



Estado do Rio Grande do Sul  
Procuradoria-Geral do Estado

ISSN 0101-1480

# Revista da **PGE**

Procuradoria-Geral do Estado RS

## CADERNOS DE DIREITO PÚBLICO

Almiro do Couto e Silva

Nº 57 Supl.  
Dezembro/2003



**REVISTA DA  
PROCURADORIA-GERAL  
DO ESTADO**

**Cadernos de Direito Público**

Publicação da Procuradoria de Informação, Documentação e Aperfeiçoamento Profissional

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ISSN 0101-1480

RPGE	Porto Alegre	v. 27	n. 57 Supl.	p. 1 - 387	2004
------	--------------	-------	-------------	------------	------

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].

Publicação interrompida em 2003.

Catálogo na publicação: Biblioteca da PGE/PIDAP

Todos os direitos são reservados. Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida desde que citada a fonte, sendo proibida as reproduções para fins comerciais.

Os artigos publicados nesta revista são de exclusiva responsabilidade de seus autores e não representam necessariamente a posição desta Procuradoria-Geral.

1ª Impressão - 2004

2ª Impressão - 2011

Procuradoria-Geral do Estado do RS  
Procuradoria de Informação, Documentação e  
Aperfeiçoamento Pessoal  
Av. Borges de Medeiros, 1501 – 13. Andar  
90119-900 Porto Alegre/RS  
Fone/Fax: (51) 32881656 – 32881652  
E-mail: [conselho-editorial@pge.rs.gov.br](mailto:conselho-editorial@pge.rs.gov.br)  
Site: <http://www.pge.rs.gov.br>

Pede-se permuta  
Piedese canje  
We ask exchange  
On demande échange  
Wir bitten um autausch  
Si richiede lo scambio

Impresso no Brasil

GERMANO RIGOTTO

Governador do Estado

ANTÔNIO HOHLFELDT

Vice-Governador do Estado

HELENA MARIA SILVA COELHO

Procurador-Geral do Estado

JOSÉ CALVINO PIRES MAIA

Procuradora-Geral Adjunta para Assuntos Administrativos

TELMO LEMOS FILHO

Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Jurídicos

EUZÉBIO FERNANDO RUSCHEL

Procuradora-Geral Adjunta 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)

Maria Carla Ferreira Garcia

Secretária-Executiva

Bibliotecária crb 10/1343

**Corag**   
*Imprensa Oficial*  
*do Estado do Rio Grande do Sul*

Av. Cel. Aparício Borges, 2199

Fone: (51) 3288-9700

E-mail: [editora\\_tecnica@corag.com.br](mailto:editora_tecnica@corag.com.br)

[www.corag.com.br](http://www.corag.com.br)

# SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO .....	7
DOCTRINA	
Princípios da legalidade da administração pública e da segurança Jurídica no Estado de Direito contemporâneo .....	13
O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99) .....	35
Atos jurídicos de direito administrativo praticados por particulares e direitos formativos .....	79
Poder discricionário no direito administrativo brasileiro.....	97
Prescrição quinquenária da pretensão anulatória da administração pública com relação a seus atos administrativos .....	113
Responsabilidade do Estado e problemas jurídicos resultantes do planejamento .....	123
Problemas jurídicos do planejamento .....	133
Responsabilidade extracontratual do Estado no direito brasileiro.....	149
Responsabilidade pré-negocial e culpa in contrahendo no direito administrativo brasileiro .....	171
Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas.....	179
Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por Serviço público “à brasileira”? .....	207
Autoridade pública e mandado de segurança.....	237
Correção de prova de concurso público e controle jurisdicional .....	259

Matrizes ideológicas do projeto de Constituição farroupilha .....	275
Casamento e a posição jurídica da mulher no direito de família romano do período clássico .....	291
Romanismo e germanismo no Código Civil brasileiro.....	307
PARECERES	
Parecer n. 4564 - Enfitese. Alienação de domínio útil.....	331
Parecer n. 5275 - Sociedade de economia mista.....	348
Parecer n. 6508 - Princípio da inconstitucionalidade da lei.....	356
Restrição à Propriedade .....	361

## APRESENTAÇÃO

É com muita satisfação que retomamos a publicação dos “Cadernos de Direito Público”, da Revista da Procuradoria-Geral do Estado. A idéia da edição dos Cadernos de Direito Público surgiu, como já referido quando da edição do primeiro, da necessidade de perenizar a obra de figuras exponenciais integrantes da carreira de Procurador do Estado, que contribuíram de forma indelével para tornar a Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul a instituição respeitada e sólida que é, modelo para os demais Estados da federação.

Inúmeros seriam os Procuradores do Estado merecedores de integrarem os ditos Cadernos de Direito Público. Optou-se por homenagear, neste momento, o Procurador do Estado, ora na inatividade, ALMIRO DO COUTO E SILVA, um referencial nacional, no âmbito do Direito Administrativo. Foi membro do Conselho de Serviço Público do Rio Grande do Sul, embrião da Consultoria-Geral do Estado, hoje Procuradoria-Geral do Estado; membro do Conselho Superior da PGE-RS; Coordenador-Geral da Comissão de Estudos Legislativos do Ministério da Justiça; Subchefe Chefe da Casa Civil da Presidência da República; Conselheiro do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo; professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da UFRGS; Diretor da Faculdade de Direito da UFRGS, além de outras inúmeras e honrosas atribuições.

Por todos os relevantes serviços prestados ao Direito, em especial ao Direito Administrativo, matéria-prima de nosso mister, nada mais justo do que a escolha de ALMIRO DO COUTO E SILVA para receber esta homenagem de seus colegas Procuradores do Estado, que têm nele um exemplo a ser seguido, não só pelo saber jurídico, mas pela magnífica figura humana que é.

Foram selecionados vários artigos, alguns, inclusive, já publicados na Revista da PGE, sendo que o último deles, extremamente atual, versa sobre o dispositivo da Lei Federal nº 9784/99 (Lei do Processo Administrativo), que estabelece prazo decadencial para a anulação, pela própria Administração, de seus atos eivados de vício.

Helena Maria Silva Coelho ,  
Procuradora-Geral do Estado.

# ALMIRO DO COUTO E SILVA

## I. Formação e funções docentes

1. Cursos primário e secundário no Colégio Anchieta, dos padres jesuítas, em Porto Alegre (1942-1950)
2. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em 1955.
3. Curso de Especialização, nos anos 1962 e 1963, em Direito Administrativo e Direito Romano, respectivamente com os Professores ERNST FORSTHOFF e GERALDO BROGGINI, na Universidade de Heidelberg, República Federal da Alemanha.
4. Professor de Direito Romano da Faculdade de Direito Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, de 1963 a 1972.
5. Auxiliar de Ensino, na disciplina de Direito Romano, na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, de 1965 a 1978.
6. Professor de Direito Administrativo, mediante concurso, em que foi classificado em 1º lugar, na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.
7. Diretor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), no período de dezembro de 1984 à dezembro de 1988.
8. Professor Visitante da Universidade de Paris XII (ST. Maur) onde ministrou, em abril de 1988, curso sobre ‘Le Contrôle Jurisdictionnel de l’Etat au Brésil’.
9. Professor Visitante da Universidade de Paris I, Panthéon Sorbonne onde ministrou em abril de 1995, curso sobre “Les Entreprises Publiques et les Sociétés d’Economie Mixte en Droit Brésilien” e “L’Action Civile Publique et la Protection de L’Environnement au Brésil”.
10. Professor autorizado pelo Conselho Federal de Educação a integrar corpo docente de curso de pós-graduação em direito e a orientar dissertações e teses.
11. Professor Coordenador do Curso de Pós-graduação, Mestrado em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.
12. Membro da Comissão constituída pelo Presidente do Tribunal Superior Eleitoral para a elaboração de anteprojeto de reformulação da legislação eleitoral brasileira (1995).
13. Membro da Comissão constituída pelo Ministro da Justiça para a elaboração do Anteprojeto do Código de Procedimento Administrativo da União (1996).

