderia assemelhar-se a noção de um pré-contrato, ou contrato cuja a única obrigação seja a de celebrar outro contrato – este segundo contendo a prestação realmente interessante aos pré-contratantes.
 ⁸⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo...., p. 296.

ser celebrado, ainda que não diga que necessariamente exista uma obrigação de promover esta celebração. Já em relação às hipóteses de nulidade ou revogação do ato, a primeira terá lugar com a desconformidade do ato impugnado e normas cogentes presentes no ordenamento jurídico; e a revogação do ato tem por fundamento o juízo do órgão competente sobre a ausência de conveniência ou oportunidade para a contratação nos termos então determinados, razão pela qual remetem ao juízo discricionário do agente público.

De acordo com a lição de Walter Campaz, a revogação é definida como ato administrativo que elimina a possibilidade de efeitos futuros de ato administrativo pretérito, com eficácia ex nunc, por problemas ligados ao mérito⁸¹. E a noção de mérito, evidentemente, conduz a um segundo conceito de apreciação, juízo de valor, ou seja, à oportunidade e conveniência, a critério exclusivo da administração. E como ato discricionário, a revogação determina duas conseqüências fundamentais. Primeiro, de que a avaliação do seu conteúdo é afastada do controle judicial naquilo que não execeder aos limites determinados pela lei, ou ainda, segundo o entendimento mais atual; sob o critério da razoabilidade da ação administrativa. E mais importante, uma vez considerada manifestação concreta da Administração, e na qual é possível identificar uma finalidade ou projeto a ser realizado, caracteriza-se como ação administrativa capaz de causar dano aos interesses do beneficiário do ato revogado. Neste particular, assinala Campaz, que o ato de revogação não pode ser considerado como contrarius actus, mas ao revés, como ato de administração ativa⁸².

As hipóteses de indenização por revogação do ato, são algumas. Por exemplo, o caso da permissão de uso de espaço público, em razão da qual, após a celebração do respectivo instrumento, o particular tenha realizado despesas para permitir a utilização do mesmo segundo seus interesses. Advindo a revogação, e se tornando impossível o retorno do investimento, resta caracterizado o dano e o respectivo dever de indenizar. Da mesma forma as mais diversas oportunidades em que a revogação tem lugar após a realização de atos que acrescem o patrimônio da Administração, em prejuízo do particular que fez uso dos seus recursos para tanto.

Entretanto, não é correto entender no dever de indenizar da Administração, a conseqüência de um ato ilícito que gera danos. A revogação, como afirmamos, é prerrogativa da Administração em relação aos seus próprios atos, uma vez que do contrário, estaria a consagrar-se a imutabilidade das situações, inoponível por essência ao Estado⁸³. Com mais razão essa consideração deve ser aplicada nas hipóteses de atos precários da Administração. Estes se distinguem justamente pela possibilidade de extinção unilateral e a qualquer tempo, pela Administração, da relação jurídica que estabelecem. Esmaecem, assim, a legitimidade ou cognoscibilidade das expectativas eventualmente formadas no beneficiário do ato. Por isso, a princípio, não se terá como reconhecer indenizáveis os danos decorrentes da frustração de interesses que, de um lado, a natureza precária do ato não autorizava a certeza quanto ao seu

⁸¹ CAMPAZ, Walter. Revogação dos atos administrativos. São Paulo:RT, 1983. p. 56.

⁸² CAMPAZ, Op. cit., p. 57. Traz este autor, para sustentar seu entendimenmto, as palavras de AMORTH, para quem quando se revoga, administra-se, quando se anula, reprime-se a falta de aderência do fato à norma.

⁸³ Nesse sentido: TALAMINI, Daniela Coutinho. Revogação do ato administrativo. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 237.

desenvolvimento futuro 84 , assim como pelo fato de que eventuais prejuízos estariam compensados pelas vantagens usufruídas durante a existência da mencionada relação 85 .

Por fim, no que diz respeito à revogação que posteriormente se vai indicar como inválida, uma vez identificada a ofensa ao princípio da legalidade, legitima-se a pretensão indenizatória do particular prejudicado 86 .

4.2 CULPA IN CONTRAHENDO

As origens da proteção da confiança nas relações de direito administrativo, como afirma Almiro do Couto e Silva, vinculam-se à doutrina da *culpa in contrahendo* proposta por Jhering no século XIX⁸⁷. Atualmente, o direito administrativo brasileiro contempla o dever de indenizar da Administração em relação aos prejuízos eventualmente causados em decorrência da nulidade do contrato administrativo⁸⁸. Estabelece o artigo 59, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93: "A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa".

A noção de nulidade dos atos administrativos – incluindo-se aqui, os contratos – reclama explicação a parte, uma vez que, em relação à Administração, sua vinculação estrita ao princípio da legalidade, as hipóteses de saneamento do ato inquinado de vício observa hipóteses mais restritas do que no direito privado. Em relação aos contratos administrativos, a questão da nulidade poderá determinar a

^{84 &}quot;PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO ADMINISTRATIVO. PERMISSÃO DE USO DE IMÓVEL MUNICIPAL POR PARTICULAR. NATUREZA PRECÁRIA E DISCRICIONÁRIA. POSSIBILIDADE DE CANCELAMENTO. PREVISÃO CONTRATUAL. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. 1. A autorização de uso de imóvel municipal por particular é ato unilateral da Administração Pública, de natureza discricionária, precária, através do qual esta consente na prática de determinada atividade individual incidente sobre um bem público. Trata-se, portanto, de ato revogável, sumariamente, a qualquer tempo, e sem ônus para o Poder Público. 2. Como a Administração Pública Municipal não mais consente a permanência da impetrante no local, a autorização perdeu sua eficácia. Logo, não há direito líquido e certo a ser tutelado na hipótese dos autos. 3. Comprovação nos autos da existência de previsão contratual no tocante ao cancelamento da permissão debatida. 4. Recurso não provido." (STJ - ROMS 16280/RJ; Rel. Min. José Delgado; 1ª Turma; Julg. 19/02/2004; Pub. DJU 19/04/2004, p. 154).

⁸⁵ De acordo com o entendimento do STJ, sequer o direito de retenção é reconhecido nessa hipótese. Nesse sentido: "ADMINISTRATIVO - BEM PÚBLICO - PERMISSÃO - BENFEITORIAS - RETENÇÃO. 1. A utilização do bem público pelo particular deu-se a título precário e identifica-se sob a modalidade de permissão precária. 2. Estabeleceu o contrato que todas as benfeitorias levantadas ao longo da ocupação passariam a integrar o patrimônio do Município. 3. Precariedade que afasta a retenção por benfeitorias e permite seja o imóvel submetido à licitação, para regular ocupação. 4. Recurso especial improvido. (STJ - RESP 566994/RS; Rel. Min. Eliana Calmon; 2ª Turma; Julg. 16/12/2003; Pub. DJU 25/02/2004, p. 163)

⁸⁶ TALAMINI. Op.cit., p. 241.

⁸⁷ COUTO E SILVA. Responsabilidade..., p.163-164.

^{88 &}quot;ADMINISTRATIVO. OBRAS EMERGENCIAIS. CONTRATO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DECLARAÇÃO DE NULIDADE. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. DIREITO À INDENIZAÇÃO. 1. A eventual declaração de nulidade do contrato administrativo não tem o condão de exonerar a Administração Pública do dever de indenizar as obras já realizadas, desde que (1°) tenha ela, Administração, auferido vantagens do fato e (2°) que a irregularidade não seja imputável ao contratado. 2. Reconhecido nos autos que as obras foram não apenas orientadas, acompanhadas e incentivadas pelo município, como também resultaram no seu interesse exclusivo, não há como negar o direito à indenização pleiteada. 3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido." (STJ - RESP 317463/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha; 2ª Turma; Julg. 16/03/2004; Pub. DJU 03/05/2004, p.126).

desconstituição de uma relação que por vezes se desenvolveu faticamente até o momento de sua declaração, gerando conseqüências perceptíveis na realidade da vida, independentemente de sua regularidade jurídica. Desse modo, consiste um desafio determinar-se o modo como serão contemplados eventuais interesses legítimos do particular co-contratante, ao mesmo tempo em que se previne o enriquecimento sem causa da Administração⁸⁹.

No que se refere ao procedimento de celebração do contrato administrativo, temos que este vai compor-se de fase preparatória, precedente, que é a licitação pública. Se houver distinção quanto ao momento do vício do procedimento, o qual terá por condão inquinar o contrato de nulidade, os reflexos do vício projetam-se ad infinitum ou podem eventualmente sujeitar-se a regime jurídico diverso — no que diz com o regime jurídico contratual. De relevo, nesse ponto, considerar o que Chicote denomina doutrina dos atos separáveis. De acordo com esta tese, é necessária a separação entre a natureza pública ou privada de um contrato firmado com a Administração (o que irá indicar o regime jurídico competente), não se confundindo essa com uma segunda questão, distinta, que é a da natureza pública dos procedimentos preparatórios desse contrato, estabelecidos pela Administração, e que reclama sujeição ao regime jurídico administrativo, inclusive no que diz respeito ao regime de impugnações⁹⁰.

É preciso considerar que qualquer nulidade deriva necessariamente da violação da lei. Nesta perspectiva, examinar a responsabilidade pré-contratual da administração vai consistir no estudo dos pontos de tensão entre a noção de responsabilidade sob os auspícios da boa-fé — ou seja, projetando-se deveres pré e pós contratuais, anexos ou secundários em relação à obrigação principal — e os princípios informadores dos contratos administrativos. Em especial, o princípio da legalidade, de cuja desatenção importa em nulidade do contrato. Dependendo do instante em que se impõe a nulidade, serão maiores ou menores os prejuízos suportados pelo particular co-contratante. De outra parte, como observa Almiro do Couto e Silva, declarado nulo o contrato, é incoerente falar-se em responsabilidade contratual (o instrumento nulo não gerou efeitos, sequer pode ser considerado como se tivesse existido). Todavia, assistiria ao prejudicado, com base na teoria da *culpa in contrahendo*, requerer apenas indenização suficiente para a restauração do *status quo ante*⁹¹.

Segundo observa o administrativista gaúcho, nem sempre se poderá determinar culpa pela invalidade de um contrato, o mesmo podendo afirmar-se sobre as tratativas preliminares, o que terá de valer também para o direito administrativo. Todavia, conforme já examinamos, necessário que sejam observados os deveres derivados da

⁸º Assim referiu o STJ: "ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. NULIDADE. PAGAMENTO PELAS OBRAS REALIZADAS. ART. 59, DA LEI 8.666/93. - A existência de nulidade contratual, em face da alteração de contrato, que no mesmo campo de atuação, ou seja, obras em vias públicas, modifica o objeto originalmente pactuado, não mitiga a necessidade de pagamento pelas obras efetivamente realizadas. - A devolução da diferença havida entre o valor da obra licitada e da obra realizada, daria causa ao enriquecimento ilícito da Administração, porquanto restaria serviços realizados sem a devida contraprestação financeira, máxime, ao se frisar que o recorrente não deu causa à nulidade. - Agravo regimental improvido." (STJ - AGRESP 332956/SP, Rel. Min. Francisco Falcão; 1ª Turma; Julg. 21/11/2002; Pub. DJU 16/12/2002, p. 251).

⁹⁰ CHICOTE, José Ignacio Juárez. Contratación administrativa..., p. 370-1.

⁹¹ COUTO E SILVA, Almiro. Responsabilidade pré-negocial..., p. 164.

boa-fé, incluindo os deveres de segurança e lealdade – neste último compreendidos os de esclarecimento, informação e discrição – já na fase dos atos preparatórios da contratação (geschäftlichen Kontakts)⁹².

No mesmo sentido inclina-se Clóvis do Couto e Silva que, ao reconhecer a incidência do princípio da boa-fé no regime dos contratos administrativos, identifica hipótese de *culpa in contrahendo* quando tenha existido lesão a deveres secundários 93 que guardem relação com ação ou omissão do ente público 94 .

Daí porque se pode afirmar que a noção de boa-fé vincula-se de maneira estreita às hipóteses de responsabilidade pré-contratual da Administração, como no caso da *culpa in contrahendo*, ainda que não esteja expressamente prevista em norma de direito administrativo, mas decorra da aplicação da teoria geral dos contratos, hoje profundamente influenciada pelo preceito basilar do artigo 422 do Código Civil brasileiro de 2002^{95} , que consagra expressamente o dever geral de boa-fé objetiva e de probidade 96 .

4.3 DISCRICIONARIEDADE DO AGENTE PÚBLICO

Um dos pontos críticos na aferição do respeito ou não da regular atuação do agente público em face da proteção dos demais contratantes de uma relação contratual de direito administrativo é o que diz respeito aos atos discricionários subordinados à decisão do Estado. A discricionariedade do agente público, vinculada ao poder de escolha que lhe é reconhecido em determinadas situações, encontra-se informada por dois requisitos: a conveniência e a oportunidade do ato.

Ainda no âmbito da discricionariedade, convém mencionar as hipóteses em que a conduta da Administração na decisão sobre a contratação vincula-se à discricionariedade técnica do agente público. Nesse sentido, considerando que o conceito de discricionariedade técnica remete à atividade de valoração de conceitos jurídicos que utilizam critérios técnicos⁹⁷, seu controle pelos tribunais observa certa resistência

⁹² Idem, p. 164.

⁹² COUTO E SILVA, Clóvis. "A Companhia Siderúrgica Mannesmann. Revista da Consultoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul, v. 13. Porto Alegre: CORAG, 1975. p. 207.

⁹⁴ Necessária, outrossim, a verificação da culpa da Administração: "PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. NULIDADE. ARTIGO 59, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI Nº 8.666/93. SÚMULA 7/STJ. DEVER DE INDENIZAR DA ADMINISTRAÇÃO. Para a exata aplicação do artigo 59, parágrafo único da Lei nº 8.666/93, necessário se faz a aferição de quem foi o culpado pela realização do contrato administrativo irregular, o que implica no reexame do quadro fático-probatório constante nos autos. Incidente, pois, a Súmula nº 07/STJ. Ademais, a Administração não pode locupletar-se indevidamente em virtude de nulidade de contrato administrativo, devendo indenizar o particular pelos serviços prestados ou pelas obras realizadas. Agravo regimental improvido. (STJ - AGRESP 303730/AM; Rel. Min. Paulo Medina; 2ª Turma; Julg. 17/09/2002; Pub. DJU 02/12/2002, p. 273).

⁹⁵ Desse modo, determina o artigo 422, do novo Código Civil brasileiro: "Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé".

⁹⁶ O conceito de probidade já é utilizado largamente pelo direito administrativo como limite da conduta dos agentes públicos, daí derivando a expressão consagrada no direito brasileiro para violação desse dever: a improbidade administrativa. A aplicação do artigo 422 do Código Civil, certamente, irá servir-se dos entendimentos consolidados sobre o mesmo no âmbito da conduta dos agentes públicos, inclusive sob a égide do direito penal, sem descuidar do caráter específico de que se reveste a disciplina contratual e, em especial, dos contratos administrativos.

⁹⁷ DAROCA, Eva Desdentado. Los problemas del control judicial de la discricionariedad técnica. Un estudio crítico de la jurisprudencia. Madrid: Civitas, 1997, p. 35 et seq.

por parte da jurisprudência brasileira e de direito comparado⁹⁸.

Em linhas gerais, contudo, ainda que o critério de especialidade técnica dos órgãos da Administração reforce a posição pelo afastamento do controle do Poder Judiciário, o atual estágio da ciência jurídico-administrativa inclina-se pela impossibilidade de exclusão, a priori, do exame judicial da atuação administrativa 99 , sobretudo frente a outras normas e princípios aos quais se subordina a Administração 100 .

O controle dos atos discricionários, nesse sentido, tanto são feitos quanto aos requisitos do ato, quanto à hipótese de que o mesmo se dê em flagrante desvio de poder¹⁰¹. Nesses casos, não se afasta de plano a possibilidade do Poder Judiciário impugná-lo, em benefício da legalidade da atuação administrativa e, em última análise, do interesse público.

Em relação à responsabilidade pré-contratual da Administração, toda a atividade de direção dos negócios públicos, seja por renovação da orientação política da Administração (por intermédio das eleições, por exemplo), ou por novas definições quanto a procedimentos e contratações em fase concludente, uma vez que determinem a ocorrência de prejuízos aos particulares e que caracterizem a violação à confiança legítima do particular à Administração, parece-nos hipótese que enseja o dever de indenizar. Entenda-se, contudo, que o reconhecimento eventual do dever de indenizar – conforme as circunstâncias, não elide a prerrogativa da Administração de adotar as medidas que entenda convenientes. Apenas deverá imputar a mesma, a responsabilidade pelos danos dele decorrentes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proteção da confiança no direito administrativo brasileiro desenvolve-se gradativamente em distintos setores das relações entre a Administração e os particulares. Nesse aspecto, a disciplina dos contratos administrativos e seu complexo processo de formação, através do procedimento licitatório, oferece aspecto dos mais importantes para identificação dos direitos e deveres dos particulares, no momento anterior à contratação, cuja finalidade justamente é a eleição do licitante que será investido, no futuro, na condição de contratante.

Trata-se, como afirmamos, de autêntica fase prévia da contratação

99 DAROCA. Idem, p. 141 et seq.

 $^{^{98}\,}DAROCA.\,Idem,\;p.\,104.$

¹⁰⁰ Assim, a decisão do STJ: "Administrativo. Mandado de Segurança. Licitação. Vinculação ao Edital. Afastamento de Critério Subjetivo na Apreciação de Recurso Administrativo. Ilegalidade do Ato Inabilitador de Concorrente. Constituição Federal. Arts. 5º, II, 37 e incs. XXI e LX, 84, III. Lei 6404/76. Lei 8666/93. Lei 8883/94. Lei 8887/95. Súmula 473/STF: 1. Habilitação técnica reconhecida pela via de critérios objetivos não pode ser demuída por afirmações de índole subjetiva, contrapondo-se às avaliações vinculaçãas às disposições editalícias. A legislação de regência louva os critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório (§ 1º, art. 44, Lei 8666/93; art. 14, Lei 8987/95). 2. O processo licitatório inadmitindo a discriminação, desacolhe ato afrontoso ao princípio da isonomia, numa clara proibição do abuso de poder por fuga à vinculação ao Edital. Ato, decorrente de expressas razões recursais, desconhecendo-as para fincar-se em outras de caráter subjetivo, fere o princípio da legalidade. No caso não se compõe a discricionariedade sob os albores do interesse público, conveniência e oportunidade. 3. Segurança concedida parcialmente." (Superior Tribunal de Justiça. MS 5289/DF; Rel. Min. Milton Luiz Pereira. Julg. 24/11/1997; Pub. DJU 21/09/1998, p. 42).

¹⁰¹ BANDEIRA DE MELLO. Discricionariedade..., p. 49 passim 85.

administrativa, na qual a violação de deveres por parte dos possíveis contratantes poderá ensejar o ingresso no direito administrativo, da responsabilidade pré-contratual. È correto que a existência de responsabilidade pré-contratual da Administração não exige necessariamente a prévia licitação 102. Contudo, considerando a exigência constitucional que a estabelece como regra de conduta da Administração, e a amplitude de deveres e prerrogativas determinadas aos sujeitos por força de lei, o exame da fase licitatória, como autêntica fase pré-contratual das contratações administrativas, não afasta a proteção da confiança como mandamento a ser respeitado, do mesmo modo como enseja responsabilidade decorrente de sua violação.

Ao reconhecer essas hipóteses, não se estará avançando para além do que dispõe expressamente o ordenamento, mas apenas o reconhecimento de novas hipóteses para sua aplicação, daí porque termina por não ofender a legalidade da atuação administrativa. A rigor, trata-se antes de tudo de fomentar a eficácia de princípios constitucionais da atuação administrativa, ao mesmo tempo em que — no que diz respeito a uma das conseqüências específicas da obediência ao preceito — observa-se a cogência ao direito fundamental à indenização, igualmente expresso na Constituição da República.

¹⁰² Assim, o exemplo examinado por Judith Martins-Costa, em seu artigo já mencionado. MARTINS-COSTA. Proteção da legítima confiança..., p. 228 et seq.

NOTAS SOBRE A JUSTA INDENIZAÇÃO NA DESAPROPRIAÇÃO

Ernesto Diel, Kathia Menegol e Luís Carlos Kothe Hagemann*

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo visa a enfocar alguns aspectos materiais e processuais da desapropriação correlacionando o instituto com o princípio constitucional da justa indenização. Isto porque, como pretende este trabalho demonstrar, não se pode falar em desapropriação sem mencionar a justa indenização, que tem previsão constitucional no art. 5°, XXIV da CF/88.

Prova disso é que o Supremo Tribunal Federal vem avocando o exame da constitucionalidade das normas relacionadas à matéria, sempre sobre o enfoque da justa indenização. Como exemplo, temos a decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade (med. Liminar) no 2332 – 2, que suspendeu liminarmente determinados artigos da Medida Provisória no 2.027/02 (e suas reedições) em função de violações ao princípio da justa indenização.

É basilar dentro deste trabalho manter-se como linha mestra a busca do conceito de justa indenização, e sua aplicação dentro do processo, de modo a preservar tanto o direito do expropriado de receber efetivamente aquilo que perdeu, quanto o direito do expropriante de pagar exatamente o devido pelo imóvel desapropriado.

Neste sentido, valemo-nos do conceito utilizado por Celso Antônio Bandeira de Mello (in RDP 23/25 apud Sérgio Ferraz. A justa indenização na desapropriação. São Paulo, RT, 1978): indenização justa é aquela que, por corresponder real e efetivamente ao valor do bem expropriado, faculta ao ex-proprietário a aquisição de um outro bem perfeitamente equivalente àquele de que foi coativamente despojado, sem qualquer detrimento de natureza econômica ou financeira.

^{*} Procuradores do Estado, integrantes do Grupo Especial de Trabalho constituído pela Portaria PGE n. 232, de 05 de julho de 2002.

Da mesma maneira Whitaker (Desapropriação; Estado de São Paulo; São Paulo, 1925, p. 63): tratando-se de medida compulsória, o preço da desapropriação, para ser justo, precisa constituir indenização completa, isto é, proporcionada ao sacrifício feito. Assim, dois valores devem ser levados em conta: o da coisa e o dos danos (esta idéia está sendo desenvolvida nos estudos para a dissertação a ser apresentada para conclusão do Mestrado em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, da Procuradora do Estado Roselaine Rockenbach.)

Como podemos observar pelos conceitos acima expostos, a justa indenização somente será alcançada quando refletir o perfeito equilíbrio entre o interesse da coletividade e dos expropriados, fazendo-se uma análise particularizada caso a caso.

O jurista Fábio Konder Comparato (in Direitos e Deveres fundamentais em matéria de propriedade, apud Revista do Centro de Estudos Judiciários, vol. I, nº 03, dez/97, pp.92 a 99), ao tratar da responsabilidade pelo descumprimento dos deveres fundamentais ligados à propriedade, reforça a idéia de equilíbrio e ponderação que devem prevalecer quando se interpreta, no caso concreto, o princípio constitucional da justa indenização:

A justiça indenizatória, no caso, é obviamente uma regra de proporcionalidade, ou seja, adaptação da decisão jurídica às circunstâncias de cada caso. Ressarcir integralmente aquele que descumpre o seu dever fundamental de proprietário é proceder com manifesta injustiça, premiando o abuso.

Na linha do raciocínio antes trazido, não se pode falar em justa indenização sem mencionar, além do direito de propriedade, a sua função social, prevista na Constituição Federal.

Sobre o tema, valemo-nos novamente da lição do jurista Fábio Konder Comparato, que ao concluir seu artigo antes mencionado, assim refere:

A concepção privatista da propriedade tem levado à desconsideração da verdadeira natureza constitucional da propriedade, que é sempre um direito-meio e não um direito-fim. A propriedade não é garantida em si mesma, mas como instrumento de proteção de valores fundamentais.

Desde a fundação do constitucionalismo moderno, com a afirmação de que há direitos anteriores e superiores às leis positivas, a propriedade foi concebida como um instrumento de garantia da liberdade individual, contra a intrusão dos Poderes Públicos. As transformações do Estado contemporâneo deram à propriedade, além dessa

função, também a de servir como instrumento de realização da igualdade social e da solidariedade coletiva, perante os fracos e desamparados.

Seria indesculpável anacronismo se não se levasse em consideração essa transformação histórica para adaptar o velho instituto às suas novas finalidades.

Historicamente, tem-se uma nova fase do instituto da desapropriação à luz da jurisprudência em que se verifica que, ao contrário das épocas em que o expropriado era o grande prejudicado (por arbítrio do expropriante, por inflação galopante, etc), hoje o poder público é quem tem sido o grande prejudicado. Isso basicamente por causa dos valores milionários e, até bilionários, e irreais a que se vê obrigado a pagar por indenizações nas desapropriações.

Como consequência, uma nova tendência pode estar nascendo no Poder Judiciário no sentido de reinterpretar e rediscutir questões aparentemente consolidadas.

2 ASPECTOS MATERIAIS E PROCESSUAIS ENVOLVENDO DESAPROPRIAÇÃO

2.1 BASE LEGAL DA DESAPROPRIAÇÃO

A matéria sempre mereceu trato constitucional, estando atualmente prevista nos artigos 5°, inciso XXIV, 22, inciso II, 182 e seus parágrafos, 184 e 185.

A base legal para as desapropriações por utilidade pública é o Decreto-lei nº 3.365/41 que apresenta normas de direito material e processual sobre o tema.

Já as desapropriações por interesse social regulam-se pela Lei 4.132/62, aplicando-se a estas subsidiariamente o decreto-lei que disciplina as desapropriações por utilidade pública.

Paralelamente aos dispositivos legais que tratam do assunto a jurisprudência dos tribunais disciplinou, por intermédio de súmulas, determinadas questões interpretando e acrescentando elementos, adequando as normas legais e constitucionais ao momento histórico em que enunciadas as súmulas.

Em 1997, em função de excessos constatados nos pagamentos decorrentes de interpretações feitas pelo Poder Judiciário favoráveis aos expropriados, nas demandas judiciais expropriatórias, foi editada a Medida Provisória 1577-1, de julho de 1997, alterando substancialmente o Decreto-lei n° 3.365/41, visando à adequação destes processos ao princípio da justa indenização, numa tentativa de restabelecer o necessário equilíbrio destas relações. A referida medida vem sendo sucessivamente reeditada, estando atualmente em vigor sob o n° 2183-56.

Importante questão que se põe a partir da edição desta medida provisória está relacionada à definição de sua aplicação no tempo, estabelecendo sua aplicação a

fatos pretéritos ou apenas a situações de ocupação surgidas após sua vigência.

O Superior Tribunal de Justiça vem firmando entendimento no sentido de que as normas insculpidas na Medida Provisória não teriam aplicação aos processos em curso ou até mesmo em relação aos esbulhos praticados anteriormente à sua vigência, sob o fundamento de que sua aplicação traduziria ofensa ao instituto do direito adquirido – art. 5°, XXXVI da Constituição Federal.

Com a devida vênia ao entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça, tal fundamento não subsiste frente a uma análise mais aprofundada da matéria, uma vez que as normas que tratavam dos juros e do prazo prescricional, embora de natureza de direito material, decorriam de orientação jurisprudencial e não de regulamentação legal.

E, desta forma, insuscetível a existência de direito adquirido fundamentado em posição jurisprudencial.

Nessa linha de raciocínio, o jurista Arlindo Felipe da Cunha (Juros compensatórios na desapropriação – Revista Tributária de Finanças Públicas, volume 35, páginas 9 e seguintes), ao tratar dos juros compensatórios na desapropriação, refere:

Portanto, não sendo lei, norma jurídica em sentido estrito, mas sim, afirmação de decisões reiteradas dos tribunais, a súmula não tem força para albergar a garantia do direito adquirido. Sendo assim, a sua revogação ou revisão tem efeito imediato, com aplicação no caso em julgamento. [...]

Esta revisão tem aplicação imediata aos fatos pretéritos que ainda não foram julgados (portanto, onde inexistente a coisa julgada), visto que se na revisão efetuada pelo próprio tribunal, com base nas reiteradas decisões proferidas, o efeito é imediato, com aplicação no processo em julgamento, não tem sentido jurídico aplicar efeito diverso, pelo fato da revisão ter sido efetuada por uma norma jurídica.

Conceituando-se, portanto, o direito adquirido como todo direito que é conseqüência de um fato idôneo para gerá-lo em razão de lei vigorante ao tempo em que tal fato teve lugar, muito embora a ocasião em que ele possa vir a atuar ou a valer ainda não se tenha apresentado antes da vigência da nova norma relativa ao mesmo assunto, verifica-se, de pronto, a ausência de elementos aptos a justificar sua invocação.

Deste conceito destaca-se a necessidade de haver lei disciplinando a matéria, haja vista, como já dito, que a regulamentação de tais matérias decorria de interpretação jurisprudencial.

De outra parte, como bem referiu Maria Helena Diniz, in Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada, p. 184, ao comentar as disposições do artigo 6° da LICC: "A lei nova não poderá retroagir no que atina ao direito em si, mas poderá ser aplicada no que for concernente ao uso ou exercício desse direito, mesmo às situações já existentes antes de sua publicação."

Este o caso aqui tratado em que o exercício do direito resta atingido pela edição de lei nova modificadora, por exemplo, do prazo conferido às partes para tanto. Qualquer interpretação diversa na aplicação da lei nova na espécie consistirá em afronta à disposição do artigo 5°, inciso XXXVI, da Constituição Federal.

O Superior Tribunal de Justiça deixa de aplicar a norma jurídica (lei nova), sob o fundamento de se tratar de situação jurídica preexistente e, ainda, considerando o fato de que as disposições normativas referentes à prescrição e aos juros são de direito material.

Entretanto, deixou de considerar que a lei nova aplica-se, desde a sua promulgação, a todos os efeitos, que se verificarem no futuro, das relações jurídicas já nascidas ou ainda a nascer, nos termos do disposto no artigo $1^{\rm o}$ da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.

Tal fato não significa aplicação retroativa da lei, de direito substantivo, visto que sua aplicação ou incidência imediata apanha apenas os efeitos futuros, não aqueles já produzidos sob a vigência da lei anterior, deixando intangíveis os direitos adquiridos, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito.

Nas relações ou situações jurídicas objeto de ação judicial em curso, a aplicação imediata da lei nova — aos efeitos futuros de relações nascidas anteriormente — não tem lugar quando a relação jurídica estiver alcançada pelos efeitos da coisa julgada. Portanto, imprescindível a pendência de processo de conhecimento.

O problema do conflito de leis no tempo não é resolvido com soluções aparentemente simples, como a de que a lei substantiva não tem efeito retroativo. Na realidade, a lei dispõe para o futuro, produzindo efeitos a partir de sua vigência, não podendo atingir o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido, por expressa disposição constitucional.