## II. Outras funções exercidas e distinções profissionais recebidas.

14. Consultor Jurídico do DAER-RS (Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem do Estado do Rio Grande do Sul -1956-1965).

15. Consultor Jurídico da Secretaria do Estado do Interior e Justiça, Rio Grande do Sul.

16. Membro do Conselho de Serviço Público, Rio Grande do Sul.

17. Procurador do Estado do Rio Grande do Sul.

18. Membro do Conselho Superior da Procuradoria Geral do Estado, Rio Grande do Sul.

19. Coordenador Geral da Comissão de Estudos Legislativos do Ministério da Justiça (Comissão dos Códigos), nos anos de 1972 e 1973.

20. Sub chefe da Casa Civil da Presidência da República nos anos 1972 e 1973.

21. Conselheiro do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo.

22. Contratado pelo MEC (Ministério da Educação e Cultura) para prestar assessoria na elaboração de Anteprojeto de Lei visando a unificação do regime jurídico das universidades federais.

23. Assessor do CRUB (Conselho de Reitores das Universidades Brasileiras) na elaboração de sugestões normativas destinadas a atender reivindicações dos docentes e servidores das universidades federais.

24. Participação, como expositor e debatedor em diversos congressos de Direito Público, especialmente de Direito Administrativo.

25. Prêmio Medalha Oswaldo Vergara, concedida pela OAB/RS em novembro de 1974, em reconhecimento pelos serviços prestados à Ordem e à Classe.

26. Comenda de Jurista Eminente concedida pelo Instituto dos Advogados, Rio Grande do Sul.

27. Vice-Presidente do Instituto dos Advogados, RS.

28. Membro do Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Rio Grande do Sul.

29. Membro do Conselho de Orientação da Revista de Direito Público, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo.

30. Assessor do Reitor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul no período de 1989 a 1991.

31. Membro do Conselho de Orientação da Revista Trimestral de Direito Público, Órgão do IEPE e do IDAP, São Paulo.

32. Atualmente é Vice-Presidente do IARGS (Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul).

### III. Trabalhos jurídicos publicados

Diversos pareceres do Conselho de Serviço Público, de que foi Relator, publicados no Diário Oficial do Estado do Rio Grande do Sul, entre os anos de 1965 e 1967.

Parecer do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul sobre o Projeto da Constituição de 1967.

Diversos trabalhos jurídicos publicados nas seguintes revistas; Revista de Direito Administrativo, Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Revista da Consultoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul, Revista de Direito Público e Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Doutrina



## PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DA SEGURANÇA JURÍDICA NO ESTADO DE DIREITO CONTEMPORÂNEO

1. Há hoje pleno reconhecimento de que a noção de Estado de Direito apresenta duas faces. Pode ela ser apreciada sob o aspecto material ou sob o ângulo formal. No primeiro sentido, elementos estruturantes do Estado de Direito são as idéias de justiça e de segurança jurídica. No outro, o conceito de Estado de Direito compreende vários componentes, dentre os quais têm importância especial: a) a existência de um sistema de direitos e garantias fundamentais; b) a divisão das funções do Estado, de modo que haja razoável equilíbrio e harmonia entre elas, bem como entre os órgãos que as exercitam, a fim de que o poder estatal seja limitado e contido por “freios e contrapesos” (checks and balances); c) a legalidade da Administração Pública e, d) a proteção da boa fé ou da confiança (Vertrauensschutz) que os administrados têm na ação do Estado, quanto à sua correção e conformidade com as leis<sup>1</sup>.

A esses dois últimos elementos ou princípios - legalidade da Administração Pública e proteção da confiança ou da boa fé dos administrados - ligam-se, respectivamente, a presunção ou aparência de legalidade que têm os atos administrativos e a necessidade de que sejam os particulares defendidos, em determinadas circunstâncias, contra a fria e mecânica aplicação da lei, com o conseqüente anulamento de providências do Poder Público que geraram benefícios e vantagens, há muito incorporados ao patrimônio dos administrados.

Já se deixa entrever que o Estado de Direito contém, quer no seu aspecto material, quer no formal, elementos aparente ou realmente antinômicos. Se é antiga a observação de que justiça e segurança jurídica freqüentemente se completam, de maneira que pela justiça chega-se à segurança jurídica e vice-versa, é certo que também freqüentemente colocam-se em oposição. Lembre-se, a propósito, o exemplo famoso da prescrição, que ilustra o sacrifício da justiça em favor da segurança jurídica, ou da interrupção da prescrição, com o triunfo da justiça sobre a segurança jurídica. Institutos como o da coisa julgada ou da preclusão processual, impossibilitando definitivamente o reexame dos atos do Estado, ainda que injustos, contrários ao Direito ou ilegais, revelam igualmente esse conflito.

Colisões análogas a essas verificam-se entre o princípio da legalidade da

<sup>1</sup> Norbert Achterberg, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, C. F. Müller, Heidelberg, 1982, pp. 73 e 77; Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschlands*, C. F. Müller, Karlsruhe, 1975, p. 79.

Administração Pública e o da proteção da boa fé ou da confiança dos administrados que acreditaram na legalidade dos atos administrativos que os favoreceram com vantagens consideradas posteriormente indevidas por ilegais. É o que o ordenamento jurídico, conforme as situações, ora dá mais peso e importância à segurança jurídica em detrimento da justiça, ora prescreve de maneira inversa, sobrepondo a justiça à segurança jurídica; ora afirma a preeminência do princípio da legalidade da Administração Pública sobre o da proteção da confiança dos administrados, ora proclama que aquele deve ceder passo a este<sup>2</sup>.

No fundo, porém, o conflito entre justiça e segurança jurídica só existe quando tomamos a justiça como valor absoluto, de tal maneira que o justo nunca pode transformar-se em injusto e nem o injusto jamais perder essa natureza. A contingência humana, os condicionamentos sociais, culturais, econômicos, políticos, o tempo e o espaço - tudo isso impõe adequações, temperamentos e adaptações, na imperfeita aplicação daquela idéia abstrata à realidade em que vivemos, sob pena de, se assim não se proceder, correr-se o risco de agir injustamente ao cuidar de fazer justiça. Nisso não há nada de paradoxal. A tolerada permanência do injusto ou do ilegal pode dar causa a situações que, por arraigadas e consolidadas, seria iníquo desconstituir, só pela lembrança ou pela invocação da injustiça ou da ilegalidade originária.

Do mesmo modo como a nossa face se modifica e se transforma com o passar dos anos, o tempo e a experiência histórica também alteram, no quadro da condição humana, a face da justiça. Na verdade, quando se diz que em determinadas circunstâncias a segurança jurídica deve preponderar sobre a justiça, o que se está afirmando, a rigor, é que o princípio da segurança jurídica passou a exprimir, naquele caso, diante das peculiaridades da situação concreta, a justiça material. Segurança jurídica não é, aí, algo que se contraponha à justiça; é ela a própria justiça. Parece-me, pois, que as antinomias e conflitos entre justiça e segurança jurídica, fora do mundo platônico das idéias puras, alheias e indiferentes ao tempo e à história, são falsas antinomias e conflitos. Nem sempre é fácil discernir, porém, diante do caso concreto, qual o princípio que lhe é adequado, de modo a assegurar a realização da Justiça: o da legalidade da Administração Pública ou o da segurança jurídica? A invariável aplicação do princípio da legalidade da Administração Pública deixaria os administrados, em numerosíssimas situações, atônitos, intranquilos e até mesmo indignados pela conduta do Estado, se a este fosse dado, sempre, invalidar seus próprios atos - qual Penélope, fazendo e desmanchando sua teia, para tornar a fazê-la e tornar a desmanchá-la - sob o argumento de ter adotado uma nova interpretação e de haver finalmente percebido, após o transcurso de certo lapso de tempo, que eles eram ilegais, não podendo, portanto, como atos nulos, dar causa a qualquer consequência jurídica para os destinatários. Só há relativa-

<sup>2</sup> Norbert Achterberg, ob. cit., p. 74.

mente pouco tempo é que passou a considerar-se que o princípio da legalidade da Administração Pública, até então tido como incontrastável, encontrava limites na sua aplicação, precisamente porque se mostrava indispensável resguardar, em certas hipóteses, como interesse público prevalecente, a confiança dos indivíduos em que os atos do Poder Público, que lhes dizem respeito e outorgam vantagens, são atos regulares, praticados com a observância das leis.