No entanto, salvo disposição em contrário, a lei possui efeito imediato. Em inúmeras situações a lei nova aplica-se aos *efeitos futuros* de situações constituídas no passado, isto é, tem *aplicação no presente*, sem que isso implique retroatividade ou ofensa à garantia constitucional referida. Assim, por exemplo, as leis que modificam um determinado instituto jurídico.

É importante destacar que o novo Código Civil Brasileiro, nos seus artigos 2028 e 2029, possibilita a aplicação da lei nova aos prazos em curso segundo a normatização prevista no Código Civil anterior, desde que respeitadas as regras de transição ali expostas.

É entendimento assente no Pretório Excelso de que "se a lei nova modificar o regime jurídico de determinado instituto de direito (como é o caso do direito de propriedade, seja ela de coisa móvel ou imóvel, ou de marca), essa modificação se aplica de imediato" (RE 94.020, RTJ 104/269).

Conforme já referido, assim também ocorre em relação às normas legais que dispõem sobre juros, as quais têm incidência imediata, mesmo que se tratem de situações jurídicas em curso.

Nas questões em análise, não se pode sustentar a existência de ato jurídico perfeito, direito adquirido ou coisa julgada, por exemplo, em relação aos juros ainda não vencidos quando do início da vigência da norma que modificou a normatização acerca dos juros, disciplinados anteriormente por critério jurisprudencial. Nesse sentido, nem mesmo poder-se-ia reconhecer a existência de conflito intertemporal de leis.

O expropriado tem apenas expectativa de direito em relação aos juros, faltando o fato aquisitivo específico do direito, que transformaria a expectativa em direito adquirido. Em face disso, devem reger-se pelas normas vigentes à época da incidência própria de cada parcela, aplicando-se a lei nova a partir do início de sua vigência.

Por exemplo, com relação aos juros, já se manifestou o excelso Supremo Tribunal Federal, em sua composição plena, no julgamento do RE 135.193/RJ, sustentando esta posição, em situação análoga à presente.

Sobre a possibilidade da aplicação da Medida Provisória às ações em curso, destacamos, ainda, o seguinte julgado que analisa a questão de forma apropriada:

AGRAVO REGIMENTAL. DESAPROPRIAÇÃO. JUROS MORATÓRIOS. APLICAÇÃO DO ART. 15-B DO DECRETO-LEI N. 3.365/41. MEDIDA PROVISÓRIA N. 1.901-30. DIREITO SUPERVENIENTE.

- 1. Por força do instituto do direito superveniente, o termo inicial dos juros moratórios deve ser fixado em conformidade com a disposição contida no art. 15-B do Decreto-Lei n. 3.365/42, ainda que a ação desapropriatória haja sido proposta em data anterior à vigência da medida provisória que conferiu nova redação àquele dispositivo.
- 2. Agravo regimental provido para conhecer do agravo de instrumento e dar provimento ao recurso especial.
- (STJ, Agravo Regimental no Agravo nº 577.975, 2ª Turma, Relator Min. João Otavio Noronha, julgado em 04.05.2004)

A última Medida Provisória que tratou do assunto foi editada em agosto de 2001 (MP $\rm n^{\circ}$ 2.183-56), permanecendo em vigor enquanto não expressamente aprovada ou rejeitada pelo Congresso Nacional ou revogada através de nova medida provisória, nos termos do disposto na Emenda Constitucional $\rm n^{\circ}$ 32 de 11 de setembro de 2001.

2.2 IMISSÃO PROVISÓRIA NAS DESAPROPRIAÇÕES DIRETAS:

O legislador pátrio, quando da edição do Decreto-lei n° 3.365/45, pretendeu dar condições ao Poder Público de imediatamente concretizar um interesse que se faz prevalente e urgente, determinando, desde logo, a imissão provisória na posse do imóvel pelo expropriante, mediante os requisitos fixados no art. 15, § 1° , letras 'a' a 'd', com a redação determinada pela Lei n° 2.786/56.

Esta restrição ao direito de uso e gozo da propriedade privada, direito este protegido pela Carta Constitucional, somente se justifica pelo princípio da função social da propriedade (art. 5°, inciso XXIV Constituição Federal), fazendo prevalecer o interesse coletivo sobre o interesse individual.

Porém, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e o Superior Tribunal Justiça, em reiteradas decisões, firmaram o entendimento de que para fins de imissão provisória da posse deveria haver o respeito à justa e prévia indenização. Assim, a imissão provisória da posse somente seria possível após o depósito de valor fixado em perícia preliminar.

Este posicionamento, com o intuito de proteção ao expropriado, na prática inviabilizava a própria essência da imissão provisória na posse, que é a antecipação parcial da tutela judicial - visando a atender interesses inadiáveis de utilização imediata do bem expropriado em benefício da coletividade - indo de encontro ao dispositivo constitucional que propugna a função social da propriedade (art. 5, inciso XXIV, da CF).

Além disto a exigência de prévia avaliação judicial nas desapropriações de imóveis rurais não encontra guarida na legislação ordinária, Decreto-lei n. 3.365/41. Esta, ao contrário, fixa requisitos próprios para a imissão provisória da posse, art. 15°, § 1°, afastando, expressamente, na letra 'd', a prévia avaliação judicial do bem.

Efetivamente não há violação ao princípio da prévia e justa indenização (art. 5, inciso XXIV da CF), uma vez que a imissão de posse do imóvel expropriado apenas limita o uso e gozo do referido bem, limitação esta compensável pelo levantamento do valor equivalente a 80% (oitenta por cento) do ofertado e pela incidência dos juros compensatórios sobre eventual saldo, sendo que a transmissão da propriedade só se efetiva com o pagamento do valor fixado na sentença constitutiva. Em relação ao valor fixado em sentença é que devem ser aplicadas as regras de proteção fixadas no art. 5°, inciso XXIV da CF.

Esta é a opinião de Paulo B. de Araújo Lima, (Das Imissões Liminares na Posse dos Bens Expropriados e Seus Aspectos Constitucionais, *in* Revista de Direito da Procuradoria-Geral, vol. 16, pags. 58 e segs.), citado na obra de Roberto Mattoso Câmara Filho em "A Desapropriação por Utilidade Pública" (editora Lumen Juris, 1994, p. 298):

Paulo B. de Araújo Lima, equacionando agudamente a questão da imissão provisória de posse e da previedade da justa indenização, entende que a solução

do problema está em se entender a garantia constitucional de direito de propriedade como relativa ao conteúdo patrimonial do bem em termos de equivalência em dinheiro ou crédito, mas não como garantia dos poderes de uso e gozo do bem.

Em relação à justiça da indenização prévia, observa-se que o próprio parágrafo 1° do referido art. 15, faculta o Magistrado, diante de valores irrisórios, a fixação de um valor compatível, independente de avaliação judicial.

Hoje a questão parece solucionada, uma vez que o Supremo Tribunal Federal tem entendimento consolidado no sentido de que há compatibilidade entre o \$ 1° e suas alíneas do artigo 15 do Decreto-lei n° 3.365/41 e o princípio constitucional da justa e prévia indenização, uma vez que somente a perda da propriedade, e não a imissão provisória na posse, está protegida pelo referido dispositivo constitucional. É, inclusive, objeto da Súmula n° 652, recentemente editada.

Em conseqüência, seria defeso ao Juízo proceder à avaliação prévia para fins de imissão na posse, devendo esta se efetivar na forma do artigo 15 do Decreto-lei no 3.365/41.

2.3 LAUDO PERICIAL - CRITÉRIOS PARA AVALIAÇÃO

Considerando o princípio da justa indenização, pedra basilar de todo o processo expropriatório, o laudo pericial ganha importância na fixação do *quantum* final. Qualquer que seja a forma ou o critério adotados para a fixação do valor final da indenização, devemos ter sempre em mente este princípio.

Dentro deste enfoque tanto a doutrina como a jurisprudência estão em constante evolução buscando a fixação de critérios de avaliação que possibilitem a real indenização da área expropriada.

2.3.1. Época a ser considerada para fins de avaliação

Sobre o tema dispunha o artigo 26 do Decreto-lei nº 3.365/41, em sua redação original, que o valor da indenização seria aquele contemporâneo à declaração de utilidade pública do imóvel. Tal dispositivo sofria a crítica dos aplicadores do Direito, uma vez que, em não existindo na época previsão de correção monetária dos débitos judiciais, referido critério acabava por não refletir a justa indenização.

Veja-se que, hodiernamente, tal questão não teria a relevância que teve à época diante da correção automática dos valores resultantes de decisões judiciais.

Em função do evidente prejuízo que tal situação gerava aos expropriados foi editada a Lei nº 2.786/56 que modificou a redação do artigo 26 do Decreto-lei n. 3365/41, determinando que no valor da indenização, que será contemporâneo à avaliação, não se incluirão direitos de terceiros contra o expropriado.

A doutrina, interpretando a norma acima referida, posicionou-se no sentido de que o perito judicial deverá considerar o valor de avaliação do imóvel na data do laudo pericial, ainda que em função do decreto expropriatório o imóvel tenha sofrido uma eventual valorização geral, considerada esta como a que atinge, indistintamente, todos os imóveis de uma certa região.

Segundo este entendimento, cabe citar, a título de exemplificação, que a valorização do imóvel decorrente da construção de estrada não deve ser excluída no momento da avaliação do imóvel.

No entanto, em que pesem as respeitáveis opiniões neste sentido, tal critério não pode ser utilizado como regra geral, pois, ao contrário de preservar a justa indenização, acaba por descaracterizá-la, tornando a desapropriação um prêmio ao expropriado.

Como se vê, a delimitação da época da avaliação tem como consequência direta, a possibilidade de valorização ou de desvalorização da área em função da desapropriação, trazendo consigo, portanto, repercussão no valor da indenização.

Nesse sentido, é importante destacar que o direito à justa indenização, ditame constitucional, garantia do particular, compensação pela perda de sua propriedade, não se caracteriza quando existe uma supervalorização da indenização a ser paga pelo expropriante. Ao contrário, atribuir valor superior ao valor real do bem objeto da desapropriação é causar o enriquecimento sem causa do particular em detrimento do expropriante, violando, inclusive, o interesse público.

Humberto Theodoro Jr. (in parecer encomendado pela Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo: Embargos à Execução contra a Fazenda Pública – www.pge.sp.gov.br) ensina:

Na ordem jurídica privada nunca foi diferente. Embora redigido o Código Civil numa época de exacerbado positivismo, que conduziu seus redatores a evitar a enunciação genérica de máximas morais em seu texto, sempre se reconheceu que todo o arcabouço de nosso direito privado se apoiava, entre outros, sobre os princípios éticos da submissão aos bons costumes, de tal sorte a prevalecer, por exemplo, a nulidade do negócio jurídico de objeto imoral, e a reprimir-se o enriquecimento sem causa e qualquer forma de locupletamento indevido.

Ainda, na lição de Washington de Barros Monteiro (in Curso de Direito Civil, 4º volume, 23º edição, 1989, São Paulo, Saraiva, p.268):

O enriquecimento compreende não só o aumento originário do patrimônio do accipiens, como também todos os acréscimos e majorações supervenientes.

Urge frisar, todavia, que nem todo enriquecimento é condenado e sim, exclusivamente, o injusto, sem causa lícita ou jurídica. O enriquecimento ilícito consiste no ganho sem causa. Verifica-se ele não só quando recebemos alguma coisa <u>sem motivo justo</u> (condictio indebiti, condictio sine causa, causa data non secuta) como quando, sem causa legítima, nos libertamos de uma obrigação com dinheiro alheio.(grifo nosso)

Semelhante referência encontra-se em Silvio Rodrigues (in Direito Civil, volume II, São Paulo, Saraiva, 1995, 23° edição, p. 163): "O repúdio ao enriquecimento indevido estriba-se no princípio maior de equidade, que não permite o ganho de um, em detrimento de outro, sem uma causa que o justifique".

A vedação ao enriquecimento sem causa, em nosso ordenamento jurídico, princípio geral de direito, restou consagrado no novo Código Civil, artigo 884, nos seguintes termos: "Art. 884 – Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários."

Esta é a conseqüência quando adotada em todos os casos a data do laudo como parâmetro para a avaliação, uma vez que, em alguns casos, é fato notório a valorização dos imóveis desapropriados após a publicação dos decretos expropriatórios.

A valorização dos imóveis deve-se, em muitos casos, unicamente à especulação imobiliária em torno da instalação da obra pública e dos benefícios em infra-estrutura que, no mais das vezes, vêm a reboque. Exemplo concreto desta valorização especulativa foi a ocorrida em relação aos imóveis na área em que se instalou a montadora de veículos General Motors, em Gravataí/RS. Aqueles imóveis, então rurais, tinham um valor de mercado pouco expressivo. Com o anúncio da implantação do Complexo GM eles foram exageradamente valorizados, sem qualquer vinculação direta à obra ou a eventuais melhorias da infra-estrutura da região, o que caracteriza uma valorização eminentemente especulativa, com a qual não pode arcar o expropriante.

Não pode o desapropriante arcar com a diferença de preço do imóvel que decorre direta e unicamente da própria desapropriação. E, tampouco, nesta hipótese, estão presentes os requisitos para cobrança de contribuição de melhoria, já que se trata de obra destinada a um fim específico e não de obra pública, *lato sensu*.

O acima exposto demonstra que se deve chegar a um critério equitativo que atenda aos interesses de ambas as partes, sob pena de violação ao princípio constitucional da justa indenização. E, principalmente, deve-se analisar cada caso e suas variantes, de forma a construir, no caso concreto, a medida mais acertada para a recomposição exata do patrimônio do expropriado, sem gerar enriquecimento indevido.

A conscientização desta problemática vem trazendo, gradualmente, uma alteração na postura dos Magistrados, no que diz respeito à época que deve ser

utilizada para fixar o valor do imóvel. Destaca-se o trabalho que vem sendo realizado pelos juízes das Varas da Fazenda Pública de São Paulo, conforme mencionado na obra Ação de Desapropriação. Teoria e Prática, de Danilo Panizza Filho, páginas 193 e seguintes:

Quando da elaboração do seu trabalho pode o perito deparar com imóvel que tenha sido desvalorizado ou, ao contrário, obtido valorização a partir da emissão do ato expropriatório. Esses pontos devem ser devidamente sopesados, mas o que resta marcante é que a data da publicação do ato constritivo de direito prevalece. Assim, se na data do decreto expropriatório o imóvel possuía determinado valor, esse é o que prevalece para o fim de obtenção do montante indenizatório justo, isso porque não deve preponderar a ocorrência de fatores anteriores ou posteriores, mas simplesmente o que de fato existia na época do ato. (grifo nosso)

Estabelecido o critério da fixação do valor do bem como sendo, em regra, aquele da data do decreto expropriatório e não necessariamente aquele da data da avaliação, devemos atentar para outros fatores importantes para a fixação do *quantum* indenizatório.

2.3.2 Valor de mercado e sua relação com o valor da indenização

Em primeiro lugar, cabe tecer críticas em relação à adoção pura e simples do valor da indenização como sendo o valor de mercado do imóvel.

Isto porque se considerarmos o valor de mercado como único parâmetro para a fixação do valor da indenização, deveríamos aceitar o fator especulativo como elemento integrante da justa indenização, uma vez que inserto naquele conceito (de valor de mercado), o que, evidentemente, não pode ocorrer.

Além disso, como bem salienta Mário Roberto Velloso, na obra Desapropriação – Aspectos Civis – Editora Juarez de Oliveira – edição 2000 (p. 65) "dentro do valor de mercado do bem está inserida a denominada margem de negociação, fixada no patamar aproximado de 10%, em função de técnicas de venda por parte do mercado imobiliário que comumente superavalia o imóvel para, após as tratativas do negócio, fechar o preço dentro do patamar justo."

Dessa forma, ao adotarmos o valor de mercado, estaremos incluindo no valor da indenização, parcela indevida, já que a chamada margem de negociação não corresponde ao estrito valor do bem.

Estando, portanto, eliminado o valor de mercado como possibilidade única de fixação do valor do bem expropriado, devemos tratá-la como mais uma variante importante na fixação da justa indenização.

Além do valor de mercado, importante sejam observados pelo perito judicial, quando da elaboração do laudo pericial, outros elementos comparativos, consoante referido nos artigos 15 e 27 do Decreto-lei nº 3.365/41, tais como a estimativa dos bens para efeitos fiscais, o preço de aquisição do bem, o valor venal de bens da mesma espécie, nos últimos 5 (cinco) anos, o valor cadastral do imóvel para fins de lançamento do imposto territorial, urbano ou rural, bem como quaisquer outros que sirvam à caracterização do valor real do imóvel.

2.3.3 Valoração do remanescente e sua eventual influência no valor da indenização

Na sequência, cumpre abordar outros itens bastante frequentes quando se está analisando os elementos que devem ou não ser indenizados pelo ente expropriante.

Iniciamos com tema bastante polêmico e relacionado à valorização do remanescente e sua eventual consideração para composição do preço final da indenização.

Inicialmente, cite-se a posição doutrinária acerca do tema, representada, neste momento, pela opinião do doutrinador Mario Roberto Velloso, exposto na obra já citada <u>Desapropriação – Aspectos Cíveis</u>; editor Juarez de Oliveira, pag. 83:

Para melhor situar o problema, a Doutrina mais moderna primeiramente divide a valorização em imediata e especial (diretamente relacionada ao imóvel do expropriado, individualmente considerado) e geral (atinge indistintamente todos os moradores das proximidades da obra pública). Conforme se trata de um tipo ou de outro de valorização, as soluções serão diversas.

Se a valorização trouxe um aumento do valor patrimonial do remanescente individualmente considerado, significa dizer que a desapropriação só beneficiou um único imóvel, ou, se vários, facilmente identificáveis como beneficiados. Neste caso, prevalece a posição originária de Sílvio Rodrigues: a valorização experimentada deve ser abatida proporcionalmente na indenização.

Mas regra geral não é o que ocorre, pois as obras públicas acabam valorizando toda a região circunjacente, e se todos são beneficiados não seria justo que somente os donos de imóveis desapropriados pagassem pela valorização. Assim, se a desapropriação beneficia e valoriza toda uma zona, este acréscimo patrimonial não é abatido para efeito do cômputo das indenizações, ressalvando-se

nessa hipótese a possibilidade de o Poder Público cobrar contribuição de melhoria, não apenas dos desapropriados, mas de todos os munícipes daquela zona incrementada pela obra ou pelo serviço público.

Nessa esteira de entendimento da Doutrina lembramos a posição de Pontes de Miranda e colhemos a seguinte lição de Hely Lopes Meirelles:

"A valorização da área remanescente, em razão da desapropriação, não é compensável para reduzir o montante devido ao expropriado, visto que a mais valia resultante de obra pública só pode ser objeto de contribuição de melhoria. (...)" (grifo nosso)

Como se verifica da parte acima grifada, há entendimentos no sentido de que caberia a cobrança de contribuição de melhoria em decorrência da valorização do remanescente (o que, por conseqüência, impediria a sua compensação no pagamento da indenização).

Todavia, a propósito da cobrança da contribuição de melhoria existem algumas questões a tratar. Inicialmente, de ver-se considerações da doutrina a seu respeito (in <u>Direito Tributário Brasileiro</u>, Luciano Amaro, São Paulo, Saraiva, 1999, 4ª ed., p. 48):

O fundamento da contribuição de melhoria, comum às taxas, está em que a atuação estatal que possa ser referível a um indivíduo, ou a um grupo de indivíduos, deve ser financiada por tributos específicos, exigidos desses indivíduos, e não pelos tributos (impostos) arrecadados junto a toda a coletividade. Antônio Roberto Sampaio Dória realça as virtudes dessa espécie tributária, que evita 'o locupletamento injustificado de proprietários favorecidos por obras (pública)'.

Considerando o fundamento desta modalidade de tributo, seria possível sua cobrança nos casos em exame. No entanto, esta cobrança da contribuição de melhoria tem também certa mitigação, esbarrando no seguinte (Kiyoshi Harada, <u>Mais-valia na desapropriação</u>, in RDP 45/46: 108-113, 1978):

A contribuição de melhoria, como tributo que é, só pode ser instituída pela lei do ente político tributante. Enquanto não instituída por lei própria, a contribuição de melhoria não é devida.

Ora, nem todos os municípios brasileiros instituíram o referido tributo, em razão da complexidade de sua cobrança, a começar pela dificuldade em delimitar, previamente, a área de influência da obra pública projetada. Assim, a tese da incorporação da mais-valia ao valor da indenização e posterior cobrança da contribuição de melhoria não é aplicável genericamente, a não ser que se entenda como compulsório o efetivo exercício da competência tributária outorgada pela Constituição Federal, o que não é admissível.

Como se vê, é necessário que o ente público exerça sua competência tributária. Nesse sentido, Roque Antonio Carrazza, in <u>Curso de Direito Constitucional Tributário</u> refere que:

Anotamos que, se, porventura, a União, os Estados, os Municípios ou o Distrito Federal vierem a celebrar convênios para a execução de seus serviços, para a prática de seus atos de política ou para a realização de suas obras públicas, nem assim suas competências administrativas se deslocam. É que a competência administrativa, a exemplo das demais competências, é privativa e indelegável, pouco importando se sua execução material foi levada a cabo pela própria pessoa política que a possui ou por terceiros (outras pessoas políticas, autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas, empresas particulares, etc.). Por este motivo, a competência tributária para criar e cobrar taxas ou contribuição de melhoria remanesce inalterada mesmo nesta hipótese.

Por outro lado, quando em virtude da desapropriação houver depreciação do remanescente, a doutrina, interpretando dispositivos da legislação vigente, entende presente elemento a ser computado na indenização, aumentando-se seu preço, sob pena de haver diminuição no patrimônio do expropriado.

A questão está disciplinada no artigo 37 do Decreto-lei n. 3.365/41, ao mencionar que "aquele cujo bem for prejudicado extraordinariamente em sua destinação econômica pela desapropriação de áreas contíguas terá direito a reclamar perdas e danos do expropriante", e também no próprio artigo 27 do mesmo diploma legal.

Novamente, valemo-nos das palavras do jurista Danilo P. Filho (obra citada):

(...)

Ao reverso, se houver depreciação do remanescente, este decréscimo sempre será computado na indenização, aumentando-se seu preço. Não se trata de dois pesos e duas medidas, pois com a desvalorização não só os desapropriados, mas todos os prejudicados podem ajuizar ação autônoma visando compor seu prejuízo. Desta forma, o cômputo da depreciação na indenização a que o expropriado faria jus. Obviamente, a prova deve indicar nesse sentido. (grifo nosso)

Denota-se contradição nas posições adotadas pela doutrina já que frente a situações similares adota posicionamentos conflitantes, na medida que admite, de forma correta, a indenização nos casos de depreciação da área remanescente e, ao mesmo tempo, permite que o expropriado se beneficie com a valorização do remanescente, sem que haja qualquer compensação com o preço final do imóvel expropriado.

Ou seja, havendo área remanescente, o expropriado se beneficia dos resultados positivos advindos da obra pública e, além disso, tem a área expropriada superavaliada, em razão da mesma premissa (obra pública).

Em conclusão, é interessante que, se não for possível elaborar a avaliação judicial do bem considerando-se o valor à época da edição do ato expropriatório, pode ser buscada a redução da indenização em função da valorização da área remanescente decorrente da obra pública, conforme as circunstâncias.

Por fim, quando a área remanescente do imóvel expropriado, em virtude da desapropriação, tornar-se inaproveitável pode o expropriado invocar o direito de extensão, consoante previsto no Decreto Federal n. 4953/1903 ou receber indenização também em função desta condição.

Igualmente, com relação a este aspecto, destaca-se o entendimento esposado pelo Dr. Danilo Panizza Filho, na obra <u>Ação de Desapropriação</u>. <u>Teoria e Prática</u>:

O atingimento de parte do imóvel, deixando remanescente determinada área dele, é também fator a ser sopesado pelo vistor. Nesse ponto, analisará a aproveitabilidade ou não do que remanesce, bem como deverá estabelecer valor indenizatório com a devida compensação dos encargos que serão despendidos em decorrência do ato desapropriatório. É de conveniência que, em caso de remanescer área que não atinja o mínimo previsto nas normas urbanísticas para o local, elabore duas opções em seu laudo, uma no sentido de a desapropriação

resultar em abrangência total da área e outra referente à parcial, justificando os encargos que serão necessários para a aproveitabilidade do remanescente, possibilitando o pertinente subsídio a ser adotado pelo julgador entre uma e outra.

2.4 PRESCRIÇÃO

Tema de grande relevância e discussão na doutrina e jurisprudência é a prescrição do direito de ajuizamento de ações de indenizações decorrentes das denominadas desapropriações indiretas.

A tese da prescrição qüinqüenal nas desapropriações indiretas, com base nas disposições do Decreto nº 20.910, de 06 de janeiro de 1932, foi sepultada por reiteradas decisões dos Tribunais Superiores que, entendendo estar-se diante de direito real, reconheceram o prazo de prescrição para indenização por desapropriação indireta como sendo de 20 anos – Súmula 119 do STJ.

Tratando-se de direito real deve ser utilizado o prazo necessário à concretização da prescrição aquisitiva do usucapião extraordinário.

Neste sentido, José Carlos de Moraes Salles, assim preceitua: "Desapropriação indireta é ação real (RSTJ 63/209). Como tal não é atingida pela prescrição extintiva, só sendo alcançada pela prescrição aquisitiva (usucapião). Neste sentido, é torrencial a jurisprudência".

No entanto, cumpre-nos tecer considerações em sentido contrário, buscando uma maior reflexão sobre o tema.

Inicialmente, de dizer-se que também é respeitável o entendimento em contrário, no sentido de tratar-se a desapropriação indireta de uma ação indenizatória de cunho condenatório, que visa ao ressarcimento pela perda da propriedade.

O direito real é um direito absoluto, oponível contra todos, e que permite ao seu titular reivindicar a coisa onde quer que se encontre. Considerando que o desapropriado não pode reivindicar a coisa ao Poder Público, afastada a possibilidade da demanda movida ter cunho de direito real.

Além disso, os direitos reais não se convertem em perdas e danos. Ora, não sendo possível o exercício do direito real e, sendo obrigada a parte a buscar o ressarcimento pecuniário decorrente da perda experimentada, não haveria como manter, dentro da única ação que é dada ao desapropriado, a natureza de direito real.

Portanto, sob esse enfoque, não haveria como afastar a exclusiva natureza obrigacional do objeto da demanda, comumente chamada de desapropriação indireta, já que busca, simplesmente a obtenção de indenização em face da afetação do bem. E em sendo de natureza obrigacional, necessariamente se imporia a aplicação do prazo prescricional de cinco anos estabelecido pelo Decreto 20.910/32.

Recentemente, por intermédio de Medida Provisória nº 1577-5, de 30 de outubro

de 1997, e suas posteriores reedições, ocorreu nova regulamentação do tema, determinando a norma a extinção em cinco anos do direito de propor ação de indenização por apossamento administrativo ou desapropriação indireta, bem como ação que vise a indenização por restrições decorrentes de ato do Poder Público.

O referido dispositivo legal foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn 2.260) havendo decisão liminar suspendendo, no parágrafo único do art. 10 do Decreto-lei nº 3.365/41, com a redação dada pela Medida Provisória supra citada, a expressão "ação de indenização por apossamento administrativo ou desapropriação indireta".

A decisão, datada de 14.02.2001, tem como fundamento o fato de que a prescrição criada pela medida provisória feriria a garantia constitucional da prévia e justa indenização.

Segundo esta decisão, o caráter real da ação de desapropriação indireta determina que o prazo prescricional somente pode ser alterado com a criação de uma nova modalidade de prescrição aquisitiva, já que, não se tratando de direito pessoal, não se pode falar em prescrição extintiva e sim aquisitiva (usucapião).

Em função desta decisão, a partir da Medida Provisória nº 2.109-49, de 23.02.01, houve alteração da redação desse dispositivo legal, com a exclusão da expressão "ação de indenização por apossamento administrativo ou desapropriação indireta", restando apenas a prescrição em cinco anos do direito de propor ação que vise a indenização por restrições decorrentes de atos do Poder Público.

No entanto, a nova redação do parágrafo único do art. 10 do Decreto-lei n° 3.365/41, com a redação dada pela MP $n^{\circ}2.109\text{-}49, \ de 23.02.01, contém uma contradição na medida que as desapropriações indiretas estão englobadas dentro do gênero restrições decorrentes de atos do Poder Público.$

É assente na doutrina que as restrições administrativas abarcam tanto as desapropriações (diretas e indiretas) como as limitações e servidões administrativas.

Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (in <u>Direito Administrativo</u>, 10^a ed., São Paulo, Atlas, 1998, p. 101-102) diz que

hoje, no direito brasileiro, podem ser indicadas as seguintes modalidades de restrição do Estado sobre a propriedade privada, cada qual afetando de modo diverso o direito de propriedade: as limitações administrativas, a ocupação temporária, o tombamento, a requisição, a servidão administrativa, a desapropriação e o parcelamento e edificação compulsórios.

Assim, mesmo com a contradição apontada, em função da decisão cautelar antes referida, e, enquanto não julgado definitivamente o mérito da ADIn, resta prejudicada discussão sobre o prazo prescricional, aplicando-se na espécie o prazo vintenário previsto no Código Civil de 1916, artigo 550 (Súmula 119 do STJ). No entanto, há que se atentar que, a partir da vigência do novo Código Civil, o prazo

prescricional foi reduzido para 15 (quinze) ou 10 (dez) anos, conforme disposto no artigo 1.238, respeitadas as regras de transição dos artigos 2.028 e seguintes.

Importante reiterar que, na hipótese de o Supremo Tribunal Federal decidir, quando do julgamento de mérito da Adin nº 2260, pela constitucionalidade do prazo prescricional de cinco anos, este terá como termo inicial a data da vigência da primeira medida provisória que tratou do assunto (outubro/97 – MP nº 1577-5) ou a data do desapossamento, se posterior a esta data, uma vez que não podemos dar efeito retroativo à referida medida.

Por fim, destacamos que, nos termos da Súmula 150 do Supremo Tribunal Federal, as execuções prescrevem no mesmo prazo das respectivas ações.

2.5 JUROS

Tema de grande complexidade em relação à matéria objeto deste trabalho diz respeito à incidência dos juros, tanto compensatórios como moratórios, suas bases de cálculo, termo *a quo*, e demais questões correlatas.

2.5.1 Breve histórico jurisprudencial

Antes de adentrarmos na análise do posicionamento mais recente da jurisprudência e doutrina acerca do tema, cumpre-nos trazer a conhecimento breve resenha histórica acerca do instituto aqui tratado, como forma de estabelecer a origem dos juros dentro do processo de desapropriação e as variantes que influíram em sua atual configuração.

Em acórdão (Recurso Extraordinário nº 90.656-8), em que praticamente todos os membros da Suprema Corte manifestaram sua posição, restou enfatizado o desenvolvimento histórico dos juros e sua incidência no processo desapropriatório. Passa-se a reproduzir trechos dos referidos votos:

Senhor Ministro MOREIRA ALVES:

É velha a distinção entre juros compensatórios e juros moratórios. Assim a faz LACERDA DE ALMEIDA (<u>Obrigações</u>, 2^a. Ed., § 43, págs. 176/177, Tipografia, Revista dos Tribunais, Rio de Janeiro, 1916):

'Os juros são, portanto, uma compensação que aufere o credor pela privação em que fica e também pelo risco que corre com o empréstimo de seu capital: sob este aspecto pode-se dizer que os juros de qualquer espécie são compensatórios.

Mas pode também acontecer que os juros não representem essa compensação, mas antes constituam sob uma forma precisa e fixa o equivalente legal das perdas e danos que nas dívidas de dinheiro ou coisa fungível podem resultar da mora no cumprimento da obrigação: chamamse então moratórios.'

Por isso mesmo, o próprio LACERDA DE ALMEIDA, em comentários ao artigo 1.061 do Código Civil (<u>Dos Efeitos das Obrigações</u> – arts. 928 a 1.078 -, pág. 358, Liv. Ed. Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1934), acentua:

'Por tudo isto se vê que duas espécies de juros conhecem-se em Direito, os <u>compensatórios</u>, que são a renda de dinheiro (Código, art. 1.262) e os juros <u>moratórios</u>, que são os de que se trata o art. 1.061 do Capítulo anterior e os que constituem matéria dos arts. 1.062, 1.063 e 1,064 que formam o Capítulo XV que passamos a comentar'.

Como se vê, os juros têm sempre um único fundamento (a privação do uso de elemento que integra o patrimônio de alguém), e, em razão desse fundamento, eles são sempre compensatórios. Ocorre, porém, que essa privação pode ser lícita e ilícita. Quando ela é somente lícita (caso de mútuo, em que o mutuário restitui o capital no prazo estabelecido no contrato), os juros pela privação do uso do capital se denominam compensatórios. Quando ela é somente ilícita (caso de indenização por ato ilícito absoluto), os juros pela privação do uso da coisa se denominam moratórios (a mora começa a correr do momento em que o ato ilícito é praticado). E pode suceder que a privação do uso da coisa comece licitamente e passe a ser ilícita (caso de mútuo, em que o mutuário não restitui o capital no prazo estabelecido no contrato): pela mesma privação (a do uso do capital), os juros são denominados compensatórios (até o momento em que o mutuário não se acha em mora), e passam a denominar-se moratórios, a partir do instante em que o mutuário é constituído em mora.

Em matéria de desapropriação, a perda da propriedade só ocorre com o efetivo pagamento da indenização, consoante estabelece o artigo 29 do decretolei 3.365/42: "Efetuado o pagamento ou a consignação, expedir-se-á em favor do expropriante mandado de imissão de posse, valendo a sentença como título hábil para a transcrição do registro de imóveis".

Portanto, se não houver, <u>initio litis</u>, a imissão provisória na posse, em favor do Poder Público, permanecendo com ela o proprietário, este, quando, com o pagamento efetivo da quantia resultante da desapropriação perder a posse e a propriedade, terá, evidentemente, direito apenas a essa importância, independentemente de juros, uma vez que, a esse título, nada há que compensar.

Sucede, porém, que, as mais das vezes, ocorre a imissão provisória da posse, no início da lide, e, com ela, o expropriado, que continua a ser proprietário até o pagamento, afinal, do valor da desapropriação, tem, desde essa imissão, a perda do uso da coisa que continua a ser sua, sem estar, contudo, na sua posse direta. O Poder Público lhe deve, portanto, pagar, além do preço devido pela perda da propriedade da coisa, uma compensação pela perda da posse da coisa. Essa compensação tradicionalmente se considera como juros, porque, para imissão provisória na posse, o Poder Público tem de depositar a quantia arbitrada, conforme o caso, na forma do artigo 15 do Decreto-lei 3365/41, ou dos artigos 1° e 2° do Decreto-lei 1075/70.

Essa quantia representa o valor provisório da indenização, e o expropriado pode levantar até 80% dela. Em rigor, esses juros devidos pela compensação da perda do uso da cousa sem que, ainda, tenha sido efetuado o pagamento de todo o valor real da indenização, não são moratórios, pois a mora (que é o pressuposto necessário de juros dessa natureza) só ocorre quando há ato ilícito absoluto ou relativo, hipóteses que não se verificam quando o Poder Público se vale do direito de desapropriar.

[...]"

VOTO: Senhor Ministro DÉCIO MIRANDA

"... Para contornar os efeitos da tal mora, que deixava sem pagamento de juros um largo período – desde a imissão de posse do expropriante, até o trânsito em julgado da sentença – a jurisprudência, inspirada na lição de Lacerda de Almeida, passou a admitir o pagamento de juros ao expropriado antes do trânsito em julgado da sentença. Não podendo fazê-lo a título de juros moratórios, porque estes, por lei, correriam a partir do trânsito em julgado da sentença, a jurisprudência criou a figura dos juros compensatórios nas desapropriações, os quais precederiam aos moratórios e correriam a partir do momento em que o expropriado perde o uso da coisa pela antecipada imissão de posse, até o trânsito em julgado da sentença, quando começaria a incidir a outra espécie de juros. E, por largos anos, foi esta jurisprudência tranquila do Supremo Tribunal Federal.

O problema voltou à cogitação e ao debate, porque, ultimamente, inclinou-se o Supremo Tribunal Federal, por distinguir, entre as duas espécies de juros, a respectiva taxa. Enquanto a taxa era de 6% ao ano, idêntica para uma e outra espécie, pouco interessava o período pelo qual se contavam juros compensatórios e a fase subseqüente em que corriam juros moratórios. Surgindo, porém, a diferenciação da taxa, o problema reviveu, renasceu.

[...]

Surge ainda, o problema da diferença de taxas. Reiteradamente, tenho afirmado que não pode haver diferença de taxa, entre juros compensatórios e juros moratórios. Se, como recordei, os juros compensatórios foram um substituto proporcionado pela jurisprudência à falta completa de juros, que não eram contados senão a partir do trânsito em julgado da sentença, como admitir que esse substituto, que se deu em razão do nada que antes se dava, deva ser o dobro daquilo que não se concedia?

Na verdade, o que a jurisprudência passou a reconhecer seria a mesma espécie de juros, que se denominou de modo diferente, para obviar a generalidade da regra obstativa de sua contagem anterior ao trânsito em julgado.

Creio, portanto, que as duas taxas são idênticas, 6% num caso e noutro.

[...]

Outro ponto – uma consideração de ordem financeira – é o de que, geralmente, as aplicações de capital dos particulares se fazem, no mercado oficial, pelos juros máximos de 6%. É o juro da caderneta de poupança, que o Estado paga aos pequenos, aos hipossuficientes, que reservam pequena parcela do seu salário para segurança de dias futuros. Aos proprietários, que não têm tantas angústias, é que se vai permitir esse depósito privilegiado em mãos do Estado, a render 12% por juros compensatórios?

[...]

O que há é apenas a substituição, no processo de desapropriação, do uso e gozo da propriedade, pelos equivalentes frutos do dinheiro. Tanto faz que a substituição ocorra num momento ou em outro.

A privação do dinheiro que substitui a propriedade é eqüivalente à privação desta.

Também na doutrina encontramos manifestações neste sentido. Cite-se Kiyoshi Harada (obra citada) que, ao comentar a evolução histórica dos juros, menciona que o Decreto nº 22.785, de 31.05.33 previa a incidência de juros moratórios apenas a partir do trânsito em julgado. Considerando esta situação de injustiça ao particular despojado de sua propriedade sem regular processo expropriatório, a jurisprudência, na chamada desapropriação indireta, passou a conceder, desde o apossamento administrativo, os juros que denominou de compensatórios como forma de contornar a expressa proibição legal.

Em interessante manifestação, o Ministro José Delgado, ao proferir seu voto

no Recurso Especial nº 228.481, faz análise detalhada acerca do conceito dos juros e suas origens históricas:

A respeito, salutar conferir-se, primeiramente, os pronunciamentos que a doutrina pátria tece acerca dos "juros". Segundo Carvalho de Mendonça (citado por J. M. Carvalho Santos, in Código Civil Brasileiro Interpretado, Direito das Obrigações, vol. XIV, 11ª ed., p. 275) "denomina-se juro o proveito tirado dum capital emprestado. Os juros representam a prestação devida ao credor como compensação ou indenização pela temporária privação, ou pelo uso de uma quantidade de coisas fungíveis, chamada principal, e pelo risco de reembolso desta".

Silvio Rodrigues, em seu curso de Direito Civil, Parte Geral das Obrigações, vol. II,19ª ed., pag. 989, ensina que "juro é o preço do uso do capital. Vale dizer, é o fruto produzido pelo dinheiro, pois é como fruto civil que a doutrina o define. Ele a um tempo remunera o credor por ficar privado de seu capital e paga-lhe o risco em que incorre de o não receber de volta. Distingue-se os juros em compensatórios e moratórios. Quando compensatórios, os juros são os frutos do capital empregado e nesse sentido é que melhor assenta o conceito acima formulado. Quando moratórios, constituem indenização pelo prejuízo resultante do retardamento culposo (cf. Clóvis Bevilaqua, ob. cit., obs. ao art. 1.062)".

Fábio Henriqe Podestá (Direito das Obrigações, Teoria Geral e Responsabilidade Civil, SP, Atlas, 1997, p. 155) afirma: "Na expressão de Silvio Rodrigues, o juro, a um só tempo, remunera o credor por ficar privado de seu capital e paga-lhe o risco em que incorre de não o receber de volta". Sob a perspectiva da etiologia, os juros dividemse em compensatórios e moratórios. Os primeiros são frutos normais, provenientes do contrato, da lei ou da sentença que impõe a prestação pecuniária. Destinam-se a ressarcir o dono do capital. (...) Os juros compensatórios são geralmente convencionais, estipulados contratualmente por livre disposição das partes (cf. art. 1.262). Podem ser legais ou convencionais, Os legais, devidos por força de lei, são taxativos, expressamente previstos, como no caso

dos arts. 1.303, 1.311 e 1.339".

Para Álvaro Villaça Azevedo (Curso de Direito Civil, Teoria Geral das Obrigações, 7ª ed., RT, 1997) há "duas espécies de juros: compensatórios e moratórios. Os primeiros são devidos como compensação pelo uso do capital de outrem, os segundos pela mora, pelo atraso, em sua devolução. Os juros compensatórios são previstos no contrato. As partes os fixam, estabelecendo os limites de seu proveito, enquanto durar essa convenção. Se os não fixarem, sua taxa será a que consta da lei, se convencionados. Assim, temos certo que os juros compensatórios resultam de uma utilização consentida de capital alheio. As partes, aqui, combinam os juros pelo prazo do contrato".

Na visão de Wandelery Sebastião Fernandes (Ação de Desapropriação, Teoria e Prática; Ed. Saraiva, 1999, p. 228/229), os juros compensatórios visam "reparar o lucro cessante causado pela perda da posse do imóvel para o expropriante, isto é, a compensação pela utilização do bem alheio antes da justa indenização, enquanto, como acima exposto, os moratórios têm por finalidade penalizar a demora no cumprimento da obrigação de indenizar".

Conforme visto, os juros compensatórios, de antiga criação pretoriana, são referentes a tudo aquilo que se deixou de ganhar em decorrência de um ato. Foram inseridos num momento próprio, com alta inflação a assolar o País, onde a alta instabilidade da moeda expressava em valores cada vez mais altos as mesmas utilidades essenciais.

Como visto, pela análise histórica da criação pretoriana dos juros compensatórios, resta demonstrada a natureza jurídica de verba acessória destes, ainda que sua finalidade seja equivalente à de lucros cessantes.

Ultrapassados os argumentos de origem e definição dos juros, valemo-nos das palavras do Ministro Ary Pargendler, proferidas por ocasião do voto no Recurso Especial nº 92.048 – STJ, como forma de situar hodiernamente, a partir da evolução histórica, a posição cabível em relação ao conceito de justa indenização, considerados os fatores econômicos vigentes em cada época:

Bastaria - está dito no acórdão recorrido - a

referência do embargante à Súmula n° 102 do E. Superior Tribunal de Justiça ("A incidência dos juros moratórios sobre os juros compensatórios, nas ações expropriatórias, não constitui anatocismo vedado em lei"), para sugerir o recebimento.

Contudo, enquanto não se atribuir às súmulas o efeito vinculante, com o qual concordo, contrariamente a respeitáveis opiniões, sentir-me-ei liberado para defender meu ponto de vista sobre os juros compensatórios.

Como destacou o des. Salles Penteado, no voto que proferiu na Apelação Cível n° 175.852, "não foi a jurisprudência que criou os juros compensatórios: o Código Civil os prevê como rendimento, admitido de capital mutuado, desde que por cláusula expressa (artigo 1.262). A jurisprudência o que fez foi estendê-los, fora do campo contratual, à desapropriação, computando-os desde a ocupação".

O Supremo Tribunal Federal tinha bons motivos para adotar essa orientação, visando ressarcir o prejuízo do expropriado pela perda antecipada da posse e da renda correspondente, numa época em que não havia a incidência da correção monetária plena.

Inicialmente destinados a imóveis com exploração ou aproveitamento econômico, passaram, depois, a ser deferidos indistintamente, em quaisquer hipóteses, pouco importando aquele requisito, apoiada a jurisprudência na potencialidade do prejuízo.

Concedidos nas desapropriações indiretas, a partir do laudo, e, nas diretas, desde a ocupação, com correção retroativa desde a avaliação, foram, pela evolução da jurisprudência, reconhecidos a partir da ocupação, sobre o valor corrigido da indenização, à taxa de 12%. E da cumulação, ou seja, da contagem paralela com os juros moratórios, sem superposição, passaram ao critério da Súmula nº 102 do E. Superior Tribunal de Justiça, figurando na base de cálculo dos moratórios porque não estaria caracterizado o anatocismo (contagem ou cobrança de juros sobre juros), a despeito de entendimentos

contrários no próprio tribunal incumbido de uniformizar matéria infraconstitucional.

Interessante que, na contramão dessa tendência favorável ao expropriado, acabei concluindo, após oito anos de assento na Segunda Seção do Tribunal de Justiça, que os juros compensatórios, como deferidos, vinham e vêm supervalorizando as indenizações em detrimento do povo que, no final, é quem paga a conta. Supervalorização que não mais se justifica, nem mesmo a pretexto na demora do pagamento, porque atualmente se tem a correção monetária plena, até com aplicação de índices extra-oficiais, baseada no princípio da justa indenização (também contra o meu voto).

Já se disse que a divergência explica o colegiado, sua verdadeira essência , sem a qual não teria razão de existir. Por isso, permito-me discordar da orientação do Superior Tribunal de Justiça, na linha de decisões proferidas por aquela Corte e até mencionadas em outros precedentes.

A propósito, lembro a que foi proferida pelo mesmo Superior Tribunal de Justiça, nos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 24.493-2/5, Relator o Ministro Humberto Gomes de Barros, quando se declarou que "ressalvada a diferença etiológica, os juros compensatórios e moratórios têm igual natureza".

Se têm igual natureza e se podem ficar abaixo ou acima da taxa legal (artigo1.062 ou CC), com ou sem capitalização, desde que, por cláusula expressa (artigo 1.262), não há razão para que, somados aos juros moratórios, superem o limite de 12% em flagrante violação ao disposto no Decreto nº 22.626/33 (denominada Lei da Usura) e no artigo 1.062 do Código Civil e ao espírito do artigo 192, § 3°, da Constituição Federal de 1988.

E se tais juros, contados simultânea e paralelamente, sem superposição, não podem superar o limite de 12%, com mais forte motivo não devem os compensatórios figurar na base de cálculo dos moratórios, sob pena de se permitir o que a lei não permite" (fls. 461/464).

Essas judiciosas considerações do eminente Desembargador Laerte Nordi, resultado de muito estudo e vasta experiência, terão eco, com o passar do tempo, no Superior Tribunal de Justiça. Até porque, agora já estabilizada a moeda, a carga dos juros pode ser mais facilmente percebida.

O voto acima reproduzido traduz com perfeição a adequação do princípio da justa indenização, que há de ser entendido como princípio balizador das decisões proferidas pelos tribunais nacionais, tanto em respeito ao direito do expropriado, como em respeito ao direito do ente expropriante de ver-se condenado ao pagamento de quantia que represente a justa indenização, sem representar para o credor uma fonte de enriquecimento sem causa.

Da mesma forma, dá a conhecer que o conceito de justa indenização orienta a jurisprudência de modo a adequar o valor da indenização e a incidência dos consectários ao momento histórico vivenciado.

2.5.2 Breve distinção entre juros moratórios e compensatórios para efeitos da caracterização de incidência simultânea ou de anatocismo

Conforme podemos verificar pela brilhante explanação do Ministro Ary Pargendler, acima, o direcionamento jurisprudencial da incidência dos juros compensatórios, além dos moratórios, nas desapropriações decorreu de diversos fatores bem identificados, entre os quais se destacam o abuso da Administração Pública em ofertar valores ínfimos, em deixar de ajuizar a devida ação de desapropriação direta, tornando a denominada desapropriação indireta uma forma corriqueira de apossamento dos bens particulares. Somando-se a isso, temos um aumento do processo inflacionário que corroía as indenizações frente à ausência de correção monetária plena, especialmente até um ano após a data do laudo.

Tais fatores geravam indenizações em valores diminutos, com ofensa ao princípio da justa indenização. Em função disso, a jurisprudência estendeu aos processos desapropriatórios a figura dos juros compensatórios, presente nas relações contratuais.

Desta forma, além do valor principal, corrigido monetariamente, consolidouse na doutrina, na jurisprudência e, atualmente, também na lei (Medida provisória n. 1577-1/97) a inclusão dos juros compensatórios e moratórios e sua incidência simultânea.

Os juros moratórios são devidos pelo atraso no cumprimento da obrigação. Já os juros compensatórios funcionam como remuneração pela impossibilidade de utilização econômica da coisa. Nas desapropriações funcionam como uma compensação pela ausência da utilização do bem decorrente da imissão provisória na posse (desapropriação direta) ou pelo simples desapossamento (desapropriação indireta).

Em que pese a distinção etimológica entre os juros compensatórios e os juros moratórios, entendemos que possuem a mesma natureza jurídica, qual seja, verba acessória do principal que remunera a indisponibilidade da utilização do bem ou equivalente em dinheiro durante um certo período de tempo.

A posição defendida no parágrafo anterior era aquela adotada pelo Supremo Tribunal Federal enquanto tribunal guardião das normas infraconstitucionais.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e a transferência desta atribuição para o Superior Tribunal de Justiça, a matéria recebeu tratamento diferenciado. O Superior Tribunal de Justiça passou a entender que os juros compensatórios nas desapropriações possuem natureza jurídica diversa daquela referida pela legislação civil, ou seja, configurando-se como verba principal e não acessória.

Esta distinção quanto à natureza jurídica dos juros compensatórios, que num primeiro momento poderia parecer mero academicismo, sem qualquer relevância, apresenta-se de vital importância quando tratarmos das questões da cumulação dos juros. É que, se entendermos que os juros compensatórios são verbas acessórias e que possuem a mesma natureza jurídica dos juros moratórios, a contagem dos juros moratórios sobre o principal, acrescido dos juros compensatórios, constitui-se em capitalização de juros, vedada pelo ordenamento jurídico (Lei de Usura – artigo 4° e Súmula 121 do STF).

No entanto, se entendermos que o juro compensatório é verba principal, a contagem dos juros moratórios sobre o principal, acrescido dos juros compensatórios, não constituiria anatocismo (Súmula 102 do STJ), justamente porque não configurada a incidência de juro sobre juro.

Efetivamente, talvez a questão mais polêmica a se abordar na desapropriação seja a possibilidade da incidência simultânea e/ou cumulada dos juros compensatórios e moratórios.

No ordenamento jurídico pátrio a posição que prevaleceu até os primeiros anos da década de noventa, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, era no sentido da possibilidade de incidência simultânea dos juros compensatórios e moratórios, vedada, no entanto, a superposição de um sobre o outro (capitalização).

Tais decisões tinham como fundamento a conceituação dos juros compensatórios como verba acessória do principal, porquanto, ainda que apresentando alguma distinção em relação à origem, as duas espécies de juros têm idêntica natureza jurídica.

Nas precisas palavras do Ministro Gomes de Barros, "juros são frutos do capital (...)

Sob a perspectiva da etiologia os juros dividem-se em compensatórios e moratórios.

Compensatórios são os frutos normais, provenientes do contrato, da lei ou da sentença. Eles se

destinam a ressarcir o dono do capital. Moratórios são aqueles juros provenientes da mora – do atraso culposo do devedor em cumprir sua obrigação.

Os juros moratórios, além de remunerarem o capitalista, pelas agruras da impontualidade, guardam certo conteúdo de pena, incide sobre o devedor inadimplente.

Em homenagem a esta diferença, "são cumuláveis juros compensatórios e moratórios" (Súmula n $^{\circ}$ 12 do STJ).

Ressalvada a diferença de origem, as duas espécies de juros têm idêntica natureza: são produtos do capital.

Merecem, pois, idêntico tratamento.

Tal como os frutos em relação à árvore, os juros desprendem-se do capital, ganhando existência própria.

Por isto, o anatocismo (a capitalização do juros) é proibido.

O Art. 4° da Lei de Usura (Decreto n° 22.626, de 7.4.33) é peremptório, quando afirma:

"É proibido contar juros dos juros; esta proibição não compreende a cumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente de ano a ano".

A vedação atinge todos os juros, sem fazer diferença entre as duas espécies."

O teor da manifestação suso reproduzida demonstra de forma cabal que, tratando-se os juros compensatórios e os juros moratórios de institutos com idêntica natureza jurídica, é vedada a capitalização dos mesmos, entendida esta como a incidência de juros sobre juros, sejam eles de mesma espécie (moratórios sobre moratórios; compensatórios sobre compensatórios), ou não (moratórios sobre compensatórios).

Como observamos, para o Supremo Tribunal Federal, capitalização de juros, vedada pelo ordenamento pátrio (consoante Súmula 121 do STF), é igual a incidência de juros sobre juros, sejam eles moratórios ou compensatórios, pois ambos têm a mesma natureza jurídica.

Súmula 121: É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada.

No acórdão proferido no Recurso Extraordinário no 97.202-1- ES, em que foi Relator o Exmo. Sr. Min. DJACI FALCÃO, assim restou decidida a questão:

Desapropriação. O aresto recorrido ao conceder a capitalização dos juros da desapropriação divergiu da Súmula 121, que dispõe: "É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada". No que toca ao percentual de juros moratórios e o momento da sua incidência, não merecem conhecimento, desde que se trata de questões autônomas. Subsistindo em relação às mesmas os óbices previstos no art. 325,V, "c" e VI do Regimento Interno. Recurso extraordinário provido em parte, para que seja excluída da condenação a capitalização dos juros. (RTJ 105/785).

No mesmo sentido a decisão proferida no Recurso Extraordinário n $^{\circ}$ 90.341-1-PA, em que foi relator o Exmo. Sr. Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE:

É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada (Súmula 121). Dessa proibição não estão excluídas as instituições financeiras, dado que a Súmula 596 não guarda relação com o anatocismo. A capitalização semestral de juros, ao invés de anual, só é permitida nas operações regidas pelas leis especiais que nela expressamente consentem. Recurso extraordinário conhecido e provido". (RTJ 92/1341).

Os venerandos acórdãos cujas ementas transcreveuse bem demonstram que a Súmula 121 está incólume e ela que autoriza o conhecimento do recurso, superando os óbices regimentais de inadmissibilidade do recurso constitucional nos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa, em que se compreende a expropriatória, e nas execuções por título judicial.

E o parecer é também pelo seu provimento a fim de que, em novo cálculo indenizatório exclua-se a cumulação dos juros que, se caracterizando como capitalização, escapam ao conceito da justa indenização. (fls. 371/374).

Esse posicionamento jurisprudencial em relação à vedação da capitalização perdurou até o início da década de 1990, quando nova orientação surgiu dentro do Superior Tribunal de Justiça, tribunal este que, a partir da Constituição Federal de 1988, passou a ser o tribunal competente para tratar de questões infraconstitucionais.

Segundo passou a entender o Superior Tribunal de Justiça, a incidência de juros moratórios sobre o principal acrescido de juros compensatórios não se configurava como capitalização de juros. Tal conclusão partiu de uma nova caracterização da natureza jurídica dos juros compensatórios abandonando a tradicional definição do diploma civilista brasileiro.

Os juros compensatórios, segundo este novo entendimento, passaram a ser parte integrante da indenização, e não meros acessórios.

Não podemos concordar com tal posicionamento. Efetivamente, os juros compensatórios na desapropriação apresentam a mesma finalidade dos lucros cessantes, o que não significa dizer que se trata do mesmo instituto. Com efeito, remunerando aquilo que o expropriado deixou de ganhar com a perda da posse, os juros compensatórios se igualam aos lucros cessantes apenas em relação à finalidade, conservando, porém, suas características jurídicas próprias de verba acessória.

A respeito dessa conceituação dos juros compensatórios, interessante a transcrição da seguinte ementa:

DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA – CUMULAÇÃO DE JUROS COMPENSATÓRIOS COM LUCROS CESSANTES – IMPOSSIBILIDADE – O entendimento jurisprudencial é no sentido de que, em ações de desapropriações, mesmo nas denominadas desapropriações indiretas, os juros compensatórios visam ressarcir possíveis lucros cessantes ou danos emergentes. Tanto é assim, que não estando o proprietário expropriado utilizando o imóvel expropriado ou esbulhado, não fará jus aos juros compensatórios. (TRF 4ª R. – AI 1999.04.01.005410-4 – SC – 3ª T. – Relª Juíza Luíza Dias Cassales – unânime – DJU 07.06.2000)

Se fosse efetivamente verba principal, ou seja, lucros cessantes, por que chamar de juros compensatórios e manter a mesma técnica de cálculo aplicando um percentual fixo? Bastaria quantificar no caso concreto diretamente os lucros cessantes.

Optaram os julgadores e, agora, os legisladores, em fixar um percentual presumido a título de verba correspondente àquilo que o expropriado deixou de ganhar durante o período em que privado do uso do bem, afastando, portanto, a necessidade

de produção de prova do quantum pelo expropriado.

Desta forma, embora utilizados com a mesma finalidade nas desapropriações, os juros compensatórios não deixam de ser verba acessória, da mesma forma que, de sua parte, os lucros cessantes nunca perdem a característica de verba principal.

E, como verba acessória, não podem integrar a base de cálculo para efeitos de incidência dos juros moratórios.

Como se vê, o posicionamento acima não se contrapõe à conceituação dos juros compensatórios como sendo a parcela referente a tudo aquilo que se deixou de ganhar em decorrência de um ato. Apenas adequa o instituto à sua verdadeira natureza.

Segundo lição de Antonio Carlos Costa e Silva (in <u>Processo de Desapropriação e procedimentos da desapropriação consensual</u>, São Paulo, Ed. Sugestões Literárias, 1975, p. 204):

Os juros compensatórios se destinam a reparar o patrimônio do desapropriado, indenizando-o, em última análise, dos lucros cessantes.

(...)

A desapropriação pode, portanto, impor ao desapropriado um dano consubstanciado naquilo que ele razoavelmente deixou de ganhar, em razão da perda do domínio do imóvel expropriado. Natural, portanto, que se compensem os lucros cessantes através do pagamento de juros.

(...)

Através do pagamento de juros, calculados sobre o valor da indenização e contados da data da imissão na posse à data da sentença que fixou o valor da condenação, compensa-se, na Ação de Desapropriação Direta, aquilo que corresponder aos lucros cessantes. É essa a função e o significado dos juros compensatórios no Processo de Desapropriação. Não há condenação no pagamento da perda daquilo que razoavelmente se deixou de ganhar (lucro cessans), mas compensa-se com juros o prejuízo sofrido.

Entendemos que o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, embora justificável num determinado momento histórico, consideradas as diversas variantes então existentes, não pode mais prevalecer, devendo ajustar-se à normatização existente sobre a matéria, dando tratamento aos juros compensatórios segundo sua natureza jurídica de verba acessória, o que impede a incidência de juros sobre juros. Por conseguinte, deve o tema ser objeto de reapreciação pela Colenda Corte, pois em flagrante violação ao artigo 5°, inciso XXIV, da Constituição Federal, disciplinador do princípio da justa indenização.

Nesse ponto, devemos novamente ressaltar que a criação pretoriana que admitiu a incidência de juros moratórios sobre juros compensatórios foi o caminho encontrado para minorar os efeitos da corrosão do valor real dos imóveis desapropriados, em função de uma hiperinflação então existente, o que não mais se justifica em um momento histórico em que a inflação encontra-se controlada e que os tribunais admitem, em relação às ações de desapropriação, a aplicação de todos os índices de correção monetária (incluindo-se os expurgos inflacionários, que, em verdade, não são usualmente aceitos para efeitos de correção monetária de débitos judiciais).

O brilhante voto exarado pelo Exmo. Sr. Min. Sydney Sanches – RE 102.631-6 – SP - deixa claro o posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto à matéria, desde há muito:

Na íntegra, é o seguinte parecer do Ministério Público Federal, na lavra do ilustre Procurador da República Dr. JOÃO PAULO ALEXANDRE DE BARROS, aprovado pelo eminente Subprocurador Geral Dr. MAURO LEITE SOARES:

"Remanescendo, no procedimento de execução de expropriatória, questão sobre as contas e havendo voto divergente, no julgamento da apelação, quanto a existência ou não de cumulação de juros, eis que se decidiu, nos embargos infringentes, por maioria dos votos:

"Havia um saldo em aberto anterior a Cr\$ 110.594,65. Para a sua liquidação total, o respectivo depósito deveria ter sido feito em maio de 1981. Tal se deu, no entanto, somente em 19 de março de 1982, oportunidade que essa importância de Cr\$ 110.594,65, tal qual depositada (fls. 210), já não correspondia mais ao seu real valor que, então, em 19 de março de 1982, correspondia a Cr\$ 214.671,44.

Desse modo, ficou um novo saldo em aberto, agora de Cr\$ 104.076,79.

Entre os dois depósitos existentes e de interesse para a solução deste recurso (fls. 146 e 210) mediou um período (27 de março de 1981 a 19 de março de 1982), cujo capital deve ser, evidentemente, remunerado por meios de seus frutos civis (juros compensatórios).

A conta $n^{\circ} 1.053/82$ outra coisa não fez senão isso:

incidiu os juros compensatórios devidos no período de 27 de março de 1981 e 19 de março de 1982. Refere-se essa conta ao saldo em aberto (fls. 218).

A conta n° 1.052/82, que é conta de atualização, calculou os juros da data da emissão na posse até 27 de março de 1981 (fls. 217), de sorte que se não há de cogitar, como, em verdade, a conta não cogitou, de juros em cascata ou juros sobre juros.

Os juros, assim não considerados, até o momento em que devem ser incorporados ao principal sobre o qual incidem; depois disso, ficam no primitivo principal imiscuídos e o resultado disso é uma importância principal, suscetível de produzir novos juros, em seu todo considerada, e assim por diante" (págs. 338 e 339).