O objetivo deste trabalho é o de analisar o princípio da segurança jurídica em suas intersecções com o princípio da legalidade da Administração Pública. Trata-se, já se vê, de uma reflexão sobre o Estado de Direito, tal como é hoje entendido e com a problemática que apresenta neste final do século XX.

Começarei alinhando algumas observações sobre o princípio da legalidade da Administração Pública, suas vertentes ideológicas, seu apogeu no Estado liberal burguês e a crise resultante da passagem do Estado liberal para o Estado Social, arquétipo inspirador dos Estados democráticos contemporâneos, que dele buscam aproximar-se com maior ou menor sucesso, sem nunca conseguir alcançá-lo em plenitude.

2. O princípio da legalidade da Administração Pública é uma secreção do princípio da separação das funções do Estado, a que Montesquieu deu feição definitiva. Aristóteles, no Livro IV da Política (14-16), havia registrado a existência de diferentes funções dentro do Estado, sem, no entanto, preocupar-se em recomendar que órgão distintos as exercessem, para que, desse modo, ficassem garantidos os indivíduos contra o poder estatal. Essa preocupação só vai surgir no pensamento político com o jusnaturalismo racionalista dos séculos XVI I e XVIII, que laiciza a velha luta escolástica entre *ratio* e *voluntas* e trata de substituir a *voluntas* - a vontade do monarca absoluto, livre das leis, a *legibus solutus* como o príncipe do discutido fragmento do Digesto - pela *ratio* da lei. A corrente voluntarista, que dava sustentação ao absolutismo, recebera o apoio valioso que lhe emprestou a obra monumental de Thomás Hobbes, propugnador da concentração de todos os poderes do Estado nas mãos do soberano e para quem, na frase famosa, *auctoritas non veritas facit legem*, com o que indicava, como se tira desde logo dessas palavras que a lei não era razão, mas sim poder e vontade<sup>3</sup>.

John Locke é que irá afirmar e dar contornos precisos ao pensamento liberal, como campeão das aspirações da burguesia, na afirmação dos direitos imanentes ao homem nos conflitos com o Estado. Locke era defensor intransigente da propriedade privada, por ele mais valorizada do que a própria liberdade. O contrato social, que os homens celebraram ao sair do estado de natureza, tem por fim principal a conservação da propriedade. Mas, se o grande objetivo que os homens perseguem ao ingressar na sociedade civil, pelo contrato social, é gozar

<sup>3</sup> Hans Welzel, *Derecho Natural y Justicia Material*. Aguilar, Madrid, 1957, p. 149; Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, von Duncker & Humblot, Berlin, 1928, p. 140.

suas propriedades em paz e segurança, o grande instrumento para que isso se realize são as leis estabelecidas nessa sociedade. Assim, a primeira e fundamental lei positiva de qualquer comunidade é o estabelecimento do Poder Legislativo. É este o ponto culminante das idéias liberais de Locke, onde a distinção entre função legislativa e executiva adquire caráter instrumental, destinando-se a freiar o Poder do Estado. A partir daí, Montesquieu, para deixar acabada sua teoria, só teria de retomar a Aristóteles e recolocar como terceira função do Estado a judiciária, em lugar do Poder Federativo proposto por Locke e que consistiria, basicamente, no poder de fazer a guerra e a paz e estabelecer alianças.

Das três funções do Estado, a mais importante, na concepção de Locke e Montesquieu, era a legislativa, de onde emanava a lei, a razão objetiva a que se submetia a vontade dos detentores do poder político, mas a que também estavam rigidamente ligados os juizes, destinados meramente a ser, como dizia Montesquieu, “a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não podem moderar nem sua força e nem seu rigor”<sup>4</sup>. Só assim atingia-se o ideal de que todos vivessem non sub homine, sed sub lege, na fórmula de Henry de Bracton. Se Hobbes, por um lado, com seu voluntarismo, que é a contraparte, no plano político, do voluntarismo nominalista de Ockam e Escoto, justificava o absolutismo, por outro, com o seu positivismo, trouxe algumas importantes contribuições para o futuro perfil do Estado de Direito e para a configuração do princípio da legalidade da Administração Pública. Para Hobbes, uma ação só é passível de pena se previamente existir uma norma que a proíba e que para ela estabeleça uma sanção. Isto é nada mais nada menos do que a enunciação do moderno princípio que informa o Direito Penal: nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege, na concisa expressão latina concebida por Feuerbach. A este axioma liga-se outro, pertinente à irretroatividade da lei penal, clara-mente expresso no Leviathan nestes termos: “no law after a fact done, can make it a crime”<sup>5</sup>.

É por si só evidente a importância destas posições de Hobbes para o pensamento liberal. Se apenas é crime o que a lei assim qualifica, tem o indivíduo a plena liberdade de fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, identificando-se, assim, o silêncio da lei com a liberdade individual. Dito de outro modo, isso quer significar que qualquer restrição à liberdade individual só por lei pode ser estabelecida. Tal princípio, depurado do voluntarismo de Hobbes, é que se irá incorporar definitivamente ao patrimônio das conquistas liberais e que vem invariavelmente estampado nas Constituições democráticas modernas. No que se refere à liberdade é, em suma, o que Otto Mayer denominará, já no fim do século XIX, de princípio da reserva legal (Vorbehalt des Gesetzes), que, ao lado do princípio da primazia ou da preeminência da lei (Vorrang des Gesetzes), também por ele nomeado, forma

4 L'Esprit des Lois, Livro XI, 6.

5 Cap. XXVII; Adriano Cavanna, Storia del Diritto Moderno in Europa, Giuffrè, 1979, p. 334.

o princípio maior da legalidade da Administração Pública<sup>6</sup>.

Na composição da massa da qual irá sair, perfeito e acabado, o princípio da legalidade da Administração Pública, vimos que Locke e Montesquieu entraram com a supremacia da função legislativa sobre as demais funções do Estado, e com a supremacia da lei sobre as demais manifestações do poder do Estado, e Hobbes com a idéia de que só mediante lei seria admissível restringir a liberdade individual.

Faltava, no entanto, dizer o que era lei, definir sua origem, identificar a vontade que deveria refletir e os requisitos que teria de apresentar. Rousseau é que irá colocar o último componente, de acentuado caráter democrático, com sua noção da vontade geral, como expressão máxima da soberania, que já aparece no vínculo instituidor do próprio Estado, no contrato social. Para Rousseau, a lei há de ser geral num duplo sentido: geral porque é a vontade geral do povo e geral pela impessoalidade do seu enunciado. Na lei casam-se, pois, o dado democrático da sua elaboração com a afirmação plena do princípio da isonomia, da igualdade dos indivíduos perante o Estado em qualquer hipótese, mesmo diante da mais alta forma de manifestação do seu poder e da sua vontade, que é a lei.

“Quando eu digo” - escrevia Rousseau - “que o objetivo das leis é sempre geral, entendo que a lei considera os indivíduos como coletividade e as ações como abstratas, jamais um homem como indivíduo, nem uma ação particular (...) Toda função que se relaciona a um objeto individual não pertence à função legislativa”<sup>7</sup>.