Daí a irresignação do expropriante que interpôs recurso extraordinário pelas letras "a" e "d" do permissivo constitucional, argüindo negativa de vigência do Decreto n° 22.626, de 07 de abril de 1933, denominado Lei de Usura, face ao disposto em seu art4°, vedando o anatocismo. Pela letra "d", invoca antigos arestos do Supremo Tribunal Federal e a Súmula 121, que veda a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada.

O apelo mereceu escapada apenas pela letra "d", a vista do texto da Súmula.

Merece ser conhecido e provido. A construção jurisprudencial da Excelsa Corte, sempre buscando a preservação da garantia individual da justa indenização em caso de desapropriação, passou pelo reconhecimento da cumulação de juros moratórios e compensatórios, incidência da correção monetária sobre o principal, levando o legislador a cuidar de estabelecê-la e continua vigilante na preservação da referida garantia constitucional. Nunca exacerbou, porém, seu entendimento de justa indenização para admitir a cobrança de juros em cascata, o denominado anatocismo. Aos arestos trazidos pelo recorrente, acrescentem-se outros mais recentes. (grifo nosso).

Cumpre relembrar as palavras do Ministro José de Jesus, ao sustentar a necessidade de revisão da Súmula n. 74 do TFR, para que os juros compensatórios deixassem de incidir sobre o valor histórico da indenização até a data do laudo, passando a incidir sobre o valor atualizado da avaliação:

A jurisprudência não é uma rocha sedimentar, imóvel e indiferente aos acontecimentos. Ela é filha da vida. Sua função é manter o ordenamento jurídico vivo e sintonizado com a realidade.

Na capacidade da Suprema Corte norte-americana, de adaptar-se à realidade emergente está o segredo da eterna juventude que tem caracterizado a Constituição daquele país.

(...)

Em tempos de inflação crônica, o pagamento de juros compensatórios sobre a quantia histórica da indenização, até a data do laudo, não pode recompor a diminuição patrimonial sofrida pelo expropriado. Semelhante forma de calcular os juros desviam-nos da função social para a qual foram concebidos.

(...)

Com efeito, no regime inflacionário que assola o país, a correção monetária do valor da indenização expressa consectário inarredável do princípio da 'restitutio in integrum'.

Ouso, assim, propor a revisão da jurisprudência para sua adequação à realidade hodierna.

Ora, se a jurisprudência deve se adequar ao momento histórico em benefício do expropriado, com o fito de preservação do princípio da justa indenização, talvez seja o momento de readequação, a fim de se evitar que enormes indenizações desproporcionais continuem a ser pagas aos expropriados, em notável prejuízo aos expropriantes, e, por conseguinte, a toda a coletividade.

Além dos argumentos históricos e da distinção quanto à natureza jurídica dos juros compensatórios e lucros cessantes, temos outra questão relevante que nos leva a combater a já consolidada jurisprudência fixada pelo Superior Tribunal de Justiça na Súmula 102. É que, atualmente, a vedação do cálculo de juros compostos está expressa no artigo 15-A do Decreto-lei n $^{\circ}$ 3.365/41, com a redação conferida por Medida Provisória, cuja última reedição é a MP 2183-56, de agosto de 2001.

Na esteira deste entendimento, acórdão do TRF -5° Região, na Apelação Cível nº 179.130, julgada em 14 de novembro de 2000, sendo Relator Exmo. Juiz

Ridalvo Costa.

Além da vedação constante da legislação específica supra referida, não é demais relembrar que a incidência de juros moratórios sobre juros compensatórios implica a prática de anatocismo, vedada pela Lei da Usura.

Também os doutrinadores vêm manifestando entendimento contrário à posição do Superior Tribunal de Justiça, consubstanciado no teor da Súmula 102. Nesse sentido, temos a respeitável posição de José Carlos de Moraes Salles, in <u>A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência</u>, p. 612 e seguintes:

Alguns acórdãos têm considerado ser possível o cálculo dos juros moratórios sobre o valor total da indenização, incluindo-se os juros compensatórios (RJTJESP 116/82, 121/94 e 153/108). Discordamos, entretanto, desse ponto de vista, com a devida vênia, por nos parecer que tal procedimento representaria anatocismo, ou seja, a cobrança ou contagem de juros sobre juros, vedada pela Lei Civil, cujo artigo 1544 só admite a satisfação de juros compostos nos casos decorrentes de crime.

Nesse sentido, confiram-se os arestos seguintes: RT 700/83. RJTJESP 132/89; JTJ144/87 e 160/272.

Entendemos, pois, que os juros compensatórios são devidos desde a imissão provisória na posse do imóvel expropriando (ou desde a ocupação, nas desapropriações indiretas) até a data do efetivo pagamento da indenização. Cumulativamente, são devidos juros de mora estes últimos a contar do trânsito em julgado (consoante iterativa jurisprudência) até a data do efetivo pagamento da indenização. Para o cálculo desses juros, será levada em conta a diferença entre a indenização encontrada e a oferta corrigida, como, com todo acerto, se menciona no acórdão publicado na RJTJESP 120/172.

Esta posição assumida pelo Superior Tribunal de Justiça confronta, até mesmo com os termos do disposto no artigo 25 do Decreto nº 3365/41: "Art. 25 – O principal e os acessórios serão computados em parcelas autônomas."

Neste sentido, a lição de José Carlos de Moraes Salles, obra citada, p. 566, infirmando o caráter de acessoriedade dos juros, tanto compensatórios como moratórios, em relação ao valor principal, este sim correspondente ao valor do bem expropriado:

Assim, além do principal, podem compor a indenização os seguintes acessórios: juros compensatórios (sempre que houver imissão provisória na posse do imóvel ou ocupação indevida, como nos casos de desapropriação indireta), juros moratórios, honorários advocatícios, despesas do processo, perdas e danos comprovados no curso da causa, etc.

Restando demonstrado que a parcela correspondente aos juros compensatórios não integra o valor da indenização, mas sim o valor da condenação, tanto quanto a parcela dos juros moratórios, não há nenhuma razão para que os juros moratórios incidam sobre o valor dos juros compensatórios.

Também Leila d'Auria Kato, Procuradora do Estado de São Paulo, em artigo encontrado no endereço eletrônico da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo (www.pge.sp.gov.br):

Ocorre, porém, que na sua incessante busca para encontrar a justa indenização, evoluiu, a jurisprudência, para entender que os juros compensatórios, por representarem ressarcimento pelos lucros cessantes, passam a integrar a indenização propriamente dita, fazendo com que os juros moratórios incidam sobre a indenização já acrescida daqueles.

Sem embargo dos motivos ensejadores de tal orientação, entendemos defensável a tese de que tal procedimento acarreta infringência à Constituição Federal, seja porque implica injustiça na indenização, seja porque ofende frontalmente o limite imposto no artigo 192, parágrafo 3° .

Explica-se. A incidência de juros moratórios sobre os compensatórios implica a prática de anatocismo, vedada pela Lei da Usura, já que configura a obtenção de juros sobre juros, ou juros compostos. Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça interpretando tal diploma por meio da Súmula n. 102, deixou assentado que a incidência de juros moratórios sobre os compensatórios nas ações expropriatórias não constitui anatocismo.

Todavia, ainda que não configure anatocismo o cálculo de juros moratórios de 6% ao ano sobre os compensatórios de 12% ao ano, a incidência cumulada extrapola o limite estabelecido pelo artigo 192, parágrafo 3°, da Carta Federal, já que soma 18% ao ano. E, desrespeitando tal limite, provoca a condenação do

expropriante em indenização injusta, porque contrária à lei máxima.

Não se ignora, também, que a jurisprudência de nossos Tribunais Superiores se incumbiu de rechaçar tal tese, ora sob argumento de que o parágrafo 3º de tal artigo não é norma auto-aplicável, pelo que depende de lei ainda não citada, ora sob fundamento de que tal norma não se aplica aos casos de desapropriação pelo só fato de se encontrar no capítulo relativo ao sistema financeiro, sendo, pois, regulador de concessão de créditos. E, por fim, concluiu que embora ambas as verbas acessórias recebam o nome de juros, não se tratam de juros no que se refere aos compensatórios, pelo que inexistente qualquer proibição acerca da incidência de uns sobre os outros.

No entanto, apesar de já sumulado tal entendimento no que concerne à não-ocorrência de anatocismo, é possível insistir na inconstitucionalidade, se não da cumulação, entendida esta como a condenação em ambos os juros, pelo menos na sobreposição, ou incidência de uns sobre os outros, porque ofensiva ao princípio da justa indenização.

Em relação ao tema, cabe, ainda, alertar sobre o perigo da incidência de juros compensatórios sobre juros compensatórios, bem como juros moratórios sobre juros moratórios, uma vez que resultam em indenizações milionárias, indo de encontro ao princípio da justa indenização.

Se a aplicação dos juros compostos, entendida esta como o cálculo de juros moratórios sobre o principal acrescido de juros compensatórios, é aceita pela doutrina e jurisprudência tradicionais, o mesmo não se pode dizer da incidência de juros da mesma espécie entre si, que é prática totalmente descabida e vedada pelo ordenamento jurídico pátrio. Aqui também deve ser observado o disposto no artigo 15-A do Decretolei n $^{\rm o}$ 3.365/41, com a redação conferida por Medida Provisória, cuja última reedição é a MP 2183-56, de agosto de 2001, que expressamente afastou a incidência de juros compostos.

No sentido, decisão do Superior Tribunal de Justiça, RESP 79050-SP, Rel. Ministro Garcia Vieira:

JUROS COMPENSATÓRIOS – VALOR DA INDENIZAÇÃO – CORREÇÃO MONETÁRIA.

(...)

A aplicação dos juros compensatórios, sobre juros compensatórios, mês a mês, não encontra suporte legal. Devem eles ser contados sobre o valor

simples de indenização a partir da data da imissão provisória na posse ou ocupação.

Recurso provido. (grifamos)

2.5.3 As taxas dos juros

Em relação ao percentual dos juros compensatórios nas desapropriações diretas e indiretas, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, após certa hesitação, consolidou-se fixando em 12% ao ano a taxa. Esta orientação baseava-se no rendimento anual médio das locações de imóveis.

Tal posição, embora consolidada na jurisprudência (Súmula 618 do STF), sempre foi objeto de crítica por parte da doutrina que entende tratar-se de equívoco a fixação da taxa neste patamar, uma vez que o artigo 1063 do Código Civil revogado, que é o dispositivo legal que dava sustentáculo à incidência dos juros compensatórios, determinava o limite máximo da taxa em 6% ao ano, somente podendo exceder este percentual caso haja disposição expressa das partes em sentido contrário.

Além disso, por se tratar de parcela remuneratória do capital, a fixação indiscriminada de um percentual estático de 12% ao ano gera, nos casos concretos, distorções em relação ao próprio princípio da justa indenização. Veja-se que tanto naqueles imóveis com grande potencial produtivo, quanto naqueles manifestamente improdutivos ou sem potencial de produção, a remuneração pela impossibilidade do uso do imóvel é a mesma.

Justamente em função destas distorções e, considerando que esta incidência gera indenizações vultosas, foi editada a Medida Provisória n. 1577-1/1997, hoje Medida Provisória n. 2.183-56/2001, prescrevendo um percentual de até seis por cento ao ano a título de juros compensatórios, que, no nosso entender, é o que mais se coaduna com o princípio da justa indenização e com o disposto no art. 1063 do CCB, além de se adequar aos termos da Lei de Usura, bem como ao disposto no art. 192, parágrafo 3° da Constituição Federal.

O percentual de até 6% ao ano foi estabelecido com o objetivo de vincular os juros compensatórios à utilização menor ou maior da terra, quebrando a atual sistemática invariável. O Ministério de Política Fundiária, conforme exposto no Livro Branco das Superindenizações (www.desenvolvimentoagrario.gov.br/ministerio/livro) propôs que o percentual dos juros compensatórios fosse calculado segundo o índice GUT (Grau de Utilização da Terra), conforme a seguinte tabela:

Acima de zero e até 15 GUT	0,5%
Acima de 15 e até 30 GUT	1%
Acima de 30 e até 40 GUT	2%
Acima de 40 e até 50 GUT	3%
Acima de 50 e até 60 GUT	4%
Acima de 60 e até 70 GUT	5%
Acima de 70 GUT	6%

Infelizmente, o Supremo Tribunal Federal, através de medida liminar concedida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2332-2, em 05.09.2001, suspendeu a eficácia da expressão "**de até seis por cento ao ano**", contida no texto do artigo 15-A do Decreto-lei nº 3.365/41, com a redação dada pelo art. 1º da Medida Provisória nº 2027/2000 e suas sucessivas reedições.

A finalidade da fixação da taxa em até seis por cento ao ano é, igualmente, possibilitar ao julgador, no momento da definição da taxa de juros compensatórios incidentes, percentual que se coadune à produtividade do imóvel, de modo a adequar o valor da condenação ao princípio da justa indenização.

A liminar deferida na ADIn 2332-2, chancelando a posição jurisprudencial acerca do tema que defende uma taxa fixa para os juros compensatórios, suspendeu, ainda, a eficácia de outros dispositivos da referida medida provisória. Cite-se o parágrafo 1° , que determinava que os juros compensatórios destinavam-se apenas a compensar a perda da renda comprovadamente sofrida pelo proprietário; o parágrafo 2° que afirmava não serem devidos juros compensatórios quando o imóvel possuísse grau de utilização da terra e de eficiência iguais a zero; e o parágrafo 4° que vedava a incidência de juros compensatórios relativos ao período anterior à aquisição da propriedade ou posse titulada pelo autor da ação.

No entanto, talvez em função dos exagerados valores indenizatórios encontrados em determinados casos concretos, fruto do zelo extremo dos julgadores em interpretar o princípio da justa indenização insculpido no artigo 5°, inciso XXIV, da Constituição Federal, em favor dos expropriados, o próprio Superior Tribunal de Justiça vem mitigando a aplicação indiscriminada e em percentual fixo dos juros compensatórios em todos os casos:

ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL DA FINS DE REFORMA AGRÁRIA. TERRA NUA. JUROS COMPENSATÓRIOS. INAPLICABILIDADE.

Os juros compensatórios são devidos como forma de completar o valor da indenização, aproximando-o do conceito de ser 'justo', por determinação constitucional.

Hipótese de desapropriação, por interesse social, para fins de reforma agrária, <u>de imóvel rural que não cumpre sua função social, não auferindo produtividade, não pode ser agraciado com o percentual de compensação aludido, substitutivo que é dos chamados lucros cessantes.</u>

"Os juros compensatórios somente são devidos quando restar demonstrado que a exploração econômica foi obstada pelos efeitos da declaração expropriatória. Pois não são indenizáveis meras hipóteses ou remotas potencialidades de uso e gozo". (Resp nº 108.896/SP, Rel.

Min. Milton Luiz Pereira, DJU 30.11.98).

Recurso especial provido para o fim de afastar da condenação imposta ao INCRA a parcela referente aos juros compensatórios. (Resp 228.481/MA, Rel. Min. José Delgado, DJU 20.03.2000, pag. 46). (grifamos)

Ainda sobre a injustiça de aplicação de um percentual estático de juros que não leva em conta a produtividade e/ou a possibilidade de produção do imóvel, valemo-nos da opinião do advogado José Veríssimo Teixeira da Mata (em artigo publicado no site www.jus.com.br: Os precatórios e a disciplina do art. 100 da Constituição Federal):

A Medida Provisória nº 1.901-29, de 27 de agosto de 1999, alterando a Lei das Desapropriações, determina que haverá juros compensatórios de seis por cento ao ano sobre o valor da diferença entre os preços discutidos em litígio, vedando juros compostos. É medida disciplinadora, mas ainda assim mecânica. Ao meu ver, só se poderia falar em compensação se se provasse que o expropriado desenvolvia atividade no imóvel ou que poderia desenvolver em futuro razoável, o que pode ser inferido pela avaliação de um conjunto de atos material e teleologicamente articulados. Do contrário, o Estado estaria remunerando a mera especulação de valores. (grifo nosso)

Também quanto ao que concerne à taxa anual dos juros, questão menos polêmica é aquela referente aos moratórios. Esta taxa está prevista, de forma expressa, no artigo 15-B da Medida Provisória 2183-56.

2.5.4 Termo inicial

Em relação aos juros temos para analisar, ainda, a questão do termo inicial. Quanto aos juros moratórios, também por entendimento jurisprudencial, até a edição da Medida Provisória n. 1.901/99, de setembro/99, o termo inicial do cômputo dos juros moratórios era o trânsito em julgado da decisão concessiva da indenização, nos termos do disposto na Súmula 70 do STJ.

A impropriedade desse critério, sempre foi destacada na defesa judicial dos entes públicos, isto porque, tratando-se de demanda proposta contra pessoa jurídica de direito público, a mora só ocorreria após o prazo que é constitucionalmente concedido para pagamento dos precatórios - artigo 100, parágrafo 1° , da Constituição Federal.

A edição da Medida Provisória nº 1901/99 (e suas edições posteriores), que culminou com a edição da MP 2183-56/2001, hoje em vigor, teve como principal objetivo suprir esta imprecisão técnica do critério até então adotado, fixando o termo inicial dos juros moratórios como sendo o dia primeiro de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da Constituição (art. 15-B do Decreto 3365/41, com a redação dada pelo art. 1° da MP 1901/99).

Destaca-se, outrossim, que este dispositivo legal não está suspenso pela medida liminar concedida na ADIn nº 2332-2.

No que concerne ao termo inicial dos juros compensatórios, a jurisprudência (Súmulas 69, 113 e 114 do STJ) consolidou o posicionamento de que, nas desapropriações indiretas, seria a data do esbulho e, nas desapropriações diretas, a data da imissão provisória da posse (quando houver).

As Medidas Provisórias, e suas sucessivas reedições, mantiveram o critério consolidado pela jurisprudência dos tribunais.

No entanto, ainda que a normatização tenha consolidado, como regra geral, o termo inicial da contagem dos juros compensatórios, nas desapropriações indiretas, em determinadas situações excepcionais, facilmente identificadas, pode e deve tal critério ser repensado.

Uma das hipóteses que comporta um tratamento diferenciado, em nome do princípio da justa indenização, é aquela em que se tenha constatado decurso considerável de tempo entre a data do desapossamento administrativo e do ajuizamento.

Busca-se com tal medida evitar o enriquecimento indevido do particular em detrimento do interesse público.

Com efeito, em determinadas situações fáticas em que os expropriados aguardam por longos anos para propor a ação no intuito (velado, mas evidente) de locupletamento indevido com os juros compensatórios, os quais, como se sabe, geram indenizações por vezes em patamares estratosféricos, há evidente violação ao princípio da justa indenização.

Nesta exata linha de raciocínio vem a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul decidindo com base na equidade e dentro da economicidade no trato com a coisa pública, que os juros compensatórios devem ser contados apenas a partir do ajuizamento da ação, de tal sorte que não fica vulnerada a norma constitucional, menos ainda a infraconstitucional, dando estrita e escorreita aplicação de conformidade à finalidade social da propriedade imóvel, consoante demonstram diversas decisões, dentre as quais toma-se como exemplo:

EMBARGOS INFRINGENTES.
DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. JUROS
COMPENSATÓRIOS. TERMO "A QUO". ESBULHO
QUE DATA DE ABRIL DE 1970, ENQUANTO QUE A
AÇÃO SÓ FOI PROPOSTA EM 04/11/96, OU SEJA, 26
ANOS APOS. JUROS COMPENSATÓRIOS

CONTADOS, EXCEPCIONALMENTE, A PARTIR DA DATA DA PROPOSITURA DA AÇÃO, ANTE A INÉRCIA DOS INTERESSADOS. PRESERVAÇÃO DA JUSTA INDENIZAÇÃO. ENRIQUECIMENTO INDEVIDO. EMBARGOS REJEITADOS. (9 FLS.)

(SEGUNDO GRUPO CÍVEL - TJRS -EMBARGOS INFRINGENTES nº 70003356433. RELATOR: DES. VASCO DELLA GIUSTINA).

A indenização justa somente poderá ser aquela que trouxer aos expropriados uma correta reposição do que perderam, nem mais nem menos. A fixação dos juros compensatórios desde o desapossamento, nestes casos, conduz a um enriquecimento sem causa por parte dos expropriados.

Não há dúvidas que a decisão judicial deve buscar soluções justas para os conflitos de interesses que lhe são apresentados. E não seria diferente em relação à Fazenda Pública, que deve ter seus interesses avaliados como interesses da sociedade sobre a qual recairá a responsabilidade pelo pagamento da condenação.

Evidente que uma indenização milionária, que decorre da aplicação de juros compensatórios incidentes por longos anos em que a parte interessada restou inerte, não pode ser considerada, para a sociedade, **indenização justa**, nos termos do inc. XXIV do art. 5° da C.F., acarretando um pagamento absolutamente sem causa, contrário ao princípio geral do direito que veda o enriquecimento ilícito, bem como ferindo um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, que é o reconhecimento do valor social do trabalho (art. 1°, IV, da C.F.).

Isto porque qualquer decisão judicial, antes de tudo, é um ato de vontade, condicionado por fatores lógicos e, sobretudo, axiológicos. Conforme leciona Plauto Faraco de Azevedo (in, <u>Justiça Distributiva e Aplicação do Direito</u>; Porto Alegre, Fabris, 1983; p. 147), "não há na aplicação do direito — a não ser na má aplicação do direito — nenhum automatismo denunciador de um mecanismo inexorável a indicar a norma em que se há de subsumir o fato. Vale dizer, não há falar em subsunção lógica, mas, como evidencia Reale, trata-se de subsunção lógico-axiológica".

Para o Prof. Tércio Sampaio Ferraz Júnior (apud Teresa Arruda Alvim Wambier, ob. Cit., p. 250), o julgador "tende a construir o silogismo jurídico às avessas, criando, intuitivamente, a conclusão a que deva chegar e buscando, regressivamente, para ela, as justificações necessárias." Com isso a decisão em primeiro lugar é tomada, para, após, ser **justificada** racionalmente, o que demonstra a completa inaplicabilidade da lógica formal ao raciocínio jurídico.

A atitude abusiva dos expropriados, nestes casos, pode configurar ato ilícito, nos termos do artigo 187 do novo Código Civil Brasileiro, cuja redação é a seguinte: "Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes."

Resta evidente, assim, que a fixação dos juros compensatórios a partir do

ajuizamento da demanda é totalmente adequada àqueles casos em que a parte, abusando de seu direito, ajuíza demanda indenizatória decorrente de desapropriação indireta muitos anos após o desapossamento, como única maneira de preservar a justa indenização, evitando o enriquecimento indevido do particular em detrimento do interesse público.

O que parecia ser voz isolada na jurisprudência gaúcha, ganhou reforço com a recentíssima decisão proferida pelo E. Superior Tribunal de Justiça, a seguir transcrita:

DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. TOMBAMENTO. PARQUE FLORESTAL. NATUREZA DE AÇÃO: REAL. FORO DA SITUAÇÃO DO IMÓVEL. PRESCRIÇÃO: VINTENÁRIA. DIREITO A INDENIZAÇÃO. JUROS COMPENSATÓRIOS INDEVIDOS. COBERTURA VEGETAL. EXCLUSÃO. VERBA HONORÁRIA. SÚMULA Nº 07.

A jurisprudência vem firmando o entendimento de que as restrições de uso de propriedade particular impostas pela Administração, para fins de proteção ambiental, constituem desapropriação indireta, devendo a indenização ser buscada mediante ação de natureza real, cujo prazo prescricional é vintenário". (REsp 149.834/SP, Relator Ministro José Delgado, DJU 21.03.1999, pág. 81).

Sendo a ação de natureza real, uma vez que fundada no direito de propriedade, é competente o foro da situação do imóvel, de acordo com o artigo 95, do Código de Processo Civil.

A cobertura vegetal em questão, integralmente de mata atlântica, é caracterizada unicamente como acessório da terra nua, englobada então nos valores fixados para seu pagamento. A vegetação em comento, em face da dificuldade de acesso para sua exploração, conseqüência da irregularidade do terreno, tem valor econômico desprezível, não incindível na indenização.

Os juros compensatórios tem função indenizatória, destinada a remunerar o expropriado pelo não desenvolvimento da atividade econômica prevista, na hipótese em comento, conforme constatado dos autos, mesmo se considerando o esvaziamento econômico que a criação do parque trouxe para área, vê-se, in casu, que a ação indenizatória somente foi movida em setembro de 1995, ou seja, quase vinte anos após a criação do referido Parque Florestal, infirmando totalmente a função compensatória do Instituto.

A análise dos critérios utilizados pelo magistrado para fixar os honorários advocatícios em 10% invade o campo do conjunto probatório dos autos, incidindo no teor do verbete sumular nº 7, desta Corte.

Recurso especial dos autores improvido. (Recurso Especial nº 307.535 – STJ - Relator Min. Francisco Falcão - Data do Julgamento 12.03.2002)

Segundo se depreende da mencionada decisão, ultrapassado período de tempo considerável entre o desapossamento e a propositura da demanda, descaracterizada estará totalmente a função compensatória do instituto em análise.

De outra parte, cabe mencionar que as decisões judiciais devem ser prospectivamente responsáveis, ou seja, devem prever suas conseqüências dentro do sistema jurídico e dentro da realidade regulada, de modo que, na hipótese concreta a sentença traduza justiça, através de um processo metódico de ponderação de valores.

2.5.5 Termo final

No que concerne ao termo final da incidência dos juros, cabe uma pequena distinção entre os juros compensatórios e moratórios. Em relação a estes, o termo final deverá ser o dia do efetivo pagamento, desde que, evidentemente, não seja respeitado o prazo do art. 100 da Constituição Federal, pois se o pagamento for efetivado na forma e no prazo do referido artigo constitucional, não haverá incidência de juros moratórios, segundo a regra introduzida pela medida provisória tantas vezes citada.

Trazemos à colação decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná - Apelação Cível 18117, Rel. Des. Antônio Prado Filho, Primeira Câmara Cível, publicada em 19.6.2000:

DESAPROPRIAÇÃO. LAUDO DA AVALIAÇÃO DA ÁREA. AÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. DESVIO DE PODER NÃO CARACTERIZADO. JUSTA INDENIZAÇÃO. JUROS COMPENSATÓRIOS E MORATÓRIOS. CORREÇÃO MONETÁRIA. Alegação vaga de desvio de poder, sem qualquer elemento probatório que o suporte, não é capaz de desconstituir decreto expropriatório. Os atos de improbidade administrativa caracterizados do desvio de utilidade pública e interesse social, que ofendam aos princípios constitucionais, poderão ser analisados em eventual ação de responsabilidade.

Por força da Medida Provisória nº 1632-7, de

12.12.97, em se tratando de desapropriação direta, os juros compensatórios serão de 6% ao ano sobre o valor da diferença apurada entre o valor ofertado em juízo e o valor do bem fixado na sentença, contados desde a imissão na posse; já no tocante aos juros moratórios estes serão de 6% ao ano, caso haja atraso no pagamento. recurso não provido, sentença sob reexame, parcialmente modificada. (grifo nosso)

Já em relação aos juros compensatórios, a jurisprudência consolidou a posição de que o seu termo final é a data do efetivo pagamento.

2.5.6 Base de cálculo

Quanto à base de cálculo dos juros, mais especificamente em relação aos juros compensatórios, cabe fazer uma distinção em relação às desapropriações diretas e indiretas.

Nas desapropriações indiretas não há divergência em relação à matéria, sendo assente que os juros compensatórios incidirão sobre o valor do bem corrigido monetariamente - Súmula 114 STJ.

Nas desapropriações diretas o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, cristalizado na Súmula 113 do STJ, é que os juros compensatórios devem ser calculados sobre o valor da indenização fixado na sentença, corrigido monetariamente. Tal súmula veio em substituição ao entendimento esposado pela Súmula 74 do TRF que dispunha que até a data do laudo os juros compensatórios eram calculados sobre o valor simples da indenização.

O posicionamento jurisprudencial consolidado pela Súmula 113 STJ desconsiderava que, nos termos do art. 33, \S 2° do Decreto Lei 3.365/41, poderia o expropriado, quando da imissão provisória da posse, efetivar o levantamento de 80% do depósito prévio. Claro que, se o valor final da indenização for inferior a estes 80%, não deveria haver nem ao menos a incidência dos juros, pois o expropriado já teria sido indenizado no momento da imissão.

A incidência dos juros compensatórios e também dos moratórios somente poderia incidir sobre o montante da diferença entre o valor do principal da indenização, e o valor do depósito prévio passível de levantamento (80% do depósito prévio), ambos atualizados monetariamente.

Neste sentido o magistério de Roberto Mattoso Câmara Filho em <u>A Desapropriação por Utilidade Pública</u> (editora Lumen Juris, 1994, p. 437 - grifamos) .

"Os juros são computáveis sobre a parcela não passível de levantamento do depósito efetuado pelo poder expropriante", sendo objeto de juros, portanto, os 20%

(vinte por cento) que não podem ser levantados".

"Se a sentença fixa indenização expropriatória maior que a importância depositada, a diferença entre tal preço expropriatório fixado e os 80% do depósito será a base para a incidência dos juros"

Da mesma forma, ressalta José Carlos de Moraes Sales, no seu <u>A</u> <u>desapropriação a luz da doutrina e da jurisprudência</u>, Editora Revista dos Tribunais, 4ª Edição, 2000, p. 610: "Ressalta-se, aliás, que os juros compensatórios não devem recair sobre a própria oferta, desde que depositada pelo desapropriante, relativamente a parte que pode ser levantada pelo expropriado."

A finalidade deste levantamento prévio é justamente compensar o desapropriado pela impossibilidade do exercício de seu direito de propriedade, sendo, pois, inoportuna a incidência dos juros compensatórios sobre os referidos valores, já que consistiria em dupla compensação pela mesma causa, causando o enriquecimento sem causa do expropriado.

A Medida Provisória nº 1.577-1 veio adequar a base de cálculo dos juros compensatórios ao princípio da justa indenização.

A interpretação conforme a Constituição Federal do art. 15-A do Decreto-lei 3.365/41, com a redação dada pela medida provisória supra referida, segundo a decisão liminar na ADIn 2332-2 é de que a base de cálculo dos juros compensatórios será a diferença eventualmente apurada entre 80% do preço ofertado em juízo e o valor do bem fixado na sentença.

Quanto aos juros moratórios, reportamo-nos ao que foi dito anteriormente, ressaltando a necessidade de revisão do disposto na Súmula 102 do STJ, fazendo-se incidir esta parcela apenas sobre o valor fixado no laudo, corrigido monetariamente.

Em conclusão, admitindo-se, nas desapropriações diretas, a incidência de juros compensatórios sobre o valor final da indenização, sem abatimento do valor disponível para levantamento (80% do valor depositado pelo Poder Público), consoante permissivo legal contido no art. 33, \S 2°, do Decreto-lei n° 3.365/41, estar-se-ia aceitando a dupla indenização pela mesma causa.

Não existe causa para incidência de juros compensatórios sobre o valor disponibilizado, já que o expropriado tinha a sua disposição este valor desde então.

Finalmente, cabe referir que o Supremo Tribunal Federal mantinha o entendimento de que "os juros compensatórios, diversamente dos moratórios, deveriam constar expressamente do pedido do expropriado." Porém, hoje, a jurisprudência majoritária entende admissível a inclusão dos juros compensatórios na sentença ainda que não pedido expressamente na petição inicial.

Com a devida vênia do entendimento acima referido, esta não é a solução mais adequada ao caso, uma vez que a verba compensatória visa indenizar o prejuízo decorrente da não exploração econômica da coisa. Assim, tratando-se de direito disponível da parte dependerá de pedido expresso, até mesmo porque podem não

estar presentes, na hipótese, os requisitos para incidência desta verba.

Em sustento a esta conclusão está o disposto no artigo 293 do Código de Processo Civil: "Art. 293 – Os pedidos são interpretados restritivamente, compreendendo-se, entretanto, no principal os juros legais."

Igualmente, o princípio insculpido no artigo 128 do diploma processual vai no mesmo sentido: "Art. 128 – O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte."

Assim, com relação aos juros compensatórios entende-se necessário haver pedido expresso de sua incidência. No entanto, a teor dos artigos supra referidos, independentemente de pedido expresso poderá haver condenação em juros moratórios, já que a mora se presume com o atraso no pagamento.

2.5.7 Impossibilidade de incidência simultânea de juros compensatórios e lucros cessantes

Como já antes dito, embora apresentem natureza jurídica diversa (uma é verba acessória e a outra principal), os juros compensatórios e os lucros cessantes, nas desapropriações diretas e indiretas, têm a mesma causa e a mesma finalidade, quais sejam indenizar o expropriado pela impossibilidade de utilização econômica do bem em função do desapossamento ou imissão provisória na posse.

Assim, resta patente a impossibilidade da incidência simultânea dos juros compensatórios e da indenização por lucros cessantes nas demandas expropriatórias, bem como naquelas decorrentes das desapropriações indiretas.

Isto porque a simultaneidade dos juros compensatórios e dos lucros cessantes resulta num *bis in idem* vedado pelo ordenamento pátrio, uma vez que, como já dito, os juros compensatórios configuram-se verdadeiro substitutivo dos lucros cessantes, nos casos de ocupação antecipada do imóvel pelo poder público.

Sobre o tema, traz-se importante lição de Hely Lopes Meirelles, em sua obra Direito Administrativo Brasileiro, relativamente aos juros aplicados sobre o valor da indenização (Ed. Malheiros Editores, 26ª edição, 2001, pg. 579):

Os juros moratórios, na base de 6 % ao ano (arts. 1062 do CC e 293 do CPC), são devidos desde que haja atraso no pagamento da condenação e não se confundem com os juros compensatórios (12% ao ano), que correm desde a data da efetiva ocupação do bem. Por isso mesmo, esses juros são cumuláveis, porque se destinam a indenizações diferentes: os compensatórios cobrem lucros cessantes pela ocupação do bem; os moratórios destinam-se a cobrir a renda do dinheiro não pago no devido tempo. [...]

Igualmente, encontramos na jurisprudência, acórdãos que sustentam a impossibilidade de incidência simultânea dos institutos (STJ Recurso Especial n°35258/RS, Relator Min. César Asfor Rocha, Primeira Turma, 23/06/1993, publicado na DJ de 16/08/1993).

Caso admitida a fixação dos juros compensatórios e, ao mesmo tempo, de lucros cessantes esta situação acabará por conduzir a um enriquecimento sem causa por parte do expropriado, uma vez que, conforme foi visto, os juros compensatórios destinam-se a ressarcir o impedimento pelo uso e gozo econômico do imóvel, não se tornando difícil perceber que estes juros constituem solução para indenizar os lucros cessantes, nos casos de afetação do bem pelo Poder Público.

O autor Mário Roberto N. Velloso, em sua obra <u>Desapropriação</u>: <u>aspectos civis</u> (Ed. Juarez de Oliveira, 2000, pg. 91/92), ao conceituar os juros compensatórios na desapropriação, faz importantes observações:

A expressão é um tanto equívoca, pois não se tratam de juros no sentido técnico dado pela ciência econômica. Mas, estando a expressão consagrada nas lides forenses, é de ser reconhecida como a parcela que se acresce à indenização pela antecipada ocupação do imóvel, antes do pagamento final. É a quantia que se acresce à indenização em virtude da perda antecipada da posse. Ainda lastreado no princípio de que a indenização na expropriatória deve recompor o mais amplamente possível os percalços patrimoniais impostos ao expropriado, criouse a figura dos juros compensatórios, que na verdade compensam os prejuízos após a perda da posse. Esta parcela funciona como indenização por lucros cessantes, uma excluindo a outra, segundo o magistério de Theotonio Negrão.

Muitas são as decisões que abordam a matéria em destaque, dentre as quais destacamos, no STJ os Recursos Especiais n°s 39842/SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, e 2120/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão.

Conclui-se, portanto, pela impossibilidade da cumulação dos juros compensatórios e lucros cessantes, uma vez que esta cumulação gera um enriquecimento sem causa por parte do expropriado, indo de encontro ao princípio da justa indenização.

2.6 CORREÇÃO MONETÁRIA

A correção monetária nas demandas expropriatórias tinha como base legal o parágrafo 2° do art. 26 do Decreto-Lei 3.365/41, que determinava a correção, antes

da decisão final, decorridos 1 (um) ano da avaliação.

Com o incremento do processo inflacionário, o referido dispositivo legal já não era suficiente para manter o valor real do imóvel desapropriado, havendo clara e manifesta violação ao princípio da justa indenização.

Com o advento da Lei nº 6.899, de 08.04.1981, que instituiu a correção monetária automática dos débitos judiciais, passou-se a admitir a correção monetária a partir da data do laudo pericial, como única forma de preservação da justa indenização.

A jurisprudência aceita, sem ressalvas, a aplicação dos denominados expurgos inflacionários em relação à correção monetária do valor da indenização. Nesse sentido, TRF – $4^{\rm a}$ Região, acórdão na Apelação Cível nº 9604341553, $3^{\rm o}$ Turma, decisão de 08.04.1999.

Cumpre enfatizar que deverão ser observados os mesmos índices inflacionários em relação ao valor depositado pela Administração Pública, como oferta inicial, sob pena de violação do princípio da justa indenização.

Assim, se aplicados os expurgos inflacionários em relação ao cálculo da correção monetária do valor fixado na sentença a título de indenização ao expropriado, também em relação ao valor depositado pela Administração Pública deverão ser aplicados referidos expurgos inflacionários, como forma de se manter a paridade nominal entre os valores e, como forma de o saldo a ser pago (se existente), corresponder efetivamente à diferença entre o valor da avaliação e o valor do depósito inicial. A esse respeito, veja-se:

RECURSO ESPECIAL. DESAPROPRIAÇÃO. PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO. FIXAÇÃO DO VALOR. JUROS COMPENSATÓRIOS. CORREÇÃO MONETÁRIA SOBRE O DEPÓSITO INICIAL. JURISPRUDÊNCIA SUMULADA. DEFICIÊNCIA NO PREQUESTIONAMENTO. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO.

[...]

Rever o tópico relativo à fixação da indenização implicaria em revolver matéria de prova (Súmula 07, STJ).

Sobre o depósito efetuado a título de indenização inicial, deve também incidir a correção monetária, deduzindo-se do total a parcela também corrigida. Não prequestionados, entretanto, os dispositivos legais invocados, do recurso especial não se pode conhecer. (Resp 199400185022 – Segunda Turma - Fonte DJ DATA:14/09/1998 PÁGINA:36 Relator(a) HELIO MOSIMANN)

Também se encontram decisões no sentido da desnecessidade de constar expressamente a correção do depósito, devendo, assim mesmo ser corrigido por ocasião dos cálculos (por todos, Resp 195.468-SP).

A aplicação dos expurgos inflacionários é matéria já consolidada nos tribunais, não havendo mais espaço para discussões quanto a sua aplicabilidade.

No entanto, é importante destacar que para a inclusão dos referidos expurgos inflacionários no cálculo, em sede de execução de sentença ou precatório, faz-se necessário disposição expressa da inclusão destes índices na sentença de cognição e, naqueles casos em que houve prévia liquidação, na respectiva sentença.

Nesse sentido, Luiz Rodrigues Wambier (<u>Liquidação de sentença</u>, 2. ed. São Paulo, RT, 2000. p. 128):

Nesse sentido decidiu o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão de que foi relator o Min. William Patterson. Segundo consta da ementa deste acórdão, tendo ocorrido trânsito em julgado da sentença que determinou a forma de cálculo da correção monetária, "não há como modificála em fase de liquidação". No mesmo sentido, decidiu-se que é "incabível a rediscussão de critério de correção monetária, em atualização de conta, quanto ao período já enfocado pela sentença homologatória dos primeiros cálculos, face a ocorrência de preclusão, bem como da coisa julgada.

2.7 HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

A base de cálculo dos honorários advocatícios na desapropriação direta segue a regra contida no parágrafo 1º do artigo 27 do Decreto-lei 3.365/41. A Medida Provisória 2.183-56, de agosto de 2001, manteve a mesma base de cálculo.

Como determinado pelo referido dispositivo legal, os honorários somente serão devidos quando o valor da indenização fixado em sentença for superior ao valor ofertado.

Tal regra como bem explicita Moraes Salles, na obra já citada, se justifica uma vez que "a condenação do expropriante em honorários advocatícios assenta-se no princípio da sucumbência ". Ou seja, se o valor final é o valor ofertado e considerando que nas desapropriações (quanto ao mérito) a contestação do expropriado limita-se à discussão do preço, inexiste a mencionada sucumbência .

Cabe destacar, ainda, que na base de cálculo dos honorários advocatícios, conforme jurisprudência consolidada dos Tribunais, estão incluídas as parcelas devidas a título de juros compensatórios e moratórios.

Já nas desapropriações indiretas, a base de cálculo, nos termos expostos no parágrafo anterior, corresponde ao valor final da indenização.

Quanto ao percentual dos honorários advocatícios nas desapropriações diretas, como a controvérsia limita-se, quanto ao mérito, à discussão do preço, não envolvendo a complexidade comum de outras demandas, tanto a jurisprudência quanto a doutrina sempre entenderam que a fixação dos honorários deveria ser feita em percentual moderado, e não elevado, sem necessidade de obediência aos parâmetros do artigo 20 do CPC, até mesmo porque tratado em dispositivo legal específico (artigo 27, Decreto-Lei 3365/41).

Além disto, os feitos expropriatórios envolvem a satisfação do bem comum, exigindo a fixação da verba honorária em critérios de moderação e cautela, para não onerar de maneira desproporcional o ente público expropriante.

Sob este prisma, os seguintes precedentes do TJRS: Apelações Cíveis n^{o} s 5844013353 e 587022393.

Com a modificação introduzida ao já referido artigo 27 do Decreto-lei n° 3.365/41 pela Medida Provisória n° 2183-56, de agosto de 2001, a matéria restou incontroversa, já que este dispositivo legal fixou percentuais máximos e mínimos (entre 0.5% e 5% do valor da diferença), limitando o valor máximo dos honorários advocatícios (não podendo os honorários ultrapassar R\$ 151.000,00 - cento e cinqüenta e um mil reais).

Todavia, quanto ao valor máximo dos honorários, cabe destacar a suspensão do comando legal em razão da medida liminar concedida na Adin 2332-2.

Nas desapropriações indiretas, por sua vez, vigorava o entendimento entre os operadores do direito de que, por tratar-se de ato ilícito da Administração Pública, a fixação de honorários advocatícios deveria respeitar o disposto no parágrafo $4^{\rm o}$, do artigo 20 do CPC. Assim eram comuns honorários advocatícios fixados no percentual de 15% (quinze por cento) a 20~% (vinte por cento).

No entanto, a Medida Provisória nº 2183-56 acrescentou ao artigo 27 do Decreto-lei n. 3.365/41, o parágrafo 3º, com a seguinte redação:

"§ 3° - O disposto no parágrafo 1° deste artigo se aplica:

I - omissis;

II - às indenizações por apossamento administrativo ou desapropriação indireta.

Desta forma, a fixação dos honorários advocatícios entre 0,5% (meio por cento) e 5% (cinco por cento) do valor da indenização também se aplica às desapropriações indiretas.

9 CONCLUSÃO

Este trabalho, sem a pretensão de esgotar a matéria, foi feito com o intuito de demonstrar a indissociável ligação entre os institutos da desapropriação e da justa indenização, buscando um contraponto entre a posição jurisprudencial e doutrinária.

Não obstante a preocupação com a preservação dos interesses individuais que deve pautar a conduta do julgador e também do Administrador Público, é preciso levar em consideração as conseqüências patrimoniais que advirão à sociedade, em razão de decisões mal conduzidas.

É preciso buscar, em cada caso concreto, o equilíbrio necessário entre a correta preservação do patrimônio expropriado e a vedação do enriquecimento sem causa, preservando-se o conceito de justa indenização.

Importante mencionar, ainda, que o processo expropriatório exige um trabalho preventivo por parte dos advogados públicos, de modo que todas as decisões tomadas no processo de desapropriação reflitam, de forma explícita, a justa indenização.

E, sem sombra de dúvidas, esta meta somente será alcançada com a revisão dos critérios parciais que hoje regem o instituto.

Um dos objetivos deste trabalho é justamente propor uma nova e importante discussão sobre a necessidade de efetiva aplicação da noção de justa indenização por ocasião das decisões proferidas no âmbito dos processos expropriatórios, para que seja considerada tanto sob o ponto de vista do expropriado, quanto do ente expropriante.

ANOTAÇÕES AO PROJETO DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATI-VOS: UM PARALELO ENTRE O ART. 102 DO PROJETO-DE-LEI Nº 146/03 E O ART. 65 DA LEI Nº 8.666/93 NO QUE RESPEITA ÀS ALTERA-ÇÕES DAQUELES PACTOS

Maria Denise Vargas de Amorim*

1. Tramita no Congresso Nacional, desde o mês de fevereiro de 2003, proposição de uma nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

O respectivo Projeto-de-Lei, de $n^{\rm o}$ 146/2003, discrepa sobremodo do Estatuto hoje em vigor, criando, no que tange a alterações de contratos administrativos, várias mudanças dignas de nota.

Objetiva a presente análise, portanto, ao cotejar as regras do art. 102 daquele Projeto com as do art. 65 da vigente Lei de Licitações, apreciar o novo desenho legal que se esboça no tocante a tais mudanças, bem como suscitar algumas reflexões de índole material e formal. Para tanto, traz-se o novel mandamento, que apresenta a seguinte redação:

Art. 102. Os contratos regidos por esta Lei podem ser alterados pela Administração Pública, precedidos das devidas justificativas.

 $\S~1^{\rm o}~{\rm O}$ objeto do contrato pode ser alterado por motivos imprevistos e alheios à vontade das partes:

I – se houver modificação do Projeto ou das

^{*} Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul.

- especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;
- II se for necessário acréscimo ou supressão do objeto, até o limite máximo de 25% (vinte e cinco por cento) do valor do contrato;
- III se for necessário acréscimo ou diminuição no caso de reforma até o limite máximo de 50% (cinquenta por cento);
- IV a critério da Administração se, após o edital, for lançado produto tecnologicamente mais avançado e o contratado aceitar fornecê-lo pelo preço da proposta;
 - § 2° O valor do contrato pode ser alterado quando:
- I-a alteração for consequência dos casos dos incisos I a III do parágrafo anterior;
- II visar a restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadoras ou impeditivas da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual;
- III ocorrer a criação, extinção ou alteração de quaisquer tributos ou encargos legais, ou a superveniência de disposições legais, após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, que deverão ser revistos para mais ou para menos, conforme o caso.
- I alteração do Projeto ou especificações, pela Administração;
- II superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato;
- III interrupção da execução do contrato ou diminuição do ritmo de trabalho, por ordem e no interesse da Administração;

- IV aumento das quantidades inicialmente previstas no contrato, nos limites permitidos por esta Lei;
- V impedimento de execução do contrato por fato ou ato de terceiro, reconhecido pela Administração em documento contemporâneo à sua ocorrência;
- VI omissão ou atraso de providências a cargo da Administração, inclusive quanto aos pagamentos previstos de que resulte, diretamente, impedimento ou retardamento na execução do contrato, sem prejuízo das sanções legais aplicáveis aos responsáveis.
- § 4º A garantia pode ser alterada quando conveniente a substituição a pedido do contratado ou licitante e aceita pela Administração.
- $\S~5^{\rm o}$ O regime de execução pode ser alterado em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários.
- § 6º A forma de pagamento pode ser alterada, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço.
- § 7º No caso de supressão de obras, bens ou serviços, se o contratado já houver adquirido os materiais e posto no local dos trabalhos, estes devem ser ressarcidos pela Administração pelos custos de aquisição regularmente comprovados.
- § 8º Havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deve restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.
- 2. Passa-se a examinar, pois, articuladamente, cada um destes dispositivos:
- Art. 102. Os contratos regidos por esta Lei podem ser alterados pela Administração Pública, precedidos das

devidas justificativas.

De plano, surpreende o Projeto por suprimir a consagrada bipartição entre alterações unilaterais e alterações bilaterais de contratos administrativos.

Com efeito, não perfilhando a divisão inserta na Lei nº 8.666/93, o Projeto consigna que os contratos "podem ser alterados pela Administração Pública" sem fazer qualquer referência, em toda sua extensão, à consensualidade entronizada no inc. II do art. 65 da vigente Lei.

De outra banda, o texto novo reestrutura o tratamento da matéria e a segmenta em três temas: alteração do **objeto**, do **valor** e do **prazo** do contrato.

2.1. Quanto à alteração do *objeto*, deduz:

 $\S~1^{\circ}~O$ objeto do contrato pode ser alterado por motivos imprevistos e alheios à vontade das partes:

O Projeto traz à colação as áleas contratuais, mas não as reúne todas nesta regra. Enquanto alteração do **objeto** do contrato, não figuram *neste mesmo* parágrafo outras causas ensejadoras dessas áleas, e sim no que respeita à alteração de **prazo** do ajuste $(v. \ 2^o, \text{ retro})$. São as seguintes as hipóteses deste $\ 1^o:$

I-se houver modificação do Projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;

A regra reproduz o disposto na al. "a" do inc. I do art. 65 ao cuidar de *alterações qualitativas*. Uma relevante modificação, todavia, se destaca: o Projeto alberga entendimento de corrente doutrinária que sustenta serem **inaplicáveis** os limites de 25% e 50% de que trata o § 1° do art. 65 àquelas alterações – v., dentre outros, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO¹ e MARÇAL JUSTEN FILHO².

Isso se colhe da nova conformação do dispositivo (que não mais aborda em apartado aqueles limites) e da redação do inciso a seguir, que versa sobre alterações quantitativas (somente às quais se aplicam aqueles percentuais):

II – se for necessário acréscimo ou supressão do objeto, até o limite máximo de 25% (vinte e cinco por cento) do valor do contrato;

¹ Curso de Direito Administrativo, 14^a ed., São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 563-564.

² Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 10^a ed., São Paulo: Dialética, 2004, pp. 536-537.

Esta limitação se inspira no § 1º do art. 65 da Lei. Dele em muito difere, contudo, seja (a) por expungir a exigência de que "o contratado fica obrigado a aceitar" ditos acréscimos e supressões – o que, se não retira poder de império da Administração, torna ao menos discutível esta alternativa em contraste com a lei precedente –; seja (b) por não mais referir "obras, serviços e compras" – neste caso evidenciando a aplicação a outros contratos –; seja ainda (c) por suprimir o atual atrelamento da alteração ao valor inicial *atualizado* do contrato. Mas não é tudo:

III – se for necessário acréscimo ou diminuição no caso de reforma até o limite máximo de 50% (cinqüenta por cento);

Tal inciso deflui também do § 1° citado acima, fracionado que foi no Projeto. Chama a atenção a supressão das *hipóteses* de reforma (de *edifício* ou de *equipamento*) constantes na Lei n° 8.666, exibindo o texto agora uma regra genérica.

IV – a critério da Administração se, após o edital, for lançado produto tecnologicamente mais avançado e o contratado aceitar fornecê-lo pelo preço da proposta;

Esta norma é completamente nova, como previsão isolada. Embora se subsuma, para efeito da Lei atual, ao que disciplina a al. "a" do inc. I do art. 65 – alterações qualitativas do contrato –, seu conteúdo retrata circunstâncias pontuais e recorrentes no quotidiano da Administração, tais como, v.g., as que envolvam equipamentos de informática. Mirando objetos de obsolescência célere, a regra procura solver impasse de molde a alcançar ao contratante um objeto que melhor atenda aos propósitos da licitação, conquanto pelo mesmo preço da proposta vencedora. Cumpre avaliar, outrossim, se o Administrador não deixaria de promover a contratação que melhor atendesse ao interesse público por ficar obstado por este requisito específico que lhe exigiria a lei. Nesse passo, o limite de 25% mostra-se mais consentâneo à realidade.

2.2. O segundo tópico que arrola o art. 102 atine à alteração do *valor* do objeto do contrato. Reza o texto, *verbis*:

 $\S\,2^{\circ}\,\text{O}\,\text{valor}\,\text{do}\,\text{contrato}\,\text{pode}\,\text{ser}\,\text{alterado}\,\text{quando}$:

 $I-a \ alteração \ for \ consequência \ dos \ casos \ dos \ incisos \ I \ a \ III \ do \ parágrafo \ anterior;$

Tal disposição é sucedâneo lógico do contido no parágrafo anterior. É curial que seus três primeiros incisos importem em aumento do valor do contrato; ao revés, o último, quarto, já condiciona a alteração ao preço da proposta.

II — visar a restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadoras ou impeditivas da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual;

A intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, garantia com assento constitucional, não sofre alterações no Projeto. A redação do inc. II é praticamente idêntica à da alínea "d" do inc. II do art. 65. Com a particularidade de que, pela nova sistemática adotada, não se situa dentre os casos de alteração por "acordo entre as partes" — consensualidade que seria inclusive intuitiva, mas cuja omissão não se afigura indiferente.

III – ocorrer a criação, extinção ou alteração de quaisquer tributos ou encargos legais, ou a superveniência de disposições legais, após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, que deverão ser revistos para mais ou para menos, conforme o caso.

O Projeto preserva a quase totalidade do $\S 5^{\circ}$ do art. 65. A substituição do verbo implicar ("implicarão"), pelo dever ("deverão" ser revistos para mais ou para menos os preços contratados), alberga compreensão doutrinária (v, especialmente, LEON FREJDA SZKLAROWSKY³) no sentido da efetiva compulsoriedade (já existente e aqui aclarada) daquela medida.

- 2.3. O terceiro fator alinhado no Projeto-de-Lei a ensejar a alteração do contrato administrativo o **prazo** de execução –, encontra-se assim veiculado:
 - § 3º O prazo de execução do contrato pode ser alterado quando houver:
 - I alteração do Projeto ou especificações, pela Administração;

³ "Alterações dos Contratos Administrativos – Revisão Contratual – Teoria da Imprevisão" in "A priori". INTERNET. Disponível em <a href=http://www.apriori.com.br/artigos. Acesso em 29 de outubro de 2004.

- II superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato;
- III interrupção da execução do contrato ou diminuição do ritmo de trabalho, por ordem e no interesse da Administração;
- IV aumento das quantidades inicialmente previstas no contrato, nos limites permitidos por esta Lei;
- V impedimento de execução do contrato por fato ou ato de terceiro, reconhecido pela Administração em documento contemporâneo à sua ocorrência;
- VI omissão ou atraso de providências a cargo da Administração, inclusive quanto aos pagamentos previstos de que resulte, diretamente, impedimento ou retardamento na execução do contrato, sem prejuízo das sanções legais aplicáveis aos responsáveis.

A reprise em bloco de todo o dispositivo tem por fundamento o fato deste § 3° haver trasladado, *in totum*, os incisos do § 1° do art. 57 da Lei n° 8.666. A alteração é positiva. Prorrogação e alteração possuem um nexo patente, tanto é que alguns daqueles incisos se reportam às hipóteses de incidência estampadas no § 1° desse mesmo art. 102. Assim, não há diferenças quanto à dicção da Lei de Licitações; apenas uma melhor adequação topológica, necessária e pertinente.

§ 4º A garantia pode ser alterada quando conveniente a substituição a pedido do contratado ou licitante e aceita pela Administração.

O preceito sub examine reescreve, em parte, regra da al. "a" do inc. Il do art. 65. Esta, porém, estipula a substituição acordada da garantia de execução do contrato. O Projeto, por mencionar a pessoa do licitante, amplia a permissão legal para compreender também a substituição da garantia de manutenção da proposta, v.g., previsão não contemplada no Estatuto de regência.

 $\S~5^{\rm o}~O$ regime de execução pode ser alterado em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários.

Este parágrafo, similar à al. "b" do inc. II do art. 65 da Lei, inova ao suprimir a modificação do modo de fornecimento como caso de alteração do contrato. Ainda, não mais alude a regime de execução de obra ou serviço, como se dá na Lei nº 8.666. Ademais, o Projeto perde a oportunidade de tornar essa alteração obrigatória (sem desconsiderar a anuência do particular na alteração do modo de execução, se

detiver capacidade operacional para isso), e não facultativa, como também a concebe aquela al. "b" do inc. II do art. 65. De efeito, diante da "verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários", não pode ficar ao alvedrio do administrador eleger tal mudança. Há subjacente interesse público primário na manutenção do contrato, observe-se, e a inaplicabilidade dos termos contratuais convencionados pode levar, senão à ruína do contrato, a sua imprestabilidade para os fins a que se destina.

§ 6º A forma de pagamento pode ser alterada, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço.

Já este comando normativo espelha, com pequena modificação de redação, a al. "c" do inc. II do art. 65 da Lei. Reedita, o Projeto, esse caso de duvidosa constitucionalidade, porquanto alvejaria a regra do inc. XXI do art. 37 da Constituição Federal, que assegura, blindando, o "valor efetivo da proposta". Adquire peculiar importância o "caput" desse art. 102, por conseguinte, onde consta que os contratos podem ser alterados pela Administração (quando esta alteração na Lei de Licitações é hoje decorrente de "acordo entre as partes"). Assim, em que pese evidente que toda alteração dessa natureza deva ser resultante de uma composição entre os contratantes, esse parágrafo parece por igual atentatório àquela proteção constitucional, em uma visão sistêmica do novo texto.

§ 7º No caso de supressão de obras, bens ou serviços, se o contratado já houver adquirido os materiais e posto no local dos trabalhos, estes devem ser ressarcidos pela Administração pelos custos de aquisição regularmente comprovados.

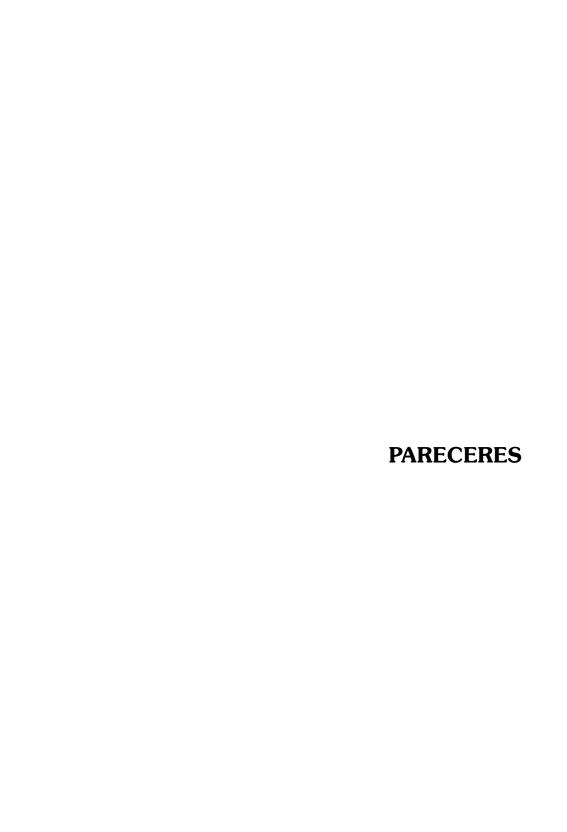
O dispositivo é semelhante ao do \S 4° do art. 65 da Lei, com evidente prejuízo. Elimina-se a menção a "monetariamente corrigido", quanto aos custos, mas não se cogita de uma recuperação inflacionária que, indisfarçavelmente, não é despicienda em uma economia trepidante. Não se pode perder de vista, pensamos, a irradiação jurídico-administrativa que tem esse tipo de diploma normativo, bem assim a plêiade de problemas que dele advém. Pragmaticamente, o Projeto-de-Lei, quanto a esta específica previsão, poderá evitar muita discussão acerca do óbvio. Mas o mais grave diz com a retirada da parte final do \S 4° do art. 64, que preconiza poder "caber indenização por outros danos eventualmente decorrentes da supressão, desde que regularmente comprovados". Em outras palavras, a inconstitucionalidade pelo rompimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato pela só consideração da

atividade do contratado como "colaborador" da Administração (em sentido não técnico) adquire agora outros e mais abrangentes contornos. Não se justifica a supressão operada.

§ 8º Havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deve restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.

Tem-se, in casu, renovação do § 6º do art. 65 da Lei. O dispositivo poderia abrigar o contido no § 8º da Lei nº 8.666, abarcando, em contraponto, o apostilamento. De todo modo, a alusão à alteração unilateral é inútil, porque também a bilateral provoca esse tipo de providência.

3. Em síntese, colima esta breve análise não apenas despertar o intérprete para as mutações postas no Projeto-de-Lei nº 146/03, em sede de alteração de contratos administrativos, mas, igualmente, fomentar a discussão necessária que se há de travar na espécie, ao tempo em que ainda se forma essa nova ordem. A construção do direito positivo, se não está infensa a influências metajurídicas menos nobres, não nega voz à ciência.



PARECER Nº 12738

Período eleitoral. Vedação do art. 73, VI, 'a', da Lei n° 9.504/97. Transferências voluntárias do Estado a Municípios. Lei Complementar n° 101/00. Exceções. Interpretação restritiva. Precedente do TSE.

O Senhor Diretor de Programação Orçamentária e Secretário Especial do Gabinete de Orçamento e Finanças dirige consulta sobre os efeitos da legislação eleitoral em relação à execução das verbas voluntárias do Orçamento 2000. Pondera que "existe uma série de Programas e Projetos - Atividades, com recursos alocados no grupo de despesa "outras despesas de capital" e "outras despesas correntes", que são executados com transferência de recursos a Municípios e Entidades", anexando alguns exemplos desses Programas e Projetos - Atividades.

É o breve relato.

A matéria atinente às condutas vedadas no período eleitoral está disciplinada na Lei nº 9.504, de 30.09.1997, havendo expressa proibição de efetuar transferência voluntária de recursos dos Estados aos Municípios, salvo nas situações que excepciona. Diz a lei, no que toca ao assunto em comento:

"Art. 73 São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais:

"(...)