Estava cunhado, desse modo, o conceito da lei a que se submete o Estado democrático: a norma resultante da vontade geral do povo e que também iria reger e disciplinar as relações entre os indivíduos e as relações dos indivíduos com o Estado.

A Constituição Americana de 1787, na linha das Constituições de alguns Estados americanos e, logo após, as demais Constituições votadas no fim do século XVIII e início do século XIX, transformaram em Direito Positivo o que até então eram páginas de filosofia ou fragmentos de pensamento político, esparsos na obra de prestigiados autores do século XVII e XVIII.

O conceito de Estado de Direito, ainda que só mais tarde viesse a ser batizado com esse nome, e os princípios da *rule of law* e da legalidade da Administração Pública, depois de largo período de gestação, saíram finalmente do mundo das idéias para ocupar lugar de especial destaque no quadro do repertório de instituições conformadoras do Estado liberal, que nasce da independência dos Estados Unidos e das cinzas da Revolução Francesa.

3. O Estado liberal, como é sabido, tratava exclusivamente de garantir o livre desenvolvimento das forças e impulsos sociais e econômicos, com um míni-

<sup>6</sup> Deutsches Verwaltungsrecht, von Duncker & Humblot, Berlin, 1895, vol. I, pp. 68 e 88.

<sup>7</sup> Le Contrat Social, Livro I, Capítulo VI. Sobre o conceito de lei em Rousseau, ver Carré de Malberg, Contribution à la Théorie Générale de l'État, Sirey, Paris, 1920, vol. I, p. 290.

mo de interferência. Acreditava-se, com o otimismo que é típico da época, que o equilíbrio seria necessariamente encontrado, como se tudo estivesse prudentemente governado pela “mão invisível” da metáfora de Adam Smith.

Nesse contexto histórico, a discussão que por vezes se trava é sobre a extensão do princípio da legalidade e sobre o conceito rousseauiano de lei, com a exigência da dupla generalidade, a da origem, pois deve resultar da vontade geral e a do caráter abstrato e impessoal do seu enunciado. A experiência germânica é especialmente rica em discussões e controvérsias sobre esses temas. No que diz com a extensão do princípio da legalidade da Administração Pública, distingue a doutrina alemã do século XIX entre proposições jurídicas (*Rechtssitze*), e outras disposições que, conquanto emanadas do Estado, não poderiam contudo qualificar-se como jurídicas, porque destinadas a ter eficácia interna corporis, dentro dos lindes do próprio Estado. Tais, p. ex., as regras pertinentes à organização do Estado, ou a vínculos designados por Laband como “relações especiais de poder”. Exemplos destas são as existentes entre o Estado e os servidores públicos, civis e militares, os alunos das escolas públicas, os sujeitos a regime carcerário, os usuários de estabelecimentos públicos<sup>8</sup>.

Como elucida Paul Laband, “...só ali onde a esfera da vontade do Estado que administra entra em contato com qualquer outra esfera de vontade reconhecida pelo Direito, pode haver espaço para uma proposição jurídica”. E, em outro tópico: “as regras de comportamento que o indivíduo se dá a si próprio nunca podem ser preceitos jurídicos. Isso é igualmente certo no que respeita ao Estado”<sup>9</sup>. Em outras palavras, só quando a ação do Estado entrasse em colisão com li a liberdade ou com a propriedade dos indivíduos é que seria necessária uma proposição jurídica, ou seja, uma lei.

Haveria, pois, no universo abrangido pelos atos normativos do Estado duas esferas perfeitamente definidas: a do Direito, integrada pelas regras que de algum modo interferem com a liberdade e a propriedade dos indivíduos e a do Não-Direito, dentro da qual se colocam as já mencionadas regras de organização do Estado ou referentes às várias relações especiais de poder.

Daí a distinção, na área dos regulamentos, entre regulamentos de Direito ou regulamentos jurídicos (*Rechtsverordnungen*) e regulamentos meramente administrativos (*Verwaltungsverordnungen*). Só os primeiros, pelo que já se mostrou, dispoem sobre relações gerais de poder, integrariam o Direito Positivo; os outros, enquanto normas internas estariam despidos de qualquer juridicidade, sendo, no entanto, completamente autônomos.

Por outro lado, Paul Laband e Georg Jellinek estabelecem o discrimine entre lei em sentido formal e em sentido material, definindo-se a primeira como qualquer

<sup>8</sup> Staatsrecht, 1ª ed., vol. I, pp. 386 e 88.; Otto Mayer, ob. cit., vol. I, pp. 102 e ss.

<sup>9</sup> Ob. cit., vol. 11, p. 181.

ato emanado do Poder Legislativo, no modo prescrito à tramitação legislativa, independentemente do seu conteúdo, e a segunda como a proposição jurídica, de índole geral, abstrata e impessoal, independentemente da sua origem. Na verdade, as leis na acepção puramente formal seriam atos administrativos com roupagem de lei, de que o exemplo mais eminente, suscitador da distinção, era o orçamento. Natureza de leis, na acepção material, teriam, em contraposição, todos os atos do Estado, dotados de normatividade jurídica, proviessem de onde proviessem<sup>10</sup>.

Essas disquisições dos juristas alemães, já no crepúsculo do século passado, não chegam, porém, a complicar grandemente a estrutura jurídica da Administração Pública do Estado liberal, que atravessa boa parte do século XIX sem maiores perturbações. Se o Estado é simples, ocupando-se quase que somente dos serviços de segurança externa e interna, justiça, obras públicas, saúde e educação - em medidas incomparavelmente mais modestas das que hoje conhecemos - e destinando-se a tributação apenas a dar sustentação financeira a essas atividades, singelo é também o relacionamento entre o Estado e o Direito. O Estado é, pode dizer-se, inteiramente regido, na sua atuação administrativa, pelo Direito Público. Ao Direito Privado continua ele a sujeitar-se, como ocorria desde o Direito Romano, quando age como *fiscus*, isto é, como qualquer particular, mas isso tem escassa significação na moldura geral dos tipos de ação do Poder Público. São os atos administrativos, portanto, o modo e o meio por excelência da atuação da Administração Pública, expressando sempre a superioridade, o poder, o *imperium* do Estado, assim como autorizado pela lei. Prende-se a esse período a célebre distinção do Direito francês, hoje, obsoleta e quase esquecida, entre atos de autoridade e atos de gestão. Só os primeiros, os atos de autoridade, regidos pelo Direito Público, materializando o *imperium* estatal, eram atos administrativos. Os outros, os atos de gestão, submetidos ao Direito Privado, inseriam-se no rol dos atos jurídicos desse setor do Direito e eram classificados pelos critérios usualmente a eles aplicados.

A revolução industrial e os movimentos sociais, a que deu origem, determinaram profundas alterações do Estado, que ampliou enormemente os seus serviços, sobretudo em razão da sua atividade de intervenção no domínio econômico e na área social. As linhas que separavam, de forma muito vincada, o Estado liberal da sociedade, começam a esfumar-se rapidamente, passando o Estado a desincumbir-se de tarefas que exercem uma função modeladora da própria sociedade, não apenas por meios coercitivos, por restrições à liberdade e à propriedade dos indivíduos, senão que também e sobretudo propiciando benefícios e vantagens, como quando assegura assistência e previdência sociais, promove programas habitacionais, dá créditos a juros baixos ou concede outras formas de subsídio ou subvenção para estimular o desenvolvimento de determinados setores, empreende campanhas de

10 Dietrich Jesch, *Ley y Administración*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1978, p. 17.

alfabetização, de distribuição de merenda escolar, etc. Numa palavra, o Estado liberal assumia a feição de Estado social. É interessante notar que a importância e o volume dos serviços que hoje se ocupam dessa nova administração, que os alemães denominam de administração prestadora de benefícios (Leistungsverwaltung), é consideravelmente maior, em todo o mundo, do que a clássica administração coercitiva ou interventiva (Eingriffsverwaltung)<sup>11</sup>.