VI - nos três meses que antecedem o pleito:

a) realizar transferência voluntária de recursos da União aos Estados e Municípios, e dos Estados aos Municípios, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvados os recursos destinados a cumprir obrigação formal preexistente para a execução de obra ou serviço em andamento e com cronograma prefixado, e os destinados a atender situações de emergência e de calamidade pública;"

A lei, ao mesmo tempo em que estabelece a proibição de transferências voluntárias, deixa de fora da vedação aqueles recursos vinculados a obrigações preexistentes para execução de obra ou serviço em andamento e com cronograma prefixado, e aqueles recursos para atendimento de emergência ou calamidade pública. Fora isso, a proibição é genérica e atinge todas as transferências voluntárias.

O Consulente menciona a existência de dotação orçamentária, com Programas e Projetos-Atividades, com recursos alocados no Orçamento, e que dizem respeito às mais variadas áreas de ação: infra-estrutura, econômica, administrativa, social (incluindo ações na esfera do SUS e da educação, dentre outras).

Porém, o fato de haver inclusão dessas atividades, programas e projetos na lei orçamentária, não decorre a existência de obrigação formal preexistente para execução de obra ou serviço em andamento e com cronograma prefixado. A autorização

orçamentária apenas viabiliza a assunção ou cumprimento de obrigações, ficando a correspondente despesa sujeita à observância do procedimento legal específico, vale dizer, vincula-se a uma obrigação específica, emanada de lei, contrato, acordo ou ajuste (art. 58 e segs. da Lei nº 4.320/64). Essas fontes obrigacionais e que vinculam o Estado, deverão encontrar, para sua legalidade, previsão orçamentária. Esta, no entanto, apenas viabiliza o comprometimento obrigacional, sem servir, isoladamente, à realização de despesas ou transferência de recursos.

Nessa linha de entendimento, posicionam-se J. TEIXEIRA MACHADO JR., E HERALDO DA COSTA REIS, sustentando, ao comentar o art. 63 da Lei n $^\circ$ 4.320/64: "(...)

A liquidação da despesa, pois, visa a:

I - apurar a origem e o objeto do que se deve pagar, ou seja, a razão ou a necessidade do gasto e o objetivo que deveria ter sido alcançado. O simples fato de o orçamento autorizar despesas, ou seja, a utilização de recursos ou insumos alocados aos vários projetos e atividades, não implica realizações sem obediência às prioridades estabelecidas. A finalidade precípua da liquidação da despesa, pois, é esta em que a origem e o objetivo do gasto devem ser verificados com muito vigor. (...) Os comprovantes da entrega do bem ou da prestação do serviço não devem, pois, limitarse a dizer "foi fornecido o material", foi prestado o serviço", mas devem refletir-se à realidade de um e de outro, segundo as especificações constantes do contrato, ajuste ou acordo, ou da própria lei que determinou a despesa" (A Lei 4.320 Comentada, Ed. Dior, $19^{\rm a}$ ed., p. 127).

Assim, posta a noção do que seja obrigação formal, há que se Ter presente também que a lei eleitoral não apenas exige a existência de instrumentos criadores de obrigações de pagamento ou transferências de recursos pelo Estado, mas toma como imprescindível a preexistência da obrigação em relação aos três meses que antecedem o pleito, como quer ainda que o serviço ou obra esteja em andamento e tenha cronograma prefixado. Eis aí mais uma restrição da lei eleitoral, não bastando, portanto, que a obrigação exista, sendo mister a sua preexistência e os demais requisitos recém elencados (que a obra ou o serviço esteja em andamento e que haja cronograma prefixado).

Outra exceção consiste naqueles recursos que se destinam ao atendimento de situações de emergência e de calamidade pública. Essas hipóteses devem ser analisadas caso a caso e, uma vez tipificadas de tal forma, ficam de fora da proibição.

A interpretação da norma legal sob enfoque não pode ser feita isoladamente, devendo-se integrá-la ao sistema jurídico pátrio. Nesse sentido, a proibição versada na espécie diz respeito apenas à realização de transferência voluntária de recursos de um para outro ente da Federação. Assim, há que se entender restritamente o conceito de transferência voluntária, recorrendo-se, para tanto, ao direito financeiro.

A recente Lei Complementar n° 101, de 4.05.2000, define da seguinte forma as transferências voluntárias:

"Art. 25 Para o efeito desta Lei Complementar, entende-se por transferência voluntária a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a

título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde.

- $\S~1^{\rm o}$ São exigências para a realização de transferência voluntária, além das estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias:
 - I existência de dotação específica;
 - II (vetado);
 - III observância do disposto no inciso X do art. 167 da Constituição;
 - IV comprovação, por parte do beneficiário, de:

que se acha em dia quanto ao pagamento de tributos, empréstimos e financiamentos devidos ao ente transferidor, bem como quanto à prestação de contas de recursos anteriormente dele recebidos;

- b) cumprimento dos limites constitucionais relativos à educação e à saúde;
- c) observância dos limites das dívidas consolidada e mobiliária, de operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, de inscrição em Restos a Pagar e de despesa total com pessoal;

previsão orçamentária de contrapartida.

- $\S~2^{\rm o}$ É vedada a utilização de recursos transferidos em finalidade diversa da pactuada.
- § 3º Para fins de aplicação das sanções de suspensão de transferências voluntárias constantes desta Lei Complementar, excetuam-se aquelas relativas a ações de educação, saúde e assistência social".

Como se vê pelo texto expresso da recém vigente Lei de Responsabilidade Fiscal, não integram o conceito de transferência voluntária aqueles recursos decorrentes de determinação constitucional, legal e os destinados ao Sistema Único de Saúde. A inovação estaria apenas quanto aos recursos do SUS que excedam os percentuais vinculados, pois as transferências de recursos constitucional ou legalmente impostas jamais poderiam ser consideradas voluntárias, mas necessárias. O mesmo vale para aquelas determinadas por força de decisão judicial e as que se destinam a atender situações e emergência ou calamidade pública.

Desse modo, mesmo que excedam os percentuais de despesas constitucionalmente vinculadas, por disposição constitucional ou legal, poderão ser efetuadas transferências no âmbito do SUS.

Essa interpretação harmoniza-se com o art. 73, VI, "a", da lei nº 9.504/97, porquanto é em matéria de direito financeiro que deve ser buscada a definição do que sejam as transferências voluntárias, já que não estabelecida a conceituação na própria lei eleitoral.

Incumbe consignar que são restritos os precedentes doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema. Refiro aqui os comentários de PEDRO ROBERTO DECOMAIN:

"Com o objetivo de beneficiarem os candidatos que apoiam às eleições estaduais e municipais, acontece por vezes que administradores estaduais e federais providenciem a transferência de recursos para os Estados, Distrito Federal ou Municípios, com o objetivo de utilizarem tais recursos não diretamente em pagamento de campanhas eleitorais, mas em serviços e obras públicas iniciados ou incrementados precisamente

no período pré-eleitoral, com o objetivo de com isso obter maior votação a seus afiliados.

Para que essa conduta seja evitada, o artigo proíbe as transferências voluntárias de recursos da União para os estados e Municípios, e também dos Estados para os Municípios, nos três meses que antecedem a data das eleições - inclusive em segundo turno, onde houver - ressalvando apenas as transferências destinadas ao cumprimento de acordos ou convênios celebrados anteriormente, para execução de obra ou serviço em andamento e com cronograma prefixado, e os destinados a atender situações de emergência e calamidade pública.

O dispositivo se refere, com todo acerto, às transferências voluntárias, eis que aquelas obrigatórias por força da Constituição Federal ou de outras Leis (participação dos Municípios em receita de impostos da União ou Estados e participação destes em impostos da União são o exemplo mais claro), devem prosseguir, pena de ser até mesmo inviabilizada a administração pública estadual, distrital ou municipal, que depende em larga escala dessas transferências.

A Lei nº 9.100/95, que regulou as eleições municipais de 1996, dizia que as transferências feitas com violação a essa disposição, que já constava também do art. 82 daquela lei, podiam ser sustadas pela Justiça Eleitoral, assim como podia esta determinar, em conseqüência, também a suspensão do emprego dos recursos até a data da eleição, a requerimento de qualquer candidato, partido ou coligação, e também requerimento do Ministério Público Eleitoral. (...) A lei aqui anotada também inclui, entre as sanções pelo descumprimento das normas do presente art. 73, a suspensão imediata da conduta vedada (§ 4°), o que significa evidentemente também a suspensão da transferência proibida ou, se esta já tiver ocorrido, a suspensão do emprego dos recursos recebidos, até depois da posse dos eleitos. O requerimento nesse sentido pode ser feito por qualquer candidato, partido ou coligação, e também pelo Ministério Público Eleitoral" (Eleições. Comentários à Lei n° 9.504/97, Ed. Obra Jurídica, págs. 216/217).

No mesmo sentido posiciona-se PEDRO HENRIQUE TÁVORA NIESS:

"A vedação, além da fronteira temporal, encontra os lindes da transferência voluntária, ressalvados estritamente os recursos destinados a cumprir obrigação formal preexistente para execução de obra ou serviço em andamento e com cronograma prefixado, a fim de que não sofram paralisação. Tais recursos, pois, não hão de atender senão obrigações que se encaixem perfeitamente no figurino descrito, respeitados os requisitos exigidos, deixadas de fora as novas obrigações, ou as que não sejam relativas à execução de obra ou serviço, ou que a obra ou serviço, conquanto preexistente, já não se tenha iniciado, ou, finalmente, que não conte com cronograma previamente fixado. A meta da obstância é contornável, não sendo descartável planejamento feito exatamente para cair na exceção prevista.

Não são voluntárias, mas necessárias, as transferências de recursos constitucional ou legalmente impostas, ou as determinadas pelo Judiciário e aquelas que visam a atender situações de emerg~encia e de calamidade pública" (Condutas Vedadas em Campanhas Eleitorais, Ed. Edipro, 1998, p. 51).

Deve-se considerar, ainda, que a proibição de transferências voluntárias, nos

termos da lei eleitoral enfocada, abrange, quanto aos entes implicados, apenas as pessoas jurídicas mencionadas na norma de vedação (União, Estados e Municípios). Sobre isso há precedente do TSE, no sentido de afirmar que as hipóteses relacionadas no item VI, letra "a" do art. 73, não podem sofrer alargamento por meio de interpretação extensiva de seu texto (Recurso Especial Eleitoral, Proc. nº 16040, j. 11.11.99, DJ, 4.2.2000, p. 30). Também esta Procuradoria-Geral do Estado, na Informação nº 13/00, de autoria da Procuradora do Estado Maria Denise Feix de Vargas, respondendo consulta sobre a data-limite para firmar convênios, restringiu a incidência da norma às transferências voluntárias entre as pessoas de direito público interno.

Diante do exposto, concluo:

- a) a consignação de previsão orçamentária, desvinculada de obrigação formalizada pelos meios legalmente previstos, não ampara, isoladamente, a realização de transferências voluntárias aos Municípios, nos três meses que antecedem o pleito;
- b) para que as transferências possam ocorrer no período de vedação imposto pela Lei n° 9.504/97, mister amparem-se em obrigação formal preexistente para execução de obra ou serviço em andamento e com cronograma prefixado;
- c) ficam de fora da proibição os casos de emergência e de calamidade pública e, nos termos da LC $n^{\rm o}$ 101/00, a entrega de recursos decorrente de determinação constitucional ou legal e os destinados ao SUS, neste caso, independente do percentual vinculado;
- d) conforme está expresso na norma em evidência (alínea 'a' do inciso VI do art. 73 da Lei n° 9.504/97), a proibição por ela preconizada alcança apenas as transferências voluntárias de recursos da União aos Estados e Municípios e dos Estados aos Municípios, não se alastrando para outras entidades.

É o parecer.

Porto Alegre, 11 de maio de 2000.

Maria Tereza Oltramari Velasques Procuradora do Estado.

Ref.: Exp. SPI 12807-1000/00-0 Processo nº 012807-10.00/00.0

Acolho as conclusões do PARECER nº 12738, do Gabinete da Procuradoria-Geral do Estado, de autoria da Procuradora do Estado Doutora MARIA TEREZA OLTRAMARI VELASQUES.

Restitua-se o expediente ao Excelentíssimo Senhor Secretário Especial do Gabinete de Orçamento e Finanças - GOF.

Em 24 de maio de 2000.

Paulo Peretti Torelly, Procurador-Geral do Estado.

PARECER Nº 13521

CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA. RESERVA DE VAGAS. ORDEM DE NOMEAÇÃO. A Constituição Federal determina a reserva de vagas para pessoas portadoras de deficiência, mas não estabelece direito de preferência à nomeação.

O Sr. Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Administrativos encaminha, para exame e parecer, expediente em que CLETO PAULO GREGORI, por intermédio de procurador constituído, requer sua nomeação para o cargo de motorista do Quadro de Pessoal da Procuradoria-Geral do Estado.

O interessado informa que é deficiente físico, tendo logrado aprovação no concurso público para o cargo de motorista realizado no ano de 2002, figurando em primeiro lugar dentre os candidatos inscritos na condição de portadores de deficiência.

Noticia que o Diário Oficial do Estado de 20 de junho de 2002 veiculou a nomeação dos quatro primeiros classificados para o cargo de motorista, todos da lista dos não portadores de deficiência, o que feriria sua expectativa de assumir o cargo, porquanto entende que sempre que ocorrer a nomeação de um não deficiente faz-se necessária a nomeação de um candidato portador de deficiência, sob pena de discriminação.

Invoca em seu favor o disposto no artigo 70, XXXI, da Constituição Federal, o Decreto 3.298/99, as Leis 8.213/91 e 10.228/94 e decisão emanada da 3a Turma do Tribunal Regional Federal da 4a Região. Evoca, também, hipótese análoga que teria ocorrido no Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento em que a nomeação do primeiro classificado da lista dos portadores de deficiência deu-se ao mesmo tempo que a nomeação do primeiro classificado dos não deficientes, embora sua classificação tivesse sido inferior a dos demais candidatos não portadores de deficiência.

Requer, por fim, que o Estado do Rio Grande do Sul emita parecer técnico e jurídico sobre a matéria e, admitindo ter agido com discriminação e injustiça, nomeie o interessado para o cargo de motorista, ainda que, para tanto, necessário exonerar os candidatos nomeados na 2a, 3a e 4a classificação, em respeito ao direito legal de preferência de admissão em concurso público dos candidatos portadores de deficiência.

Anexa ao requerimento as listas finais de classificação do concurso público, os atos de nomeação para provimento de diversos cargos, dentre eles as quatro nomeações para o cargo de motorista, e documentos sobre a situação ocorrida no Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento.

Por determinação do Coordenador da Procuradoria de Pessoal, o Departamento de Administração desta Procuradoria-Geral do Estado junta ao expediente o Boletim Informativo do Concurso, contendo o Edital no 01/2002, e cópia da Lei 10.228/94, vindo o expediente, então, para apreciação.

É o relatório.

De início, convém registrar que a Lei no 11.684, de 06 de novembro de 2001, que reorganizou o Quadro de Pessoal da Procuradoria-Geral do Estado, criando e extinguindo cargos e redefinindo atribuições, ampliou de 3(três) para 12(doze) os cargos de motorista.

Depois, mediante o Edital no 01/2002, foram abertas inscrições ao concurso público para preenchimento de diversos cargos do Quadro de Pessoal da Procuradoria-Geral do Estado, com oferta de 11(onze) vagas para o cargo de motorista, das quais 1(uma) destinada ao provimento por portadores de deficiência.

Tal reserva de vaga para candidatos portadores de deficiência se assentou na Lei no 10.228/94 que, regulamentando o artigo 19, inciso V, da Constituição Estadual, dispõe em seu artigo 3o:

"Art. 3o - Os concursos para provimento de cargo público destinarão, na forma do parágrafo único do artigo 1o, no mínimo 10% (dez por cento) das vagas para as pessoas portadoras de deficiência.

§ 10 - Não ocorrendo a aprovação de candidatos portadores de deficiência em número suficiente para ocupar os cargos previstos em reserva de mercado, estes serão preenchidos pelos demais aprovados.

§ 20 - Caso o número de vagas oferecidas impossibilite a obtenção do percentual de 10% (dez por cento) previsto no "caput", no mínimo uma delas será destinada ao concurso de deficientes."

Realizado o certame e homologado o resultado final pelo Edital no 10/2002 (D.O.E. de 20/06/2002), obtiveram classificação para o cargo de motorista 328 (trezentos e vinte e oito) candidatos dentre os não portadores de deficiência, enquanto apenas o interessado logrou classificação entre os candidatos inscritos na condição de portadores de deficiência.

Em 04 de julho de 2002 foi veiculado no Diário Oficial do Estado ato governamental de nomeação de diversos candidatos para os diferentes cargos do Quadro de Pessoal da Procuradoria-Geral do Estado, incluindo a nomeação dos primeiros quatro classificados ao cargo de motorista, todos da lista dos candidatos não portadores de deficiência.

E precisamente aí reside a inconformidade do interessado, que sustenta que deveria ter sido nomeado naquela oportunidade, em 20 lugar, ao fundamento de que sempre que ocorrer nomeação de um candidato não portador de deficiência, deverá ocorrer a nomeação de um portador de deficiência.

Contudo, embora seja certo que a Constituição Federal, além de proibir a "discriminação negativa" dos portadores de deficiência, conferiu-lhes "discriminação positiva" como modo de compensar a deficiência e, assim, criar condições de igualdade material com as demais pessoas (art. 7 o, XXXI; art. 24, XIV; art. 203, V; art. 227, § 20; art. 244), também é verdadeiro que o texto constitucional não estabelece direito de preferência em favor dos portadores de deficiência, isto é, não determina que o candidato portador de deficiência deva ser nomeado em primeiro lugar. Com efeito, veja-se o teor do inciso VIII do artigo 37 da Carta Magna:

"Art. 37 -

VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá critérios de sua admissão;"

A norma limita-se, pois, a determinar que a lei reserve vagas para os portadores de deficiência, tendo por escopo sua proteção contra possíveis discriminações que possam sofrer em razão de suas limitações, procurando garantir a equação da igualdade de todos perante a lei. Todavia, essa "discriminação positiva", que busca viabilizar a inserção dos portadores de deficiência no mercado de trabalho, não pode ser interpretada de modo a resultar na concessão de benefícios exagerados aos mesmos, porque isso ensejaria discriminação "às avessas", fazendo letra morta os desígnios paritários da Constituição da República.

O artigo 19, V, da Constituição Estadual, por sua vez, apenas repete a previsão do texto federal, enquanto o artigo 3o da Lei 10.228/94 fixa em 10% (dez por cento) o percentual de vagas reservadas aos candidatos portadores de deficiência, sem, porém, determinar que estes devam ser nomeados com preferência sobre os não deficientes.

De conseguinte, em face da reserva legal de 10% das vagas aos candidatos portadores de deficiência, tem-se que dentre cada 10 (dez) candidatos convocados, deverá ser convocado 1 (um) da lista dos portadores de deficiência, ainda que sua classificação seja inferior ao último da lista dos não-deficientes. Todavia, ainda que figurando em lista distinta, se o candidato portador de deficiência ostentar classificação superior a de algum dos candidatos não portadores de deficiência, deverá ser nomeado com observância desta classificação, posto que a reserva de vagas não pode resultar em discriminação negativa.

E esse entendimento já restou sufragado pela Segunda Seção do Tribunal Regional Federal da 4a Região que, modificando a decisão da 3a Turma invocada pelo interessado em seu requerimento, decidiu, à unanimidade, no julgamento dos embargos infringentes:

"CONCURSO PÚBLICO. DEFICIENTE FÍSICO. RESERVA DE VAGAS. CR/88, ART. 37, INC.VIII. LEI No 7.853/89, ART. 20, INC. III, AL. "D". DEC. No. 3.298/99, ART. 35.

Ausente a auto-aplicabilidade tanto do dispositivo constitucional como do legal, à época da publicação do edital do concurso, este pode, discricionariamente, dispor sobre a reserva de mercado de trabalho assegurada aos deficientes físicos.

A prioridade assegurada pela Constituição e pela lei não deve ir ao ponto de pressupor a convocação do deficiente melhor posicionado em sua classe com preterição de todos os não-deficientes ou, por outras palavras, a chamada, em primeira convocação, de um deficiente, para somente depois dela ser procedida a chamada de todos e quaisquer não-deficientes, devendo cingir-se à reserva de mercado na medida do percentual adotado." (grifei) (Embargos Infringentes em AC no 1998.04.01.075840-1/SC, Relator Desembargador Federal Valdemar Capeletti, julgado em 13/06/2001)

E da fundamentação do acórdão impõe-se destacar o seguinte excerto:

"(...)Relativamente à ordem de convocação dos candidatos aprovados, impõe-

se o registro inicial de que devem ser organizadas duas listas de classificação, uma para os não-deficientes e outra para os deficientes físicos. Tomando-se em consideração o critério da prioridade, deve ser reconhecido o direito de o deficiente físico, mesmo classificado abaixo do último dos não-deficientes, de ser chamado para completar a quota assegurada, ainda que essa convocação implique em preterição de nãodeficientes melhor classificados. Essa, a meu ver, a prioridade correspondente à discriminação positiva contida na Lei Maior. Todavia, essa prioridade não deve ir ao ponto de pressupor a convocação do deficiente melhor posicionado em sua classe com preterição de todos os não deficientes ou, por outras palavras, a chamada, em primeira convocação, de um deficiente, para somente depois dela ser procedida a chamada de todos e quaisquer não-deficientes. Admitida esta segunda prioridade, seria forçoso reconhecer que a Constituição, além da reserva percentual, estaria concedendo aos deficientes físicos mais um direito, qual seja, o de prelação absoluta. Com vista ao caso vertente, reservado o percentual de 5% das vagas aos candidatos portadores de deficiência e, até o momento, convocados tão-somente dez candidatos, nenhum daqueles teria direito a qualquer dessas vagas, mas tão-somente a uma hipotética convocação para o implemento da vigésima vaga."

E em idêntico sentido a decisão da 3a Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, no julgamento da Apelação Cível no 20000110667000, assim ementada:

"ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. CONCURSO PÚBLICO. DEFICIENTE FÍSICO. NOMEAÇÃO. PERCENTUAL DE VAGAS ASSEGURADO. EXPECTATIVA DE DIREITO.

- 1 Ao candidato portador de deficiência não é assegurado direito de ser nomeado em primeiro lugar, mas sim, o direito a percentual reservado de vagas (art. 37, VIII, CF).
- 2 A aprovação em concurso público não assegura a nomeação do candidato, havendo tão-somente expectativa de direito por parte deste, porquanto à administração é reservado o direito de nomear a quantidade que lhe aprouver, no momento em que for mais conveniente e possível. (Relator Desembargador VASQUEZ CRUXÊN, DJU de16/10/2002)

E o voto do Relator bem esclarece o posicionamento adotado:

"(...) Conquanto o autor tenha sido aprovado em 10 lugar dentre os candidatos portadores de deficiência, não o foi na classificação geral, ou seja, possuía apenas expectativa de direito de ser nomeado para uma das três vagas, conforme sua posição em relação aos outros dois, uma vez que a Lei Distrital no 160/91, que regulamenta o art. 37, inc. VIII da Constituição Federal, não prevê que o candidato deficiente seja nomeado para provimento da primeira vaga. Como bem delineado pelo Parecer Ministerial, se ao candidato portador de deficiência fosse assegurado o direito de ser nomeado em primeiro lugar, não haveria falar em percentual reservado, mas sim em direito de preferência, o que, evidentemente, não atende o fim colimado pela aludida Lei."

 $E\,para\,que\,n\~{a}o\,pairem\,d\'{u}vidas,\,conv\'{e}m\,dizer\,que\,tanto\,a\,Lei\,Federal\,8.213/$

91 quanto o Decreto Federal 3.298/99 não são aplicáveis na espécie porque o Estado detém competência para regulamentar, no âmbito da administração estadual, a norma do artigo 37, VIII, da CF/88 e, ademais, estabelecem reserva de vagas em percentual inferior ao determinado pela legislação estadual.

Por fim, registre-se que a hipótese ocorrida no Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento é totalmente distinta da ora em exame, porque sendo apenas 2(duas) as vagas disponibilizadas no certame, uma restou reservada ao candidato portador de deficiência, em atenção ao disposto no artigo 37, § 20 do Decreto Federal 3.298/99, incidente na espécie por tratar-se de órgão integrante da administração pública federal.

Assim, na hipótese vertente, considerando serem 11 (onze) as vagas oferecidas no concurso, com reserva de 1(uma) para portador de deficiência, e tendo sido convocados até o momento apenas 4(quatro) candidatos, sem que o interessado ostente classificação final superior a de nenhum destes, não há que se cogitar de preterição, tendo o requerente apenas expectativa de direito à convocação para a décima vaga, durante o prazo de validade do concurso.

Ante o exposto, o parecer é pelo indeferimento do pedido.

Porto Alegre, 07 de janeiro de 2003.

ADRIANA MARIA NEUMANN, PROCURADORA DO ESTADO.

Processo n° 036574-1000/02-8 Processo n° 0036574-10.00/02-8

Acolho as conclusões do Parecer $n^{\rm o}$ 13.521, da Procuradoria de Pessoal, de autoria da Procuradora do Estado Doutora ADRIANA MARIA NEUMANN.

Restitua-se o expediente ao Gabinete do Excelentíssimo Governador do Estado.

Em 07 de fevereiro de 2003.

Helena Maria Silva Coelho, Procuradora-Geral do Estado.

PARECER 13846

CONTRATO ADMINISTRATIVO. ALTERAÇÕES QUANTITATIVAS E QUALITATIVAS. LIMITES DE VALOR. EXEGESE DO ARTIGO 65, PARÁGRAFOS 1° E 2° DA LEI N° 8666/93

 $1.\ O$ presente processo administrativo, constituído de seis volumes, é remetido para esta Procuradoria-Geral pela Secretaria de Estado dos Transportes, versando consulta acerca da possibilidade de firmatura de termo aditivo ao Contrato de Obras e Serviços de Engenharia nº 003/2002, celebrado pela Superintendência do Porto de Rio Grande (SUPRG) e a empresa SERVENG-CIVILSAN S/A Empresas Associadas de Engenharia, cujo objeto é "a construção de dois berços com 225m (duzentos e vinte e cinco metros) cada um, destinados à movimentação de fertilizantes e contêineres, no cais do Porto Novo do Rio Grande, em projeção, entre os cabeços nº 8 e nº 23, conforme projeto, anexo ao Edital" (cláusula primeira), pelo preço de R\$ 11.508.482,18 (onze milhões, quinhentos e oito mil, quatrocentos e oitenta e dois reais e dezoito centavos).

Referido contrato sofreu o Primeiro Termo Aditivo em 24 de dezembro de 2002, através do qual foi o prazo de vigência prorrogado, bem como adicionado ao contrato o valor de R\$ 2.619.522,07 (dois milhões, seiscentos e dezenove mil, quinhentos e vinte e dois reais e sete centavos).

Pretende a Secretaria consulente firmar o segundo termo aditivo ao contrato em apreço, para fins de dilatação de prazo e acréscimo de valor, na ordem de R\$ 2.770.879,15 (dois milhões, setecentos e setenta mil, oitocentos e setenta e nove reais e quinze centavos). Esse valor, somado ao primeiro termo aditivo, configura um acréscimo de 46.8% no preço inicial contratado.

Submetido o processo a exame da Assessoria Jurídica da Secretaria dos Transportes, foi exarada manifestação no sentido do encaminhamento a esta Casa, a fim de analisar o enquadramento da questão na hipótese prevista na Lei nº 8.666/93, artigo 65, parágrafo 1° , perquirindo a secretaria consulente se o caso estaria albergado pela primeira parte ou pela segunda parte do dispositivo, ou seja, se possível o aditamento do contrato na ordem de 25% ou de 50% do valor inicial pactuado.

É o relatório.

2. A Superintendência do Porto de Rio Grande (SUPRG) e a empresa SERVENG-CIVILSAN S/A Empresas Associadas de Engenharia celebraram contrato, em 20 de março de 2002, para "a construção de dois berços com 225m (duzentos e vinte e cinco metros) cada um, destinados à movimentação de fertilizantes e contêineres, no cais do Porto Novo do Rio Grande, em projeção, entre os cabeços nº 8 e nº 23, conforme projeto, anexo ao Edital", conforme cláusula primeira do Contrato nº 003/ 2002-SUPRG.

Dita obra está inserida no contexto do projeto de modernização da estrutura do Porto Novo do Rio Grande, consoante informado pela assessoria técnica da Superintendência do Porto - Informação nº 017/03 AT -, que esclarece:

"O objetivo do projeto de modernização do cais do Porto Novo do Rio Grande consistiu em:

- -Aumentar a profundidade naquele local de atracação, para permitir a operação de navios maiores (até 40 pés de profundidade). A oferta desse diferencial permitirá que os navios possam carregar mais 20.000 toneladas de carga, em relação às possibilidades atuais. A maioria das embarcações modernas estão situadas nessa faixa de profundidade operacional (30 à 40 pés).
- Possibilitar a instalação de equipamentos portuários modernos, de maior porte e com maior capacidade operacional.
- Permitir a operação de navios modernos, que dispõem de equipamentos laterais de propulsão. Tais equipamentos, que dotam a maioria dos modernos navios, estão proibidos de serem utilizados nesse cais tendo em vista que sua estrutura não foi construída para absorver essas forças diretas agindo sobre si. A utilização desses equipamentos reduz significativamente os custos da operação de atracação de um navio no cais." (grifos do original)

Iniciada a execução do contrato, foram detectadas situações imprevistas que provocaram alterações nas obras e serviços, como especificado na Informação nº 017/03 - AT: "Após o início da obra, já na execução das primeiras atividades, surgiram imprevistos que provocaram alterações no prazo e no custo. Por tratar-se de modernização de uma estrutura antiga, construída há mais de 85 anos, era plenamente admissível que, na execução de qualquer alteração nessa estrutura de grande porte e com características de engenharia especialíssimas, ocorressem fatos supervenientes, tais como:" (grifos do original). Assim, por exemplo, foi identificada uma "viga de concreto enterrada ao longo de todo o comprimento da obra e em posição coincidente com a nova estrutura de sustentação de guindaste"; verificada "a existência de estruturas metálicas antigas no cais a ser reformado, destinadas à movimentação de fertilizantes e minérios".

Além destas situações imprevistas verificadas no período de execução da obra, houve também solicitações da comunidade portuária local para que fosse alterado o projeto da obra, tornando o cais mais versátil na sua utilização, conforme asseverado na citada Informação no 0.017/2003 - AT:

"Após o início das obras, surgiram solicitações das entidades representativas da comunidade portuária do Rio Grande, visando a alteração do projeto para atender a um uso mais abrangente do cais a ser modernizado e pleiteando o reestudo do Projeto Executivo (folha 1588). A reivindicação dos Operadores Portuários era voltada mais especificamente para a utilização de guindastes móveis, do tipo Gottwald HMK280, nesse trecho de cais.

Conforme destacaram as entidades, os Operadores Portuários que se utilizam daquele trecho de cais público são empresas de pequeno e médio porte e que dispõem de equipamentos mais versáteis e mais econômicos que os equipamentos utilizados como padrão no projeto inicial.

Além disso, a adequação do novo cais para outros equipamentos traria maior

flexibilidade e maior aproveitamento em termos de utilização plena, possibilitando o manuseio de uma maior variedade de cargas.

Em análise procedida pela SUPRG, verificou-se que realmente procedia a reivindicação dos Operadores Portuários, já que o projeto em execução contemplava exclusivamente a operação de guindastes especiais para contêineres (Portêineres), com movimentação apenas sobre trilhos. Identificamos que, nas memórias de cálculo - parte do projeto executivo - não foi considerado o uso de auto-guindastes (móveis) naquela plataforma de cais.

A Direção da SUPRG entendeu que o reestudo do projeto, se efetuado naquele momento, implicaria em despesas que seriam de pequena monta, se consideramos a vida útil daquela instalação portuária e o retorno financeiro advindo da movimentação de todos os tipos de carga. Essa versatilidade seria possível com o atendimento da alteração solicitada. Entendeu, ainda, que esse retorno financeiro se daria, não somente pelo aumento de receita portuária mas, principalmente pelos reflexos econômicos e sociais na economia da região e do Estado do Rio Grande do Sul.

A adaptação da obra de modernização do Cais do Porto Novo, para a operação de todo o tipo de equipamento portuário, exigiu a alteração do projeto e provocou a paralisação de alguns serviços. Como conseqüência, implicou na alteração de diversas etapas construtivas, as quais listamos cronologicamente:" (grifos do original)

Em razão dos fatos acima narrados - ocorrência de situações imprevistas e solicitação da comunidade de alteração do projeto para melhor utilização do portofoi firmado, em 24 de dezembro de 2002, o Primeiro Termo Aditivo ao contrato, no valor de R\$ 2.619.522,07, sendo necessário, agora, firmar novo aditivo, no valor de R\$ 2.770.879,15, conforme elucidado na Informação n $^{\rm o}$ 017/03 - AT:

A Planilha Analítica de Quantidades e Valores Consolidada, constante das folhas 2210 a 2216, apresenta um resumo de todas as atividades da obra . Inicialmente foram elencados todos os serviços que compõem a obra, com a previsão final (coluna Projeto Revisado), no valor de 16.220.748,96. A seguir estão relacionados os serviços inicialmente contratados (Projeto Contrato), no valor de R\$ 11.508.482,18. Também foram listados os serviços constantes do Primeiro Termo Aditivo (Aditivo n1), no valor de R\$ 2.619.522,07. Finalmente, estão relacionados os serviços que faltam ser aditivados (Saldo a aditivar), no valor de R\$ 2.770.879,15. Nessa planilha aparece o valor não utilizado do Primeiro Contrato, motivado pelas alterações de projeto, somando R\$ 678.143,17.

Impende, pois, verificar a viabilidade de ser firmado novo termo aditivo ao contrato originário.

3. É traço característico fundamental dos contratos administrativos a mutabilidade, no que se diferem essencialmente dos contratos privados, orientados pelo princípio do pacta sunt servanda. No contrato administrativo, prevalece o atendimento do interesse público, estando o objeto contratual voltado à satisfação de uma finalidade coletiva. Por isso, admitem-se a presença de cláusulas exorbitantes do direito comum, conferindo-se supremacia à Administração Pública na relação contratual, permitindo-se-lhe que instabilize o vínculo se necessário ao atendimento

do interesse público perseguido. Nas palavras de CAIO TÁCITO:

"O princípio de igualdade entre as partes cede passo ao da desigualdade no sentido da prerrogativa atribuída ao Poder Público de fazer variar a obrigação da outra parte na medida necessária à consecução do fim de interesse público que é o alvo da atividade estatal.

"A chamada mutabilidade do contrato administrativo é uma cláusula implícita, a que adere a outra parte, em razão da qual a Administração Pública pode modificar, dentro do âmbito da razoabilidade, a obrigação de co-contratante, uma vez seja respeitado o objeto do contrato.

"Em correspondência a este poder unilateral da Administração será assegurado ao outro contratante o chamado direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, de modo a que se torne estável a equivalência entre as obrigações de dar, ou de fazer, de um agente e a obrigação de pagar do outro ator da relação bilateral". (In "Contrato Administrativo - Alteração Quantitativa e Qualitativa - Limites de Valor", publicado na RDA 198/363).

Portanto, facultado ao Poder Público proceder à alteração do contrato administrativo, nas hipóteses previstas na legislação, podendo fazê-lo de forma unilateral ou mediante acordo com o particular-contratado.

Desde já, mister ressaltar que o primeiro limite à extensão de alterações contratuais diz respeito à mantença do objeto do contrato, que não admite ser transfigurado através de posteriores alterações, eis que o contrato encontra-se vinculado a prévio procedimento licitatório em que determinado o seu objeto. Mais uma vez, calha a lição de CAIO TÁCITO:

"Em qualquer caso o contrato terá necessariamente objeto certo e determinado, a ser expresso em projeto básico, integrante do edital.

"À luz dessa dimensão ou escala do contrato é que se irá definir o projeto executivo e suas especificações pelas quais se governará a execução contratual.

"A regra da mutabilidade do contrato administrativo tem como fronteira o obrigatório respeito à predeterminação de seu objeto a ser cumprido pelas prestações contratuais.

"A complementação permitida nas condições operacionais do contrato, visando ao seu aperfeiçoamento técnico ou à atualização dos encargos do contratado, não se compatibiliza com a substituição da essência do projeto básico, ou seja, do objeto específico do contrato.

"Esta é a medida da flexibilidade das cláusulas de serviço que poderão contemplar situações imprevistas desde que guardem coerência com a substância do serviço contratada e se mantenham na órbita de seu objeto. (ob. cit., p. 364)."

Assim, pois, correlato ao princípio da mutabilidade do contrato administrativo e impondo limites a ele, exsurge o princípio da inalterabilidade do objeto.

4. A Lei de Licitações e Contratos - Lei nº 8666/93 - contempla o princípio da mutabilidade do contrato administrativo, prevendo, no artigo 58, inciso I:

"Art. 58 - O regime jurídico dos contratos administrativos instituídos por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;"

A seu turno, o artigo 65 da citada lei traz as hipóteses em que são admitidas as alterações no contrato administrativo:

"Art. 65 - Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I - unilateralmente pela Administração:

quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;

quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei:

II - por acordo das partes:

(...)

Parágrafo primeiro - O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinqüenta por cento) para os seus acréscimos.

Parágrafo 2° - Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo:

I - (Vetado)

II - as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes.

(...)

Tratamento semelhante era dado à matéria na anterior legislação, Decreto-Lei $n^{\circ} 2.300/86$, art. 55.

Analisando os mandamentos legais pertinentes à questão, a maioria dos autores esposa entendimento de que há uma diferenciação entre alteração qualitativa do objeto contratual e alteração quantitativa, sendo aquela prevista na alínea "a" do inciso I do art. 65 (modificação do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos seus objetivos), da Lei 8666/93, e esta prevista na alínea "b" do mesmo inciso (quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos pela lei). Os limites impostos no parágrafo 1º do art. 65 atingem somente as alterações quantitativas, previstas na alínea "b", a eles não estando submetidas as alterações qualitativas.

Sintetizando o pensamento majoritário da doutrina acerca da matéria (exposto por CAIO TÁCITO - parecer, RDA/198, pp. 363 e ss. -; ANTÔNIO CARLOS CINTRA DO AMARAL - Ato Administrativo, Licitação e Contrato Administrativo, Malheiros Ed., 1995, pp. 122 a 135; MARÇAL JUSTEN FILHO - Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Dialética Ed., 5ª ed., 1998, p. 514), elucida CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

"Extrai-se da lição dos autores colacionados que a persistência de tal possibilidade

advém de que a vedação contida no $\S 2^\circ$ do art. 65 da Lei n° 8.666 está reportada tão-somente à alteração unilateral a que se remete a letra b do inciso I do art. 65 ("quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta lei"), os quais estão fixados no $\S 1^\circ$ e não ao que está mencionado na letra a ("modificação do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos seus objetivos").

"De fato, o \S 2° do art. 65 (que declara inaceitáveis quaisquer acréscimos ou supressões excedentes dos limites fixados) se remete expressamente ao parágrafo anterior. Ora, neste, ou seja, no \S 1°, está estabelecido que o contratado fica "obrigado a aceitar acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras" até 25% ou, no caso de reforma, 50%. Portanto, ambos os parágrafos (1° e 2°) estão reportados a "acréscimo ou diminuição": expressões idênticas ou equivalentes às utilizadas na letra b do artigo 65, I ("acréscimo ou diminuição"), que é o que trata de alteração de quantitativos.

"Demais disto, é também nesta letra b - e unicamente nela - que se faz referência a "nos limites permitidos por esta lei" - expressão que inexiste na letra a (que trata de "modificação do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos seus objetivos"). Esta inclusão dos limites em uma e exclusão em outra não pode ser desconsiderada.

"Registre-se que o entendimento dos autores citados nada tem de incomum. Pelo contrário. Dele compartilham numerosos administrativistas de escol cabendo mencionar, exemplificativamente, estudiosos de grande suposição e ademais notoriamente dedicados ao tema de licitação e contratos administrativos, quais, Antônio Marcello da Silva (Alteração de Projeto, Variação de Quantidades e Direito ao Equilíbrio Financeiro do Contrato, in RDA 198, out./dez. de 1994, (notadamente pp. 64 e 65), Marcio Cammarosano (Aumentos Quantitativos e Qualitativos do Contrato e Limites do Art. 65 da Lei n" 8.666/93, in ILC - Informativo Licitações e Contratos n° 41, julho/97 pp. 520 a 523) e Floriano de Azevedo J Marques Neto, em parecer no qual procedeu à minuciosa análise da questão (Contrato Administrativo: Superveniência de Fatores Técnicos Dificultadores da Execução da Obra - Inaplicabilidade dos Limites de 25% de Acréscimos, in Boletim de Direito Administrativo, Edit. NDJ, Ano XIV, n° 2, fev. de 1998, notadamente pp. 112 a 114).

Assim, pois, uma primeira conclusão, que, de logo sufragamos, pode ser firmada: a Lei n° 8.666 admite, nas hipóteses da letra a, superação dos limites que menciona, pois estes só dizem respeito à letra b. Trata-se, apenas, de ver, mais além, quais os contigenciamentos de tal possibilidade. "(In Extensão das Alterações dos Contratos Administrativos: a Questão dos 25%", artigo publicado na Revista Interesse Público, vol. 8, ano 2000, pp. 11/31)

5. Impende analisar, no caso concreto da consulta, qual espécie de alteração contratual necessita ser feita para ultimar a execução do objeto contratual.

Primeiramente, mister verificar se a alteração pretendida respeita a delimitação do objeto do contrato, pois, conforme já asseverado, não se admitem alterações tais que desfigurem o objeto da avença, evitando-se, com isso, a burla do princípio da

vinculação ao procedimento licitatório, que ocorreria se fosse admitido, através de acréscimos ou supressões, que se executasse objeto distinto do licitado.

Neste aspecto, afigura-se-me que as alterações de projeto pretendidas - decorrentes de interferências imprevistas e de reclamos da comunidade portuária - apenas trazem a adequação técnica aos seus objetivos, sem desnaturá-lo.

Com efeito. O objeto licitado consistiu na "construção de dois berços com 225m (duzentos e vinte e cinco metros) cada um, destinados à movimentação de fertilizantes e contêineres, no cais do Porto Novo do Rio Grande, em projeção, entre os cabeços nº 8 e nº 23, conforme projeto, anexo ao Edital", dentro do contexto do projeto de modernização do porto novo de Rio Grande. Ao que se depreende do conteúdo do expediente, as modificações de projeto almejadas não transmudam o objeto originário em outro, senão que visam a sua melhor consecução, para real atingimento do interesse público a que se destina o contrato.

Por outro lado, destaca-se que, a despeito das Informações técnicas da SUPRG no sentido de que a obra em questão configuraria reforma do cais do porto, dentro do projeto de modernização do porto, entendo que a situação não se enquadra na hipótese de "reforma de edifício ou de equipamento" prevista no par. 1º do art. 65 da Lei 8666/93, hipótese na qual seria desde logo permitido o acréscimo de 50% do valor inicial do contrato. Ocorre que não se trata de edifício e o enquadramento em equipamento seria também discutível.

Mister é verificar se as alterações contratuais são de ordem quantitativa ou qualitativa.

A alteração quantitativa é aquela procedida em razão de acréscimo ou supressão na quantidade do objeto, como, por exemplo, na hipótese de ser contratada a pavimentação de 100km de rodovia e, posteriormente, ser alterado o contrato para que se pavimentem 110km (exemplo trazido por CARLOS ARI SUNDFELD, no artigo intitulado "Contratos Administrativos - Acréscimo de Obras e Serviços - Alteração, publicado na Revista Trimestral de Direito Público, 2, pp. 149/163).

Não é deste tipo de alteração que trata a presente consulta. Não haverá alteração quantitativa do objeto, e sim modificações de projeto e de suas especificações para consecução do objeto. As alterações são, pois, qualitativas, e estão descritas na Informação n $^{\rm o}$ 017/03-AT:

Após o início da obra, já na execução das primeiras atividades, surgiram imprevistos que provocaram alterações no prazo e no custo. Por tratar-se de modernização de uma estrutura antiga, construída à mais de 85 anos, era plenamente admissível que, na execução de qualquer alteração nessa estrutura de grande porte e com características de engenharia especialíssimas, ocorressem fatos supervenientes, tais como:

- Foi identificada a presença de uma viga de concreto enterrada ao longo de todo o comprimento da obra e em posição coincidente com a nova estrutura de sustentação de guindaste (folha 1533). Tornou-se necessário o exame da situação, novos cálculos e consultas, o que paralisou a obra. Esse fato gerou um custo de R\$ 143.300,00.

- O cálculo da quantidade de ferragem das estacas de sustentação da viga de guindastes estava equivocado na planilha dos projetistas que acompanhou o procedimento licitatório (folha 1562 e 1581). Foi necessário o recalculo e aumentou o custo em R\$ 71.148,00.
- A fabricação de pré-moldados foi interrompida pela falta de empresa de fiscalização controle de qualidade (folha 1571). O procedimento de contratação não teve andamento simultâneo que a contratação da obra, pois na primeira tentativa a licitação foi deserta. O atraso gerou um custo de R\$ 163.063,00.
- A existência de estruturas metálicas antigas no cais a ser reformado, destinadas à movimentação de fertilizantes e minérios, atrasaram o andamento da obra (folhas 1603, 1640 e 1785). O atraso gerou um custo de R\$ 244.595,00.
- Localizado no local da obra um "Tubo de Drenagem", o qual não havia sido identificado inicialmente e descoberto interferindo a execução da nova estrutura (folha 2005). Tal situação exigiu novos cálculos estruturais, provocando o atraso no andamento da obra.
- Atraso na liberação da licença ambiental para a escavação do material da base do cais e a respectiva destinação para a área de descarte, em função de causas internas do órgão ambiental IBAMA. A empresa construtora alertou quanto à necessidade da obtenção rápida dessa licença (folha 2082).
- Alteração da metodologia executiva do revestimento do talude da base do cais com a colocação de colchões Reno (com flanges e filtro geotêxtil) em função da não liberação da escavação em tempo hábil e da cravação das estacas metálicas . Essa alteração gerou um custo de R\$ 222.952,50.
- Problemas surgidos na obra com a execução dos tirantes tendo em vista a existência localizada de materiais rochosos e ferrosos em parte da área de cravação dos tirantes (Diários de Obra). Tal situação provocou a diminuição da produtividade de cravação dos tirantes, aumentando o tempo de cravação em dez vezes. Após muita pesquisa foi identificada a origem desses materiais como sendo de aterro e estruturas antigas de contenção desses aterros, utilizados na década de 50, quando um pequeno trecho do cais foi avariado.
- Problemas surgidos na obra com a execução dos tirantes tendo em vista a existência localizada de solos moles (folhas 2085 e 2086), não previstos nem identificados preliminarmente nas especificações técnicas da licitação. Tal fato exigiu um completo mapeamento dos tipos de solos e novos cálculos de resistência para os tirantes, gerando atraso na execução dessa etapa. Foi solucionado com a emissão de Parecer Técnico da Fiscalização (folhas 2143 e 2144).
- A existência de redes de tubulações antigas do cais do Porto Novo, não identificadas previamente, utilizadas antigamente para as operações de descarga de petróleo e derivados, bem como, óleos vegetais comestíveis provocou paralisação temporária das atividades (folhas 2191 e 2192). Identificadas como um passivo ambiental, foi necessária a identificação de todos os produtos existentes dentro dessas tubulações (sete) e a contratação de uma empresa especializada em destinar adequadamente os contaminantes ambientais. Tais atividades geraram atraso na

execução da obra.

Após o início das obras, surgiram solicitações das entidades representativas da comunidade portuária do Rio Grande, visando a alteração do projeto para atender a um uso mais abrangente do cais a ser modernizado e pleiteando o reestudo do Projeto Executivo (folha 1588). A reivindicação dos Operadores Portuários era voltada mais especificamente para a utilização de guindastes móveis, do tipo Gottwald HMK280, nesse trecho de cais.

Conforme destacaram as entidades, os Operadores Portuários que se utilizam daquele trecho de cais público são empresas de pequeno e médio porte e que dispõem de equipamentos mais versáteis e mais econômicos que os equipamentos utilizados como padrão no projeto inicial.

Além disso, a adequação do novo cais para outros equipamentos traria maior flexibilidade e maior aproveitamento em termos de utilização plena, possibilitando o manuseio de uma maior variedade de cargas.

Em análise procedida pela SUPRG, verificou-se que realmente procedia a reivindicação dos Operadores Portuários, já que o projeto em execução contemplava exclusivamente a operação de guindastes especiais para contêineres (Portêineres), com movimentação apenas sobre trilhos. Identificamos que, nas memórias de cálculo - parte do projeto executivo - não foi considerado o uso de auto-guindastes (móveis) naquela plataforma de cais.

A Direção da SUPRG entendeu que o reestudo do projeto, se efetuado naquele momento, implicaria em despesas que seriam de pequena monta, se consideramos a vida útil daquela instalação portuária e o retorno financeiro advindo da movimentação de todos os tipos de carga. Essa versatilidade seria possível com o atendimento da alteração solicitada. Entendeu, ainda, que esse retorno financeiro se daria, não somente pelo aumento de receita portuária mas, principalmente pelos reflexos econômicos e sociais na economia da região e do Estado do Rio Grande do Sul.

A adaptação da obra de modernização do Cais do Porto Novo, para a operação de todo o tipo de equipamento portuário, exigiu a alteração do projeto e provocou a paralisação de alguns serviços. Como conseqüência, implicou na alteração de diversas etapas construtivas, as quais listamos cronologicamente:" (grifos do original)

Vê-se, pois, que, no decorrer da execução contratual, foram necessárias modificações no projeto inicial, com o escopo de bem atender ao interesse público visado, ou seja, ao interesse coletivo primário. Em razão dessas alterações já fora firmado o primeiro termo aditivo ao contrato, insuficiente, todavia, para abarcar todas as alterações necessárias - com seus custos correspondentes e dilação de prazo necessária.

Sendo tais alterações de ordem qualitativa, entende-se, com esteio na doutrina majoritária, conforme antes enfocado, que não está a Administração Pública sujeita aos limites impostos pelos parágrafos 1° e 2° do art. 65 da Lei n° 8.666/93, podendo proceder a alterações contratuais que alcancem valor superior a 25% do valor inicial do contrato, desde que não desnaturado o objeto da avença, observando-se, pois, o princípio da razoabilidade.

Ressalte-se que no caso em tela as alterações propostas não serão procedidas de forma unilateral pela Administração, mas de comum acordo com a contratada.

6. Admitem-se tais alterações qualitativas porque importa, em primeiro lugar, ao Poder Público, atender ao interesse coletivo primário. Na hipótese aqui versada, incumbe à Superintendência do Porto de Rio Grande realizar a obra licitada de forma a modernizar o cais do porto, adaptando-o às necessidades atuais.

Este enfoque é muito bem lançado por ANTÔNIO CARLOS CINTRA DO AMARAL, na sua obra "Ato Administrativo, Licitações e Contratos Administrativos, ed. Malheiros, 1995, pp. 128/129:

"As licitações para construção de obras públicas devem ser precedidas de projeto básico (art. 7° , $\S~2^{\circ}$, da Lei 8.666/93).

Na execução do objeto contratual, o projeto vai sendo detalhado e desse detalhamento decorrem modificações (alterações, adaptações ou complementações) do projeto inicial, que muitas vezes elevam substancialmente o custo de sua execução.

Surgida uma necessidade, o contrato pode ser estendido, a fim de adequar-se o projeto à realidade. Essa extensão tem por limite o "interesse coletivo primário". Vale dizer: somente são admissíveis modificações do projeto que visem ao melhor atendimento do interesse da parcela da sociedade afetada pela obra a ser construída.

A modificação do projeto pode acarretar extensões contratuais independentemente de o fato motivador ser superveniente ou de conhecimento superveniente. Por outro lado, esse fato tanto pode ser um fato da natureza quanto outro, como alteração da configuração urbana de Municípios a serem atravessados por uma rodovia, alteração essa posterior à elaboração do projeto e que torne impossível ou excessivamente onerosa a observância do traçado previsto; alteração de legislação federal, estadual ou municipal que impeça a execução do projeto tal como inicialmente concebido; ou reivindicação político-social com vista à preservação do meio ambiente, todos fatos extrínsecos à relação contratual. Ou, ainda, domínio de tecnologia mais avançada, inclusive disponibilidade de equipamentos tecnicamente mais aperfeiçoados.

É conhecida, nos contratos administrativos, a noção de "sujétion imprévue", que engloba "dificuldades materiais", a que aludem André de Laubadère, Franck Moderne e Pierre Delvolvé (Traité dês Contrats Administratifs, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1984, t. II, p. 499), ou "fatos da natureza", a que se refere Miguel Ángel Berçaitz (Teoria General de los Contratos Administrativos, 2a ed., Buenos Aires, Depalma, 1980, p. 443), este exemplificando com um fato superveniente (a mudança surpreendente e anormal do curso de um rio na fase de execução contratual), ou de conhecimento superveniente (a aparição inesperada de uma camada rochosa sob o terreno).

Hely Lopes Meirelles considera as "sujétions imprévues" - por ele denominadas de "interferências imprevistas" - um desdobramento da Teoria da Imprevisão (Direito Administrativo Brasileiro, 19a ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1994, p. 224). Isso faz lembrar a afirmação de Oreste Cagnasso (Appalto e Sopravvenienza Contrattuale, Milão, Giuffré, 1979, p. 18) de que numerosos estudos dedicados à Teoria da Imprevisão

fazem referência a institutos específicos como a força maior (em sentido amplo), o erro sobre a substância, o enriquecimento sem causa ou a cláusula "rebus sic stantibus", acolhendo a todos".

Mais adiante, anota o citado autor:

"Note-se que, em certas situações, pode constituir-se, para a Administração, um dever de modificar o projeto, na medida em que esse seja o único caminho para realização do "interesse coletivo primário". A rigor, nessa hipótese não há discricionariedade administrativa, porque o agente público está vinculado à modificação. Pode haver não uma conveniência de modificar o projeto, mas o dever de modificálo (é o caso, por exemplo, da chamada discricionariedade técnica, a que se refere Renato Allessi, ob. cit.,p. 238, especialmente p. 244).

Explicando melhor: se a modificação (alteração, adaptação ou complementação) do projeto é considerada, tecnicamente, a melhor para atingir-se o "interesse coletivo primário", há discricionariedade administrativa, ou seja, o agente público tem o poder de efetuar ou não a modificação. Se, no entanto, por motivo de técnica de engenharia, a modificação é considerada indispensável à realização desse interesse, há vinculação administrativa, ou seja, o agente público tem o dever de efetuar a modificação. Em ambas as hipóteses, a modificação pode extrapolar os limites estabelecidos na lei, como regra geral, para as extensões contratuais, já que o limite real é ditado pelo satisfatório atendimento do "interesse coletivo primário".

Penso que defender a tese de que, atingido o limite legal, e surgida a necessidade de ultrapassá-lo, deve-se sempre rescindir o contrato, não importando o motivo que levou a essa situação, é postura irrealista, quase sempre prejudicial aos interesses sociais. Como diz Ariño Ortiz (ob. cit., pp. 309/310): "A moderna doutrina se tem mostrado mais partidária da revisão, com preferência à suspensão ou resolução dos contratos, e concretamente em Direito Administrativo é clara a prioridade desta solução sobre as outras duas." (trad. minha)." (ob. cit., pp. 130/131)

No caso em tela, entendo que as alterações de projeto são necessárias para atingir o interesse público primário, não se lhes aplicando as limitações dos parágrafos 1° e 2° do art. 65 da Lei 8666/93, porque trata-se de alterações qualitativas.

7. É bem de ver, aliás, que, no caso concreto, depreende-se que solução diversa desta - de proceder à alteração do contrato, mediante termo aditivo -, rescindindo-se o contrato atual para então abrir nova licitação que contemplasse o objeto modificado, não respeitaria o princípio constitucional da economicidade.

Com efeito. Na hipótese de rescisão do atual contrato, acabaria a Administração Pública arcando com vultosas despesas, tais como custos com a paralisação da obra e provável indenização ao contratado atual. Além, é claro, do atraso que tal procedimento geraria no término da obra.

A calhar, decisão poferida pelo Tribunal de Contas da União no processo de consulta - tc N° 930.039/98-0, do qual se destaca a seguinte passagem do voto do Relator, Ministro JOSÉ ANTÔNIO BARRETO DE MACEDO:

"Ora, se o interesse coletivo primário exigir a revisão contratual, esta deve ser implementada pela Administração, porque aquele é seu objetivo, ademais indisponível.

Sabe-se que a rescisão contratual, por interesse público, com vistas a nova licitação e contratação, a que já se fez referência, traz uma série de conseqüências: a indenização de prejuízos causados ao ex-contratado, como, por exemplo, os custos com a dispensa dos empregados específicos para aquela obra; o pagamento ao excontratado do custo da desmobilização; os pagamentos devidos pela execução do contrato anterior até a data da rescisão; a diluição da responsabilidade pela execução da obra; e a paralisação da obra por tempo relativamente longo - até a conclusão do novo processo de contratação e a mobilização do novo contratado -, atrasando o atendimento da coletividade beneficiada". (Decisão publicada no BLC de maio/2003, pp. 343/355)

8. Destaca-se, por fim, que, a despeito das Informações técnicas da SUPRG no sentido de que a obra em questão configuraria reforma do cais do porto, dentro do projeto de modernização do porto, entendo que a situação não se enquadra na hipótese de "reforma de edifício ou de equipamento" prevista no par. 1º do art. 65 da Lei 8666/93, hipótese na qual seria desde logo permitido o acréscimo de 50% do valor inicial do contrato. Ocorre que não se trata de edifício e o enquadramento em equipamento seria também discutível.

É o Parecer.

Porto Alegre, 04 de dezembro de 2003.

Helena Beatriz Cesarino Mendes Coelho Procuradora do Estado

Ref. Expediente n° 001148-1843/01-4 Processo n° 001148-18.43/01-4

Acolho as conclusões do PARECER nº 13.846, da Procuradoria do Domínio Público Estadual, de autoria da Procuradora do Estado Doutora HELENA BEATRIZ CESARINO MENDES COELHO.

Restitua-se o expediente ao Excelentíssimo Senhor Secretário de Estado dos Transportes.

Em 10 dez 2003.

Helena Maria Silva Coelho, Procuradora-Geral do Estado.

PARECER Nº 13957

METROPLAN.

TRANSPORTE PÚBLICO DE PASSAGEIROS -SISTEMA ESTADUAL DE TRANSPORTE METROPOLITANO. DELEGAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO.

COOPERATIVA.

A utilização de forma alternativa de transporte de passageiros, não obstante atraente pelo custo menor ao transportado, nada mais é do que burla à lei. Ademais, termina por acarretar sérios riscos aos transportados, já que modalidade de transporte alienígena ao regime de transporte público metropolitano de passageiros.

Estando fora do regime de delegação do serviço público, ou seja, não se sujeitando a todos os procedimentos administrativos que o envolvem, desde a licitação até a fixação da tarifa e a fiscalização do serviço, não há como se deferir o pedido da COOTERSUL.

Possibilidade, no entanto, de que a requerente venha a ajustar-se aos ditames da Lei Estadual nº 11.127/98 e do Decreto Estadual nº 39.185/98, atendendo os requisitos ali previstos, quando, então, poderá ter seu pedido reapreciado.

1. Relatório

Abre o presente expediente administrativo um requerimento da Cooperativa de Transporte Coletivo do Estado do Rio Grande do Sul Ltda. (COOTERSUL), solicitando ao Sr. Superintendente da Fundação Estadual de Planejamento Metropolitano e Regional (METROPLAN), órgão encarregado das concessões e fiscalizações do transporte público de passageiros no âmbito da região metropolitana de Porto Alegre, autorização para auto-transportar seus cooperativados.

Sustenta seu pleito na Constituição Federal - princípios da igualdade e da liberdade de associação. Ademais, seria um dos objetivos do cooperativismo a liberdade dos cooperativados em se auto-transportar. Consta, também, do requerimento:

"Reprise-se que a cooperativa é, então, uma família constituída com o intuito único e exclusivo fim de permitir que seus cooperativados tenham acesso ao transporte de natureza particular. Cumpre referir que os veículos utilizados são de propriedade dos próprios cooperativados e que a eles caberão coletivamente os custos referentes à manutenção de toda a estrutura, proporcionalmente ao uso de cada cooperativado, estabelecendo-se, assim, uma forma cooperativa e transparente na sua essência, consoante seu estatuto social.

Todos os cooperativados portarão, obrigatoriamente, para o uso da estrutura da cooperativa, uma carteira de identificação da COOTERSUL, que proporcionará o acesso às dependências da Cooperativa, bem como ao auto-transporte. É importante salientar que além da carteira individual, cada veículo portará uma listagem total de associados.

Tendo em vista eventual óbice que possa advir de controvérsia por parte dos

Organismos de Fiscalização do Transporte, em todos os níveis de nossa federação, faz-se necessário esclarecimento em qual categoria existente, hoje, seremos enquadrados, se concessão, permissão, fretamento e transporte particular, pelo que, requer-se, desde já, sua manifestação a respeito.

(...)"

A METROPLAN solicitou à COOTERSUL que informasse: (a) a quem destinado o serviço; (b) o número de usuários previsto; (c) o tipo de veículo e respectivas características; (d) os horários, itinerários e freqüência de viagens; (e) forma de pagamento da passagem, havendo cobrança.