4. A expansão do Estado contemporâneo, que se inicia já no século passado, mas que se acelera consideravelmente neste século, notadamente depois das duas últimas grandes guerras, transformou-o no que hoje costuma chamar-se de Estado Administrativo. A rápida e substancial ampliação da gama de serviços públicos acarretou implicações importantes no plano jurídico, com repercussões profundas sobre o princípio da legalidade da Administração Pública, na sua formulação tradicional. Passarei, agora, a destacar resumidamente as que me parecem de maior realce, muitas das quais dão azo a que se fale numa crise do princípio da legalidade da Administração Pública.

a) - O Estado dos nossos dias exige decisões prontas, impossíveis muitas vezes de serem tomadas pela via legislativa. Em razão disso, não prescinde o Estado moderno de formas institucionalizadas ou disfarçadas de delegação legislativa. Entre nós, embora a Constituição vigente consagre a delegação legislativa (nos seus arts. 46, IV e 52 a 54), tem ela ficado em desuso, preferindo-se o recurso à delegação atípica ou disfarçada que consiste na atribuição de competência amplíssima a entidades e órgãos da Administração Pública.

b) - As formas veladas de delegação legislativa conecta-se diretamente a importância assumida pelas fontes infralegais do Direito Administrativo. Nenhum de nós ignora o significado e o poder dos regulamentos, resoluções, circulares, portarias etc., pelas quais de um só golpe, como ocorre com as Resoluções do Conselho Monetário Nacional ou com as circulares do Banco Central, altera-se o desenho de importantíssimos setores da Nação. O problema, aliás, não é só nosso e encontra símile na maioria dos países democráticos do nosso tempo.

c) - O Estado utiliza, cada vez mais, nos documentos normativos, cláusulas gerais, de conteúdo vago e elástico, e conceitos jurídicos indeterminados, também chamados de conceitos tipo, em oposição aos conceitos classificatórios. Esses conceitos apresentam um núcleo de significação perfeitamente definido, de tal sorte que a aplicação desse núcleo e a respectiva subsunção do caso concreto se faz sem maiores dificuldades. Já o mesmo não sucede na área periférica do conceito, onde as dúvidas surgidas na operação de enquadramento dos fatos e da subsunção destes na regra são comuns e freqüentes. Conquanto, no plano estritamente lógico, não se cogite aí do poder discricionário do agente administrativo com competência

<sup>11</sup> Isso verifica-se até mesmo nos países de mais arraigada tradição liberal, como os Estados Unidos. Sobre este ponto, Bernard Schwartz, *Administrative Law*, Boston, 1976, p. 6.

para aplicar a norma, é irrecusável que, em termos práticos, passa ele a gozar de uma área de decisão que torna semelhante os atos de aplicação destes conceitos aos de exercício de poder discricionário.

d) - Nos casos de dúvida quanto à subsunção de casos em cláusulas gerais, ou em conceitos jurídicos indeterminados, a palavra final só poderá ser dada pelo Judiciário. É notório que os juízes modernos estão muito distantes da “boca que pronuncia as palavras da lei” ou dos juízes-autômatos, imaginados por Montesquieu. Hoje, não somente no sistema da common law, do judge made law, mas também nos sistemas que, como o nosso, ligam-se ao do Direito Romano, os juízes se transformaram em legisladores. Por certo, não temos nós a regra do stare decisis, ou da força vinculativa dos precedentes, o que tem impedido que, no rigor da técnica, possa a jurisprudência ser considerada como fonte de Direito. Mas ninguém negará que a jurisprudência constante, uniforme, plenamente consolidada, exerce papel semelhante ao que desempenhava o ius honorarium, nos seus conflitos com o ius civile, no Direito Romano. Muito embora não pudesse o ius honorarium ab-rogar formalmente o ius civile, a ele, no entanto, se sobrepunha na prática, pois o Direito que era efetivamente aplicado era o ius honorarium e não o ius civile. Não é outra razão pela qual Gaio dizia que o ius civile, embora formalmente vigente, não passava de um nudum jus; um direito esvaziado de conseqüências e efeitos imediatos sobre a realidade.

A função de criação do Direito, assumida pelos juízes e estimulada pela inserção nas leis de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, suscita o problema, de difícil solução, da legitimação democrática para o desempenho dessas atribuições, pois, como advertia Montesquieu, se o poder de julgar estiver confundido com o poder de legislar, “o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário”<sup>12</sup>. É o “governo dos juízes”, com o permanente risco de transformar-se, pela ausência de controles, na tirania dos juízes.

e) - O impressionante crescimento dos serviços públicos induziu o Estado a buscar, nos repertórios do Direito Privado, conceitos, institutos e formas jurídicas, capazes de dar maior agilidade à Administração estatal, especialmente à chamada Administração prestadora de benefícios e vantagens. O Direito Privado que se aplica ao Estado, quando este atua visando a realizar fins imediatamente públicos, não é, de regra, absolutamente igual ao que se aplica às relações entre particulares. Normalmente a ele se misturam normas adaptativas, de Direito Público, compondo um todo híbrido, ainda que com a prevalência de preceitos do Direito Privado, a que Hans Julius Wolff, com os aplausos generalizados da doutrina, chamou de Direito Privado Administrativo<sup>13</sup>. De qualquer forma, a Administração regida pelo Direito Privado ou pelo Direito Privado Administrativo goza de uma liberdade,

12 L'Esprit des Lois, Livro XI, Capítulo 6.

13 Verwaltungsrecht, C. H. Beck, München. 1974, vol. I. p. 108.

com relação à lei, consideravelmente mais ampla do que a desfrutada pela Administração que opera dentro dos limites do Direito Público.

É, todavia, incontroverso que o princípio da autonomia da vontade não existe para a Administração Pública. A autonomia da vontade resulta da liberdade humana, que não é uma criação do direito, mas sim um dado natural, anterior a ele. O direito restringe e modela essa liberdade, para tornar possível sua coexistência com a liberdade dos outros. Sobra sempre, porém, uma larga faixa que resta intocada pelo Direito. A Administração Pública não tem essa liberdade. Sua liberdade é tão somente a que a lei lhe concede, quer se trate de Administração Pública sob regime de Direito Público, de Direito Privado ou de Direito Privado Administrativo. É inegável, porém, que a base legal para a ação administrativa sob normas de Direito Privado por vezes se reduz a uma regra sobre competência ou até mesmo a uma simples autorização orçamentária, como ocorre com certas subvenções, o que tem sido muito discutido e censurado pela doutrina.<sup>14</sup> Quer isso dizer que o poder discricionário em mãos dos agentes da Administração Pública que se movem à sombra do Direito Privado é, em geral, extremamente dilatado, só encontrando barreira no princípio da igualdade perante os serviços públicos, aliás de claudicante observância

f) - A ampliação da área de atuação do Estado - fala-se hoje num excesso de carga do governo, em *overload government* ou em *Regierungsüberlastung* - correspondeu o desmesurado aumento da legislação, tornando impossível até mesmo aos especialistas (quanto mais ao homem comum) conhecê-la na integridade. Paralelamente, a complexidade de problemas técnicos, principalmente econômicos, objeto de legislação, dá oportunidade a que muitos textos legais se tornem inteligíveis apenas para os iniciados, perdendo a linguagem jurídica a austera simplicidade que, nos diferentes períodos históricos, quase sempre a caracterizou. Ambos esses aspectos aqui sucintamente tocados distanciam, obviamente, a lei dos seus destinatários, o que, se não torna o princípio da legalidade da Administração Pública uma falácia, pelo menos o enfraquece consideravelmente, se tivermos presente o sentido e a função para os quais foi concebido.

g) - A generalizada adoção do planejamento na Administração Pública, aliada à necessidade de que certos problemas relevantes tenham solução por via legislativa, fez com que a lei perdesse, em muitas situações, as características fixadas por Rousseau, quanto à abstração do seu enunciado. A oposição entre norma e medida, referida por Carl Schmitt para mostrar a diferença entre os atos que exprimem, respectivamente, o exercício da função legislativa e da função administrativa ou executiva<sup>15</sup>, deixa de existir nesses casos, pois as leis editadas em tais hipóteses são, efetivamente, leis medidas (*Massnahmegesetze*) como as

<sup>14</sup> Dietrich Jesch, ob. cit., pp. 224 e ss.

<sup>15</sup> Ob. cit., p. 138

denominou Ernst Forsthoff, e que outros preferem chamar de leis-providência ou de leis de efeitos concretos<sup>16</sup>. Comumente essas leis são um compósito da lei em sentido material e de ato administrativo sob forma da lei. Os planos urbanísticos são um exemplo delas, ao conter prescrições gerais e, ao mesmo tempo, determinações extremamente concretas, porque vinculadas a pontos geográficos precisos.

5. Se as particularidades que acabei resumidamente de assinalar de algum modo abalaram o princípio da legalidade da Administração Pública, na sua forma tradicional, não se pode deixar de dizer, por outro lado, que ele se estendeu a todos os tipos de relações entre os indivíduos e o Estado, abrangendo inclusive as relações especiais de poder, como as existentes entre o Estado e os alunos das escolas públicas, a população carcerária, os usuários dos estabelecimentos públicos, pois as relações especiais de poder são relações jurídicas, nas quais devem ser respeitados os direitos da pessoa, não se admitindo pensar, como fazia a doutrina alemã do século passado, que integrem o território do Não-Direito. Existe hoje uma tendência irreprimível a considerar que a Administração Pública está vinculada ante ao Direito do que propriamente à lei. Juristas eminentes chegam até mesmo a tirar do princípio da legalidade a conclusão da inexistência de poder discricionário, pois os atos que os expressam estão, como os demais atos administrativos, destinados à realização do interesse público e acham-se conformados por esse fim, ficando, pois, sempre aberta não só a possibilidade de sindic a existência de interesse público, como também se a providência concretamente adotada é que mais adequadamente o atende.

Descontados os exageros que creio existir na negação de uma área de discricção administrativa e de um poder reconhecido ao agente de eleger, dentro dos limites da lei, os meios que lhe pareçam mais aptos a alcançar os objetivos de utilidade pública perseguidos, essas atuais tendências estão a evidenciar, quando menos, a preocupação em revigorar o princípio, diante das ameaças e das efetivas restrições sofridas em razão do crescimento do Estado contemporâneo.

6. Faz-se modernamente, também, a correção de algumas distorções do princípio da legalidade da Administração Pública, resultantes do esquecimento de que sua origem radica na proteção dos indivíduos contra o Estado, dentro do círculo das conquistas liberais obtidas no final do século XVIII e início do século XIX, e decorrentes, igualmente, da ênfase excessiva no interesse do Estado em manter íntegro e sem lesões o seu ordenamento jurídico.

A noção doutrinariamente reconhecida e jurisprudencialmente assente de que a Administração pode desfazer seus próprios atos, quando nulos, acentua este último aspecto, em desfavor das razões que levaram ao surgimento do princípio da legalidade, voltadas todas para a defesa do indivíduo perante o Estado. Serve

<sup>16</sup> Ernst Forsthoff, *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*, C. A. Beck, München, 1973, p. 9; Karl Zeidler, *Massnahmegesetz und Klassisches Gesetz*, C. F. Müller, Karlsruhe, 1961, pp. 3 e ss.

à concepção de que o Estado tem sempre o poder de anular seus atos ilegais a verdade indiscutida no Direito Privado, desde o Direito Romano, de que o nulo jamais produz efeitos, convalida, convalida ou sana, sendo ainda insuscetível de ratificação. Se assim efetivamente é, então caberá sempre à Administração Pública revisar seus próprios atos, desconstituindo-os de ofício, quando eivados de nulidade, do mesmo modo como sempre será possível, quando válidos, revogá-los, desde que inexista óbice legal e não tenham gerado direitos subjetivos.

Aos poucos, porém, foi-se insinuando a idéia da proteção à boa fé ou da proteção à confiança, a mesma idéia, em suma, de segurança jurídica cristalizada no princípio da irretroatividade das leis ou no de que são válidos os atos praticados por funcionários de fato, apesar da manifesta incompetência das pessoas de que eles emanaram.

É interessante seguir os passos dessa evolução. O ponto inicial da trajetória está na opinião amplamente divulgada na literatura jurídica de expressão alemã do início do século de que, embora inexistente, na órbita da Administração Pública, o princípio da *res judicata*, a faculdade que tem o Poder Público de anular seus próprios atos tem limite não apenas nos Direitos Subjetivos regularmente gerados, mas também no interesse em proteger a boa fé e a confiança (*Treue und Glaube*) dos administrados. É o que admite expressamente Fritz Fleiner, nas suas Instituições do Direito Administrativo Alemão (cuja primeira edição é de 1911), muito embora sem deixar claro se a afirmação feita no texto, de que o administrador não deveria, “por alteração do seu ponto de vista jurídico, sem necessidade cogente, declarar inválidos estados de posse dos cidadãos, que havia deixado subsistir sem contestação durante muitos anos”<sup>17</sup>, seria um imperativo ou uma simples recomendação.

Mais incisivo é Walter Jellinek. Dizia ele: “O agente público pode expressamente ratificar um ato defeituoso e renunciar, assim, à faculdade de revogá-lo. Pode, também, tacitamente ratificá-lo, pois agiria contra a boa fé se quisesse valer-se da irregularidade longamente tolerada”<sup>18</sup>

7. Apesar de Jellinek aludir a revogação (*Wiederruf*) de atos irregulares, o que hoje seria tecnicamente inaceitável, compreende-se claramente que se cuida, na verdade, de anulamento. Entretanto, Jellinek via ainda o problema só pelo lado do Poder Público, salientando apenas a faculdade que teria a Administração de renunciar ao poder de anular, se entendesse que é o que melhor consultaria ao interesse público. O anulamento não seria, pois, um dever, mas um poder e o ato que o decretasse não teria a natureza de ato vinculado, mas sim de ato facultativo ou discricionário.

Foi este, todavia, o primeiro degrau para que se atingisse o entendimento de que a invalidade, longamente tolerada pela Administração Pública, convalida,

17 Institutionen des Deutschen Verwaltungsrecht, 8ª ed., Tübingen, 1928, § 13, p. 201, nota 62

18 Verwaltungsrecht, Berlin, 1929, § 11, IV.

convalesce ou sana, como é indiscrepantemente aceito pela doutrina germânica moderna, tendo em vista, especialmente, a jurisprudência firmada pelos Tribunais alemães, na metade da década de 50, que eliminou a faculdade de invalidar os atos administrativos nulos por ilegais, quando, com a prolongada e complacente inação do Poder Público, hajam produzido benefícios e vantagens para os destinatários.