Informou a COOTERSUL que: (a) o transporte não se daria na forma de serviço público, e sim particular, ou seja, destinado exclusivamente aos seus associados e dependentes, nos termos do art. 79 da Lei nº 5.764/71, todos identificados mediante carteira de sócio; (b) seriam 1.500 os associados mais dependentes; (c) seriam utilizados "vans", micro-ônibus e ônibus; (d) não se submete a normas convencionais de transporte, razão pela qual não informou os horários; (e) "não haverá cobrança de passagem, mas rateio (divisão) dos custos operacionais, onde os associados contribuirão de acordo com as operações realizadas com a cooperativa".

Manifesta-se, a seguir, a Chefe da Consultoria Jurídica da METROPLAN no sentido da impossibilidade do atendimento do postulado pela requerente. Juntada legislação pertinente (fls. 12-25).

Remetido o expediente à Secretaria da Coordenação e Planejamento, apresenta informação a assessoria jurídica respectiva no mesmo sentido (fls. 42-46).

O Secretário da Coordenação e Planejamento, então, exara decisão indeferindo o requerimento da COOTERSUL (fl. 47).

Retornando à METROPLAN, foi juntado o ofício DTM nº 494/02, com informações ao Ministério Público Federal (fls. 49-67). Juntados, também, documentos dando conta de ação judicial ajuizada pela Expresso Rio Guaíba Ltda. contra a COOTERSUL.

Acostado ofício do Ministério Público Federal solicitando esclarecimentos adicionais (fl. 83), os quais foram prestados pela METROPLAN (fls. 84-86).

Em 16.05.2003, foi realizada audiência na Promotoria de Justiça de Defesa dos Direitos Humanos (fl. 88) e, em 04.07.2003, o Ministério Público Estadual exarou recomendação ao Estado e à METROPLAN, assim vazada:

"O MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO SUL (...), RECOMENDA AO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, na pessoa do Diretor Superintendente da Fundação Estadual de Planejamento Metropolitano e Regional - METROPLAN, Pedro Bisch Neto, que ENVIDE ESFORÇOS NO SENTIDO DE VIABILIZAR AUTORIZAÇÃO PARA QUE AS SOCIEDADES COOPERATIVAS DE TRANSPORTE POSSAM PRESTAR DIRETAMENTE O SERVIÇO DE TRASLADO AOS SEUS ASSOCIADOS"

A seguir, remetido a esta PGE para orientação jurídico-normativa, tendo em conta a situação posta e a recomendação do Ministério Público Estadual.

Durante a tramitação nesta PGE, foram recebidos outros documentos,

juntados. Consta do ofício da METROPLAN:

"A reivindicação se alicerça em questões, envolvendo a comunidade do Município de Guaíba, apelo que a requerente se baseia, para intentar uma nova forma de concessão de transporte, em aquela localidade.

É importante, ressaltar, que qualquer modificação no sistema de concessões vigente, e normatizado, seja no modelo de fretamento ou de linhas regulares de concessão, se admitida, na forma pretendida, desregulamentará o sistema hoje existente, com efeitos nefastos no sistema de concessões implantado.

A desregulamentação, além de tornar inviável as concessões regulares, tornará ineficaz qualquer tipo de fiscalização, no âmbito da segurança do transporte, assim como no âmbito fiscal."

Igualmente, tramita nesta PGE o expediente nº 043710-1000/03-5, aberto a partir de ofício encaminhado pela Promotoria de Justiça de Defesa dos Direitos Humanos, e no qual solicita providências em face da Recomendação exarada.

É o relatório.

2. Fundamentação

Prefacialmente, observo que a situação estava sob investigação do Ministério Público Federal. Posteriormente, vêm ao expediente documentos dando conta da Recomendação do Ministério Público Estadual. Não se sabe que fim foi dado ao inquérito que tramita no MPF. Desse modo, parece pertinente que se dê ciência deste Parecer a ambos os órgãos ministeriais.

Quanto ao exame propriamente dito do problema, trata-se, em suma, de examinar a natureza do transporte no caso: se particular ou público e as conseqüências daí advindas.

Passo de imediato ao tema pertinente.

2.1. Características do transporte em questão

Começo por buscar a melhor caracterização do transporte em questão.

Como se viu do relatório supra, os dados fáticos de que se dispõe são os seguintes: o transporte seria destinado exclusivamente aos associados da cooperativa e dependentes; seriam 1.500 os associados mais dependentes; seriam utilizados "vans", micro-ônibus e ônibus; nada se sabe quanto aos horários; há um chamado rateio dos custos, o que não se confundiria com a cobrança de passagem. Destes dados não há comprovação documental nenhuma; não veio qualquer planilha da COOTERSUL a respeito de custos, horários, riscos, contabilização e destinação de lucros ou prejuízos. Deste modo trabalha-se com dados um tanto precários.

Pois bem. Apesar da precariedade de informações, não tenho dúvida que estão corretos os entendimentos trazidos neste expediente no sentido de que o transporte, no caso, é um serviço público, e não particular. Transcrevo os trechos que entendo pertinentes:

"Quer nos parecer que é indiscutível a caracterização do auto-transporte pleiteado pela COOTERSUL como transporte coletivo, considerando o número de pessoas já associadas, a abrangência territorial de ação da entidade (todo o Estado do Rio Grande do Sul) e os veículos escolhidos (vans, microônibus ou ônibus)." (fl. 18

- manifestação da assessoria jurídica da METROPLAN).

"Sendo o serviço de transporte coletivo de caráter público e essencial, conforme dispõe o art. 2° da Lei n° 11.127/98, o transporte coletivo particular que a COOTERSUL pretende disponibilizar aos seus coopeativados tem interferência no SETM - instituído e em funcionamento -, pois repercute na diferenciação tarifária; altera as condições de manutenção dos serviços público concedidos; e influi na qualidade e na adequação dos mesmos, etc." (fl. 45 - manifestação da assessoria jurídica da Secretaria da Coordenação e do Planejamento; grifei).

Não se desconhece a dificuldade em definir exatamente quando um tipo ou uma forma de transporte deixam de ter caráter particular e passam a ter caráter público. Importa, porém, pensar em termos de coletividade em contraposição a individualidade.

Com efeito, no caso, temos uma cooperativa que se diz de "auto-transporte", mas que na verdade, pelo que se vê, atrai qualquer pessoa para que a ela se associe com o fito de valer-se do que se poderia chamar um transporte "alternativo", para não dizer clandestino (o vocábulo clandestino é utilizado, aqui, no mesmo sentido da assessoria jurídica da METROPLAN, ou seja, clandestino é o transporte excluído "do regulamento próprio de determinado tipo de serviço em busca de vantagens monetárias propiciadas por condições operacionais e tarifárias não previstas legalmente"). Esta atratividade faz com que, na verdade, as 1.500 pessoas acima mencionadas (e mais todas as outras que posteriormente poderão associar-se à cooperativa, em especial se este requerimento que abre o expediente fosse deferido) busquem não a atuação de forma cooperativada em si, mas, na verdade, transporte mais barato do que aquele que paga ordinariamente. E, como se vê, isto ficou viabilizado na alteração dos estatutos da cooperativa realizada em 15.07.2000 (fl. 10), pela qual o art. 4º passou a ter a sequinte redação:

"Poderão ingressar na Cooperativa, salvo capacidade técnica da COOTERSUL, quaisquer pessoas que desejem se auto-transportar dentro da área de ação da Cooperativa e que não pratique outra atividade que possa prejudicar ou colidir com interesses e objetivos da mesma."

Quer dizer, qualquer pessoa pode ingressar na cooperativa. E qualquer pessoa pode valer-se do auto-transporte por ela proporcionado. Esta generalidade e abrangências tranquilamente qualificam o transporte pretendido pela cooperativa como público, e não como particular.

Valho-me de excerto do trabalho de José Nilo de Castro (Transporte Alternativo, in Forum Administrativo (8): 1041/1042, 2001) para referendar a conclusão supra. Ainda que dirigido ao transporte municipal, tem bastante pertinência para o caso presente, que trata de área metropolitana. Diz o autor:

"(...) Com efeito, o transporte coletivo e individual de passageiros urbanos é assunto de interesse local, a par de ser serviço púbico cuja organização e prestação incumbem ao Município com exclusividade.

É o transporte coletivo e individual de passageiros urbanos serviço público stricto sensu, com o caráter de essencialidade, regulamentado municipalmente. Inexiste

serviço de transporte alternativo - é clandestino, ilegal, inexistente no mundo jurídico -, como não há segurança pública alternativa nem Justiça alternativa.

Não há como partilhar o serviço: é público e acabou. De conseqüência, é atividade pública, cuja delegação exige inafastável procedimento licitatório e procedimento licitatório é aberto, deflagrado, em vista das necessidades coletivas, não individuais ou pessoais de segmentos da sociedade. Não se trata de licenciamento, de atividade licenciável, como a autorização municipal para construir, para abrir uma clínica, instalar atividades comerciais ou escritórios. Mas de serviço público que pode ser delegado, e esta delegação só se fará pela concessão ou permissão, precedida de licitação"

Efetivamente, no caso, cuida-se de um serviço público, assim caracterizado na lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (in Direito Administrativo; São Paulo, Atlas, 2002; 15ª ed.; p. 99-100):

"(...) Daí a nossa definição de serviço público como toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.

(...)

O serviço público é sempre incumbência do Estado, conforme está expresso, aliás, no artigo 175 da Constituição Federal, e sempre depende do Poder Público (cf. Rivero, 1981: 496):

- a sua criação é feita por lei e corresponde a uma opção do Estado; este assume a execução de determinada atividade que, por sua importância para a coletividade, parece não ser conveniente ficar dependendo da iniciativa privada;
- 2. a sua gestão também incumbe ao Estado, que pode fazê-lo diretamente (por meio dos próprios órgãos que compõem a Administração Pública centralizada da União, Estados e Municípios) ou indiretamente, por meio de concessão ou permissão, ou de pessoas jurídicas criadas pelo Estado com essa finalidade. (...)"

Recomendável, também, a leitura da manifestação da METROPLAN das fls. 49-63, que faz um amplo exame sobre a problemática do transporte de passageiros, inclusive no exterior (cite-se como exemplo as cidades de Lima, Santiago do Chile, e México, onde o problema do transporte público atinge proporções assustadoras; O Brasil, caso não aja logo, arrisca-se a chegar na mesma situação, como já começam a demonstrar as cidades de São Paulo, Rio de Janeiro e Belo Horizonte).

Não vejo, então, como não se possa afirmar com certeza que o caso presente insere-se no que se deve chamar transporte público de passageiros, um serviço público que deve ser gerenciado pelo Estado.

2.2. Normas que regem a situação aqui retratada

Feito este estudo prévio, e verificada a natureza do transporte proporcionado pela requerente, cabe, então, verificar a que legislação se submete e se, dentro dela, haveria viabilidade de deferimento do pedido (não obstante já ter havido indeferimento da autoridade administrativa) e do atendimento da recomendação do Ministério Público.

Inicialmente, veja-se que a Constituição Federal erigiu ao seu regramento o transporte público no art. 178, dando-lhe a importância merecida, assim estabelecendo:

Art. 178. A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade.

Ainda, nos termos do art. 30, V, compete ao Poder Público Municipal "(...) organizar e prestar, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial". Os serviços de transporte coletivo intermunicipal competem ao Estado membro, por extensão, nos termos do § 1º do art. 25 da CF ("§ 1º. São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição"), já que incumbe à União "(...) explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão (...) os serviços de transporte rodoviário interestadual ou internacional de passageiros" (art. 21, XII, e, da CF).

Nessa linha, no Estado do Rio Grande do Sul, vige atualmente a Lei nº 11.127, de 09 de fevereiro de 1998, que instituiu o Sistema Estadual de Transporte Metropolitano de Passageiros - SETM e criou o Conselho Estadual de Transporte Metropolitano coletivo de Passageiros - CETM. Esta Lei foi regulamentada pelo Decreto Estadual nº 39.185/98, que aprovou o regulamento do Sistema Estadual de Transporte Metropolitano Coletivo de Passageiros no âmbito das regiões metropolitanas e aglomerações urbanas.

Supletivamente, os órgãos competentes têm com propriedade utilizado a Lei Estadual n $^{\circ}$ 7.105/77, que regulamenta o transporte intermunicipal de passageiros no Estado.

Transcrevo dispositivos do Decreto mencionado:

- Art. 3° Considera-se serviço metropolitano o transporte coletivo de passageiros, com características urbanas, executado entre dois ou mais municípios de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas.
 - § 1° Constituem serviços de transporte metropolitano:
- I as linhas intermunicipais que operam mercados metropolitanos por um ou mais itinerários ou variantes, com um ou mais terminais na origem e destino da concessão, dentro de regiões metropolitanas;
 - $\ensuremath{\mathrm{II}}$ linhas entre municípios pertencentes a aglomerações urbanas;
- III linhas de integração tanto modal como intermodal, originárias de linhas metropolitanas ou variantes destas, com função intermunicipal;
- \mbox{IV} serviços ou rotas intermunicipais, contratados por entidades públicas ou privadas, para transporte de seus empregados, servidores ou alunos.

(...)

- Art. $7^{\rm o}$ Constituem rotas as variantes dos serviços públicos que se executam, dentro dos mercados da concessão da linha principal, em itinerários variáveis, sem terminais fixos, para atender a demanda de estudantes, servidores públicos ou empregados, com tarifas específicas.
 - $\mbox{Art.}\ 8^{\rm o}$ Os serviços privados de fretamento, contratados por pessoas jurídicas

públicas ou privadas, em favor de estudantes, servidores públicos ou empregados, devem ser previamente autorizados pela METROPLAN e operar com lista geral de passageiros, com sistema especial de identificação destes, não podendo cobrar passagens ao longo do percurso.

A leitura que se pode fazer dos supratranscritos dispositivos é a seguinte: há "linhas" e "rotas". As "linhas" operam regularmente, têm terminais, cobram passagens e podem efetuar paradas durante os percursos. De outra parte, as "rotas" operam sem terminais fixos, não podem efetuar paradas, dirigem-se diretamente a determinadas pessoas (estudantes e trabalhadores do setor público e do setor privado) e operam sob a forma do "fretamento".

Observa-se, então, que no Decreto Estadual n° 39.185/98 (como também na Lei Estadual n° 7.105/77) o que se admite é o chamado "fretamento" para transporte de ponto a ponto de estudantes (por exemplo, os estudantes residentes em Porto Alegre e que estudam na Universidade Luterana do Brasil, localizada na cidade de Canoas, que integra a região metropolitana), servidores públicos ou empregados (por exemplo, os trabalhadores do Pólo Petroquímico de Triunfo que residem em Porto Alegre).

Então, como se vê, não há enquadramento legal, pelo menos por ora, do pedido da COOTERSUL: não parece pretender transportar de ponto a ponto, e sob regime de fretamento, e tampouco a um dos grupos específicos de pessoas previstos na legislação.

Contrariamente, pretende realizar um transporte universal e com paradas durante do trajeto. Pretende concorrer, portanto, com o transporte regular de passageiros. Em função dos ditames da Lei Estadual acima referida, isto evidentemente não é possível.

Valho-me, aqui, das lições de Fernando Lemme Weiss, Procurador do Estado do Rio de Janeiro, em seu artigo jurídico intitulado "Lei das concessões, o monopólio nos transportes rodoviários e outros aspectos" (in Revista Jurídica (235): 22/48, 1997), do qual extraio:

"Diferente é a natureza dos táxis, vans, ônibus de condomínios, empresas ou shoppings, que visam grupos fechados e não usuários indeterminados, sendo por isso transportes licenciáveis ou autorizáveis. Esses são meio de transportes individuais, de grupos predeterminados ou de segmentos da coletividade, onde a relação contratual é direta, devendo o poder público apenas regular, tributar e cobrar pelo uso de seu patrimônio. Não há que se falar em licitação, por ser relação contratual privada.

Inibe ainda a caracterização de tais atividades como serviço público, a ausência de essencialidade à vida produtiva da comunidade, sendo modalidades de transporte proporcionadoras de comodidade adicional. A continuidade e modicidade não são requisitos exigíveis, por parte do Poder Público ou dos usuários, já que a comodidade e o supérfluo devem ter seu preço. A delimitação de usuários, bem como o caráter complementar e secundário, permite-lhes um poder de negociação inteiramente ausente do serviço público propriamente dito, que é tão necessário à sobrevivência da população quanto água e luz. Tipifica tais formas de transporte serem 'ponto a ponto'.

Descaracterizadas estariam se colhessem passageiros durante o trajeto, que publicizaria a atividade, gerando necessidade de intervenção do Poder Público na relação jurídica, através de licitação.

(...)

Resulta da lei tura da lei que a continuidade e regularidade, por si só, não caracterizam um transporte como público. Deve estar presente a generalidade, requisito que, embora esteja incluso no artigo definidor do serviço adequado (art. 6° , \S 1° , da L. 8.987/95), é pressuposto inafastável da identificação de sua natureza pública. Taxis, vans e ônibus privados, desde que transportem passageiros ponto a ponto, são negócios privados, que buscam fornecer comodidade extra aos contratados, o que afasta a necessidade pública ínsita ao verdadeiro transporte público."

Então, nos termos em que formulado, não é possível o deferimento do pedido e, assim, agiu corretamente o Sr. Secretário de Coordenação e Planejamento. Contudo, nada impede que a requerente modifique o seu pleito, ajustando-se aos termos da legislação acima comentada, podendo, então, vê-lo ser apreciado novamente pela autoridade administrativa.

2.3. Outros dados importantes para deslinde do problema

Acrescento, ademais, outros fundamentos.

Estar fora do regime de transporte público metropolitano de passageiros não acarreta apenas não se submeter ao regime de tarifas. Significa, também, não se submeter a tudo que envolva a concessão: a licitação para escolha da proposta mais vantajosa para o interesse público (ou seja, aquela que apresente não só a melhor tarifa mas também a melhor execução do serviço, e onde, como no caso do transporte público de passageiros, há vidas humanas em jogo, isto reveste-se da maior relevância), a fiscalização do serviço, a submissão ao regime de tarifas, entre outros.

Assim, não é de se desconhecer o caráter atraente e, até se diria, "popular", de uma iniciativa da natureza tal como pretendida pela COOTERSUL. Contudo, a toda evidência, a médio e longo prazo certamente, e a curto prazo talvez, tudo isto se reverte na verdade contra os usuários e, assim, contra o interesse público. É que um transporte para toda uma gama de pessoas, tal como se pretende, necessita fiscalização sob pena de que se enverede para o perigoso caminho da superposição de linhas e do transporte clandestino de passageiros, de tão larga utilização e que tantos conflitos sociais acarreta em outros Estados da Federação.

Quanto ao transporte clandestino de passageiros, é farto o material da imprensa dando conta de vários problemas que o cercam: desrespeito às normas de trânsito; risco às vidas humanas; criação de "máfias" de prestadores do serviço; desrespeito às legislações trabalhista e fiscal.

Como exemplo, vejam-se as seguintes manchetes: "Incêndio expõe perigo do transporte clandestino" (Zero Hora, Porto Alegre, 07.02.2003), "Incêndio em ônibus irregular fere oito" (Correio do Povo, Porto Alegre, 07.02.2003), "Mais PMs nas máfias das vans" (O Dia, Rio de Janeiro, 22.11.2003), "Máfia controla peruas e utiliza milícia armada" (Estado de Minas, Belo Horizonte, 18.02.2001), "Mais rentável que o tráfico" (O Globo, Rio de Janeiro, 14.11.2003).

O tema até já chegou aos tribunais, onde se tem discutido, entre outros assuntos, o poder de polícia de fiscalizar e qual seu limite. Destaco, a respeito:

"APELAÇÃO CÍVEL. PORTO ALEGRE. CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. VIAÇÃO CANOENSE. SERVIÇOS DE TRANSPORTE METROPOLITANO. ROTAS INTERMUNICIPAIS. APREENSÃO DE VEÍCULO. AUTO DE INFRAÇÃO. TRANSPORTE CLANDESTINO. OCORRÊNCIA. VEDADO O TRANSPORTE DENTRO DO MUNICÍPIO. FISCALIZAÇÃO. PODER DE POLÍCIA DOS AGENTES DE TRÂNSITO.

APELO DESPROVIDO."

(APELAÇÃO CÍVEL Nº 70005953260, qUARTA CÂMARA CÍVEL / TJRS, RELATOR DES. VASCO DELLA GIUSTINA, JULG. 07.05.2003)

"APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. TRANSPORTE CLANDESTINO DE PASSAGEIROS. APREENSÃO DO VEÍCULO E EXIGÊNCIA DO PAGAMENTO DE MULTA PARA A RESTITUIÇÃO.

Verificada a irregularidade no transporte de passageiros, sem a devida documentação exigida na Lei Municipal nº 8.133/98, regularmente apontada em auto de infração circunstanciado, com a notificação do condutor, preposto da proprietária do veículo, não há falar em ilegalidade da sanção administrativa aplicada.

Infração de natureza administrativa, referente a transporte coletivo de passageiros, cuja competência para legislar pertence ao Município, por força do art. 30, I e V, da Constituição Federal, não se confundindo a espécie com infração típica de trânsito, cujos tipos estão previstos no CTB.

Se houve flagrante de transporte coletivo clandestino, com apreensão do veículo, nada obsta que a Lei Municipal, que dispõe acerca do Transporte Público, contenha dispositivo condicionando a liberação ao pagamento de todas as quantias devidas pelo infrator, tal qual acontece no Código de Trânsito Brasileiro. Exegese do art. 22, \S 2°, da LM 8.133/98, combinado com o art. 262, \S 2°, do CTB. VOTO VENCIDO.

APELAÇÃO NÃO PROVIDA, POR UNANIMIDADE.

SENTENÇA MODIFICADA, EM PARTE, EM REEXAME NECESSÁRIO, POR MAIORIA."

(APELAÇÃO CÍVEL Nº 70003450152, PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL / TJRS, RELATOR DES. HENRIQUE OSVALDO POETA ROENICK, REDATOR PARA O ACÓRDÃO DES. IRINEU MARIANI, JULG. 22.05.2002)

Deste último, retiro do corpo do voto do Des. Irineu Mariani o seguinte excerto, muito pertinente nesta hora:

"(...)

Se assim é no CTB, nada obsta que assim seja também na Lei Municipal relativamente a quem faz transporte coletivo clandestino. E insisto que devemos adotar uma postura rigorosa, pois, repito, trata-se de problema que no centro do País, especialmente São Paulo, Rio de Janeiro e Belo Horizonte já assumiu proporção gravíssima, como é público, resultando episódios lamentáveis.

Porto Alegre, já vítima de tantos males, caminha no rumo de mais essa desordem. Daí a necessidade de uma atitude enérgica da autoridade municipal. (...)" Pois bem. Não há dúvida que o transporte clandestino é um problema social e, assim, tudo que se puder fazer profilaticamente no sentido de inviabilizar a sua expansão deve ser meta de todos os órgãos públicos.

Não se olvide, também, que por evidente o impacto da utilização deste transporte coletivo cooperativado sobre o sistema dito comum de transporte será também econômico, acarretando previsível alteração no equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, com influência evidente sobre a tarifa. Ou seja, o interesse da coletividade, por vias transversas, será também ofendido, e, por conseqüência, o próprio interesse público de que seja proporcionado transporte adequado e de valor justo para o transportado.

Quer dizer, há riscos sociais humanos (a falta de fiscalização pode gerar um serviço de qualidade insuficiente, acarretando risco de vida para os transportados) e riscos sócio-econômicos (aumento da tarifa no transporte legalizado) envolvidos, não se podendo no caso, sob influxo da popularidade que poderia significar a determinação e a autorização para funcionamento tal como pretendida, esquecer-se da responsabilidade que acarreta.

Aqui, permito-me fazer uma crítica à Recomendação exarada pela douta Promotoria de Justiça de Defesa dos Direitos Humanos. Não obstante louvável iniciativa, inserindo-se, inclusive, nas suas atribuições constitucionais, de tratar do assunto transporte de passageiros cooperativados, simplifica em excesso a análise do problema, desconsiderando todas as especificidades que a matéria traz em seu bojo. Tal recomendação, no caso presente, geraria como conseqüência solução inadequada para o caso. Apenas aparentemente se promove a defesa dos direitos humanos dos cooperativados ao recomendar ao Estado a solução do problema, porque a solução do problema não passa pelo deferimento do pedido formulado pela COOTERSUL, já que isto, como se viu acima, acarretaria muito mais prejuízos do que benefícios a toda a coletividade com risco até aos próprios cooperativados.

Isso tudo sem falar na ofensa aos princípios da legalidade e da eficiência administrativa, o que poderia levar o Estado e/ou a METROPLAN, numa situação que se reputaria bastante curiosa, a terem que vir a dar explicações até mesmo a outra Promotoria de Justiça, a do Patrimônio Público.

Quanto ao princípio da legalidade, trago brevemente as palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (in Direito Administrativo; São Paulo, Atlas, 2002; 15ª ed.; p. 68; grifo meu):

"Segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. No âmbito das relações entre particulares, o princípio aplicável é o da autonomia da vontade, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe. Essa é a idéia expressa de forma lapidar por Hely Lopes Meirelles (1996:82) e corresponde ao que já vinha explícito no artigo $4^{\rm o}$ da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: 'a liberdade consiste em fazer tudo aquilo que não prejudica a outrem; assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem outros limites que os que asseguram aos membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Esses limites somente podem ser estabelecidos em lei'.

No direito positivo brasileiro, esse postulado, além de referido no artigo 37, está contido no artigo 5°, inciso II, da Constituição Federal que, repetindo preceito de Constituições anteriores, estabelece que 'ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei'.

Em decorrência disso, a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, ela depende de lei."

No mesmo sentido, Alexandre de Moraes (in Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional; São Paulo, Atlas, 2002; p. 781; grifo meu):

"O tradicional princípio da legalidade, previsto no art. 5°, II, da Constituição Federal e anteriormente estudado, aplica-se normalmente na administração pública, porém de forma mais rigorosa e especial, pois o administrador público somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas, inexistindo, pois, incidência de sua vontade subjetiva, pois na administração pública só é permitido fazer o que a lei autoriza, diferentemente da esfera particular, em que será permitida a realização de tudo o que a lei não proíba."

Assim, ao Administrador só é permitido fazer o que a lei permite, ainda mais como no caso presente, onde há competências federativas bem delineadas e tema que diz com as necessidades básicas da população. Ao exigir o que deve exigir, e deixar de exigir aquilo que a lei não lhe autoriza que exija, nada mais faz do que cumprir a lei, a qual, como já dito, é o seu balizador.

Quanto ao princípio da eficiência, discorre a mesma autora (obra citada, p. 83):

"O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.

Trata-se de idéia muito presente entre os objetivos da Reforma do Estado. No Plano Diretor da Reforma do Estado, elaborado em 1995, expressamente se afirma que 'reformar o Estado significa melhorar não apenas a organização e o pessoal do Estado, mas também suas finanças e todo o seu sistema institucional-legal, de forma a permitir que o mesmo tenha uma relação harmoniosa e positiva com a sociedade civil. A reforma do Estado permitirá que seu núcleo estratégico tome decisões mais corretas e efetivas, e que seus serviços - tanto os exclusivos, quanto os competitivos, que estarão apenas indiretamente subordinados na medida que se transformem em organizações públicas não estatais - operem muito eficientemente'. (...)"

Como se vê, cumpre ao Estado proporcionar serviços eficientes; é dever seu, no mínimo, envidar esforços para que possam ser propiciados os melhores serviços (de transporte de passageiros) à população. No caso, como visto acima, evidentemente isso não ocorreria com o deferimento do pedido formulado na abertura dos presentes autos administrativos.

Então, a todos estes fundamentos, de altíssima indagação, cedem aqueles elencados pela requerente no seu postulado das fls. 02-04, tendo em conta a prevalência do interesse público no caso.

Inclusive, antes que se alegue que a vedação ao transporte tal como aqui pretendido seja tida por violação ao direito de locomoção, o que verdadeiramente seria um absurdo, transcrevo ementas de recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça em que o tema já foi devidamente enfocado:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ACÓRDÃO EM AGRAVO REGIMENTAL QUE NEGOU PROCESSAMENTO A WRIT ORIGINÁRIO. TRANSPORTE CLANDESTINO DE PASSAGEIROS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL SANÁVEL POR HABEAS CORPUS.

- 1 Deve ser conhecido recurso ordinário interposto contra acórdão em agravo regimental, eis que se trata de decisão que negou curso a ação de habeas corpus.
- 2 Esta Corte tem entendido que a sentença exarada pelo juízo cível determinando aos motoristas de transporte clandestino de passageiros que se abstenham dessa prática, sob pena, dentre outras cominações, de instauração de inquérito para a apuração do delito de desobediência, não constitui constrangimento ilegal à liberdade de locomoção, inviável de correção através de habeas corpus, notadamente por se tratar de obrigação de não fazer, de natureza cível, a ser enfrentada em sede e recursos próprios.
 - 3 Recurso conhecido e desprovido."

(Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 11.580-RJ; STJ, Sexta Turma, Relator Min. Hamilton Carvalhido, julg. 03.09.2002)

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRANSPORTES CLANDESTINO DE PASSAGEIROS.

- A finalidade do habeas corpus é evitar ou fazer cessar a violência ou a coação à liberdade de locomoção decorrente de ilegalidade ou abuso de poder.
- O habeas corpus não é admissível quando não há atentado contra a liberdade de locomoção do paciente.
- Não é meio idôneo para garantir a liberdade para exercício de atividade profissional."

(Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 14.790-SP; STJ, Primeira Turma, Relator Min. Humberto Gomes de Barros, julg. 07.10.2003)

3. Conclusão

Assim, concluo no sentido de que o requerimento que inaugura o expediente foi corretamente indeferido pelo Sr. Secretário de Estado da Coordenação e do Planejamento, sendo impossível à COOTERSUL efetuar transporte de passageiros fora dos ditames da Lei Estadual nº 11.127/98 e do Decreto Estadual nº 39.185/98. Nesse sentido, descabe, por igual, o atendimento da Recomendação formulada pelo Ministério Público Estadual, a qual nada muda a situação fática e jurídica aqui analisada.

Sugiro encaminhamento de cópias do presente Parecer, após aprovado, à Exma. Sra. Promotora de Justiça de Defesa dos Direitos Humanos e ao Exmo. Sr. Procurador da República da Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão, dando-lhes ciência de que, nos termos do art. 115, I, da Constituição Estadual, esta é a orientação jurídico-normativa para a Administração.

É o parecer, s.m.j.

Porto Alegre, 22 de abril de 2004.

Luís Carlos Kothe Hagemann, Procurador do Estado

002251-1364/02-5 043710-1000/03-5 Processos nos 002251-13.64/02-5 043710-10.00/03-5

Acolho as conclusões do PARECER $\rm n^o$ 13.957, da Procuradoria do Domínio Público Estadual, de autoria do Procurador do Estado Doutor LUÍS CARLOS KOTHE HAGEMANN.

Restitua-se o expediente ao Excelentíssimo Senhor Secretário de Estado da Habitação e Desenvolvimento Urbano.

Em 07 de maio de 2004.

Helena Maria Silva Coelho, Procuradora-Geral do Estado.