Esclarece Otto Bachof que nenhum outro tema despertou maior interesse do que este, nos anos 50, na doutrina e na jurisprudência, para concluir que o princípio da possibilidade de anulamento foi substituído pelo da impossibilidade de anulamento, em homenagem à boa fé e à segurança jurídica. Informa ainda que a prevalência do princípio da legalidade sobre o da proteção da confiança só se dá quando a vantagem é obtida pelo destinatário por meios ilícitos por ele utilizados, com culpa sua, ou resulta de procedimento que gera sua responsabilidade. Nesses casos não se pode falar em proteção à confiança do favorecido<sup>19</sup>

Embora do confronto entre os princípios da legalidade da Administração Pública e o da segurança jurídica resulte que, fora dos casos de dolo, culpa etc., o anulamento com eficácia *ex tunc* é sempre inaceitável e o com eficácia *ex nunc* é admitido quando predominante o interesse público no restabelecimento da ordem jurídica ferida, é absolutamente defeso o anulamento quando se trata de atos administrativos que concedem prestações em dinheiro, que se exauram de uma só vez ou que apresentem caráter duradouro, como os de índole social subvenções, pensões ou proventos de aposentadoria. É este, com algumas críticas, formuladas pelas autorizadas vozes de Forsthoff e Bachof, o *status quaestionis* na Alemanha, como se pode ver dos manuais mais recentes<sup>20</sup>

8. Bem mais simples apresenta-se a solução dos conflitos entre os princípios da legalidade da Administração Pública e o da segurança jurídica no Direito francês. Desde o famoso *affaire Dame Cachet*, de 1923. fixou o Conselho de Estado o entendimento, logo reafirmado pelos *affaires Vallois e Gros de Beler*, ambos também de 1923 e pelo *affaire Dame Inglis*, de 1925, de que, de uma parte, a revogação dos atos administrativos não cabia quando existissem Direitos Subjetivos deles provenientes e, de outra, de que os atos maculados de nulidade só poderiam ter seu anulamento decretado pela Administração Pública no prazo de dois meses, que era o mesmo prazo concedido aos particulares para postular, em recurso contencioso de anulação, a invalidade dos atos administrativos.

Hauriou, comentando essas decisões, as aplaude entusiasticamente, indagando: “Mas será que o poder de desfazimento ou de anulação da Administração

<sup>19</sup> Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht. Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des

Bundesverwaltungsgerechts, Tübingen, 1966, 3. Auflage, vol. I, pp. 257 e ss.; vol. II. 1967. pp. 339 e ss.

<sup>20</sup> Norbert Achterberg, ob. cit., p. 469; Paul Badura, Erichsen e Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, de Gruyter, 1981, vol. I, pp. 226 e ss.; Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1982, pp. 212-13

poderá exercer-se indefinidamente e em qualquer época? Será que jamais as situações criadas por decisões desse gênero não se tomarão estáveis? Quantos perigos para a segurança das relações sociais encerram essas possibilidades indefinidas de revogação e, de outra parte, que incoerência, numa construção jurídica que abre aos terceiros interessados, para os recursos contenciosos de anulação, um breve prazo de dois meses e que deixaria à Administração a possibilidade de decretar a anulação de ofício da mesma decisão, sem lhe impor nenhum prazo.” E conclui: “Assim, todas as nulidades jurídicas das decisões administrativas se acharão rapidamente cobertas, seja com relação aos recursos contenciosos, seja com relação às anulações administrativas; uma atmosfera de estabilidade estender-se-á sobre as situações criadas administrativamente”<sup>21</sup>.

Do affaire Cachet até hoje nada se alterou no Direito francês, com referência à revogação e o anulamento dos atos administrativos. Tanto uma quanto outra hipótese só podem verificar-se no prazo de dois meses, que é igual ao do recurso contencioso de anulação. Fora desse prazo o ato de anulamento será inválido.

Rivero esclarece que a razão disto está em que “a jurisprudência considera a segurança jurídica mais importante do que a própria legalidade”<sup>22</sup>. Completamente uniformes, sobre este tema, são as opiniões de Laubadere<sup>23</sup>, Francis-Paul Benoit<sup>24</sup>, George Vedel<sup>25</sup> e Marcel Waline<sup>26</sup>.

9. Michel Stassinopoulos, depois de lembrar a orientação vigente no Direito francês, adianta que no Direito Grego vige, igualmente, o princípio que inibe a revogação dos atos administrativos que geraram direitos, bem como o que impede o anulamento (ele fala, impropriamente, em *révocation*) dos atos administrativos ilegais desde que, na última hipótese, a) tenha transcorrido razoável lapso de tempo desde sua emissão e, b) o beneficiário encontre-se em boa fé, quer dizer, não haja contribuído para a emissão do aludido ato com comportamento fraudulento. A definição do que deva entender-se por razoável lapso de tempo, dependerá das condições especiais de cada caso<sup>27</sup>.

10. No Direito italiano a posição da doutrina e da jurisprudência é mais cautelosa. Aceita-se sem controvérsia que a Administração tem a faculdade e não o dever de anular seus atos ilegais, havendo situações relevantes em que o interesse público estaria a recomendar o não exercício daquela faculdade.

O ato de anulamento seria, portanto, de natureza discricionária, cabendo à autoridade competente decidir sobre a conveniência e oportunidade da medida. Contudo, registra Cinovita que se compreende que um anulamento excessivamente

21 La Jurisprudence Administrative de 1892 a 1929, Paris, 1929, vol. II, pp. 105-6.

22 Droit Administratif, Dalloz, 1973, p. 103

23 Traité de Droit Administratif, Paris, 1976, vol. I, p. 339.

24 Droit Administratif, Dalloz, 1968, p. 568.

25 Droit Administratif, PUF, 1973, p. 199

26 Précis de Droit Administratif, Paris, 1969, vol. I, pp. 387-8.

27 Traité des Actes Administratifs, Athenes, 1954, pp. 256 e ss.

tardio, sem forte razão de interesse público, seja definido pela jurisprudência como viciado por excesso de poder<sup>28</sup>. Umberto Fragola, na sua conhecida monografia sobre os atos administrativos, externa opinião de que “na falta de um prevalente interesse público, ainda atual, é melhor manter vivo um ato irregular do que anulá-lo, desconsiderando, sem razões plausíveis, situações consolidadas no tempo, interesses particulares e, por vezes, o próprio interesse público”<sup>29</sup>.

Mais peremptório é Aldo Sandulli, ao afirmar que o ordenamento jurídico italiano “não fixa limite de tempo para o anulamento de ofício dos atos administrativos inválidos. Contudo, na aplicação do princípio da necessidade de certeza das situações jurídicas, admite-se - seja na doutrina, seja na jurisprudência - que não são mais anuláveis os atos que, embora inválidos, hajam irradiado incontestadamente os seus efeitos por um período de tempo adequadamente longo, o que é de ponderar-se caso a caso e em correlação com o interesse público”<sup>30</sup>.

11. Em Portugal, a jurisprudência igualmente reconhece o valor do princípio da segurança jurídica, sobrepondo-o ao da legalidade da Administração Pública, até mesmo tratando-se de ato jurídico inexistente e não apenas nulo, ainda que, como observa Marcelo Caetano, tão-somente em hipóteses vinculadas com a relação de emprego público: “Se um indivíduo é investido na situação de agente (funcionário ou não) por um ato ferido de simples nulidade, a lei determina que decorrido o prazo em que era possível o recurso contencioso desse ato, sem que alguém o interpusesse, caduca o direito à impugnação e fica sanado o vício do ato. Mas se a investidura resulta de ato juridicamente inexistente pode a todo o tempo pedir-se aos tribunais ou a outras autoridades competentes a verificação da incompetência. Ora, neste último caso a jurisprudência entende que a situação de fato do indivíduo, pública, pacífica e plausivelmente reputado como agente administrativo durante largo lapso de tempo, cria ao interessado o direito a ser mantido no cargo que ocupava. Não se trata de sanar um ato por natureza insanável, mas sim de atribuir efeitos ao tempo decorrido”<sup>31</sup>.

12. Antes de examinar o problema no Direito brasileiro, creio ser interessante verificar como se soluciona a antinomia entre o princípio da legalidade e o da proteção à boa fé num outro sistema jurídico, o da Common Law, tomando como termo de comparação o Direito norte-americano. A pesquisa de Direito Comparado, feita até aqui, situou-se exclusivamente no campo do Direito Administrativo. Subimos, agora, para o Direito Constitucional, para sinalar que até mesmo o princípio da eficácia *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade das leis - tão fundamente enraizada na vida dos povos que seguem a técnica do *judicial review* do Direito norte-americano, desde os escritos de Alexandre Hamilton, no

28 *Diritto Amministrativo*, 1962, Torino, vol- I, pp. 488-9.

29 *Gli Atti Amministrativi*, Napoli, 1964, p. 195.

30 *Manuale di Diritto Amministrativo*, Napoli, 1974, pp. 491 e 507

31 *Manual de Direito Administrativo*, Rio, Forense. 1970, p. 383

Federalist, e da poderosa voz de Marshall, no caso *Marbury V. Madison*, sofre hoje atenuações ao confrontar-se com situações formadas e consistentemente definidas sob a égide da lei que se considerou, mais tarde, incompatível com a Constituição.

Prevalece atualmente o entendimento, nessas hipóteses excepcionais, que se tais situações produziram vantagens para os particulares, prolongando-se no tempo até assumir a feição de benefícios duradouramente incorporados ao patrimônio jurídico dos indivíduos, seria iníquo que a declaração de inconstitucionalidade as atingisse, tratando-as como se nunca tivesse existido. Mauro Cappelletti, na esplêndida monografia que escreveu sobre *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*, recentemente traduzida no Brasil<sup>32</sup>, aponta como uma das principais diferenças entre os sistemas de inspiração norte-americana que ele denomina de controle difuso da constitucionalidade das leis (o nome prende-se à circunstância de que cabe a qualquer juiz pronunciar-se sobre a conformidade da lei com a constituição), e os sistemas que ele designa como de controle concentrado (porque a competência para examinar a constitucionalidade das leis é privativa de um determinado Tribunal, geralmente a Corte Constitucional, à moda austríaca) consiste em que, no primeiro, a sentença que afirma a inconstitucionalidade da lei é meramente declaratória e, conseqüentemente, a eficácia da decisão é *ex tunc*, ao passo que, no segundo, a sentença tem força constitutiva negativa e seus efeitos são *ex nunc*. Nos sistemas concentrados, a lei, mesmo em dissintonia com a Constituição, enquanto essa desarmonia não é proclamada pelo tribunal competente, existe e produz efeitos. A sentença somente impede que se formem efeitos futuros, deixando porém inapagados, pelo menos em princípio, os gerados no passado<sup>33</sup>. Observa Cappelletti, todavia, que mesmo nos sistemas de controle difuso é hoje admitido que se tenham de resguardar certas situações em que a noção de justiça material sairia seriamente arranhada se o princípio da eficácia *ex tunc* fosse sempre aplicado de maneira invariável, sem atentar para as peculiaridades e as circunstâncias de cada caso.

É o que exprimiu a Suprema Corte americana ao sentenciar que “nem sempre o passado pode ser apagado por uma nova declaração judicial. Estas questões situam-se entre as mais difíceis das que atraíram a atenção das cortes, estadual e federal e resulta manifesta de numerosas decisões que a afirmação inteiramente : abrangente do princípio de unia invalidade absolutamente retroativa não pode ser justificada”<sup>34</sup>.

A orientação tradicional, como atesta o magnífico repositório do Direito norteamericano, que é o *Corpus Juris Secundum*, é a de que “uma decisão de um

32 Sérgio Antônio Fabris, Editor, Porto Alegre, 1984.

33 Ob. Cit., p. 115 e ss.

34 No original: “The past cannot always be erased by a new judicial declaration... These questions are among the most difficult of those which have engaged the attention of courts, state and federal, and it is manifest from numerous decisions that an all inclusive statement of a principle of absolute retroactive invalidity cannot be justified” - cf. Mauro Cappelletti, ob. cit., p. 123

Tribunal competente no sentido de que uma lei é inconstitucional tem o efeito de tornar essa lei null and void; o ato, sob o ponto de vista legal, é tão inoperante como se nunca tivesse sido exarado ou como se nunca tivesse sido escrito, é tido como inválido ou írrito, desde a data de sua emissão, e não apenas, da data na qual foi declarado inconstitucional”.

Mas logo adiante registra a orientação mais recente, referindo numerosas decisões que têm apreciado a questão: “De outro lado, tem sido sustentado que esta regra geral não é universalmente verdadeira ou nem sempre absolutamente verdadeira; que comporta muitas exceções; que é afetada por muitas considerações; que uma visão realista tem erodido essa doutrina; que tão amplo princípio deve ser entendido como temperamentos e que mesmo uma lei inconstitucional é um fato operativo, pelo menos antes da declaração de inconstitucionalidade e que deve ter conseqüências as quais não podem ser ignoradas”<sup>35</sup>.

Cresce de ponto o significado da penetração do princípio da segurança jurídica no Direito norte-americano, em tema de inconstitucionalidade das leis, quando é sabido que lá prepondera, em matéria de efeito retro-operante das decisões dos Tribunais, a ficção enunciada por Blackstone, segundo a qual o juiz não faz outra coisa senão exprimir a verdadeira regra jurídica tal como sempre existiu, desde as suas origens, mas que temporariamente não se havia reconhecido.<sup>36</sup>

13. No Brasil, a doutrina, salvo poucas exceções, como se verá, tem silenciado sobre o deslinde a ser dado a situações irregulares, nascidas de atos administrativos inválidos, mas que são, por considerável lapso de tempo, toleradas pela Administração Pública.

Seabra Fagundes parece ter sido o primeiro a aperceber-se do problema, quando assim escreveu no seu *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, ao tratar de estabelecer o cotejo entre a invalidade dos atos jurídicos no Direito Privado e no Direito Público: “A infringência legal no ato administrativo, se considerada abstratamente, aparecerá sempre como prejudicial ao interesse público. Mas, por outro lado, vista em face de algum dado concreto pode acontecer que a situação resulte do ato, embora nascida irregularmente, torne-se útil àquele mesmo interesse. Também as numerosas situações alcançadas e beneficiadas pelo ato vicioso podem aconselhar a subsistência dos seus efeitos”<sup>37</sup>.

Nessas situações, segundo o mesmo autor, duas alternativas poderiam abrir-se ao administrador, conforme as circunstâncias: praticar novo ato, sem as deficiências do anterior, ou manter-se em silêncio, “renunciando tacitamente ao

35 Vol. 16, § 101, pp. 472-3.

36 Cf. Paul Roubier, *Le Droit Transitoire*, Dalloz, 1960, p. 28; André Tunc e Suzanne Tunc, no *Derecho de los Estados Unidos de America, México*, 1957, pp. 344 e ss., mostram as numerosas exceções que foram sendo abertas à regra da irretroatividade das mudanças jurisprudenciais. Não é aqui, porém, a ocasião de aprofundar este assunto.

37 *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, Konfino, Rio, 1950, pp. 60-1.

direito de invalidá-lo”.<sup>38</sup>

O problema é visto, aí, como faculdade e não dever, que tem a Administração de decretar o anulamento de seus atos administrativos inválidos, faculdade a qual pode renunciar, repetindo o ato, quando isto é possível, sem os vícios que apresentava ou pela ratificação tácita, a que também se reportara Jellinek, no Direito alemão. Não cogitara Seabra Fagundes, ainda, da sanatória do nulo, pelo transcurso do tempo conjugado à complacência do Poder Público, o que daria ao destinatário, eventualmente atingido pelo anulamento tardio, o Direito Subjetivo de rebelar-se contra esta última medida, pois seu pressuposto, ou seja, a invalidade, não mais existia.

José Frederico Marques, em artigo in O Estado de São Paulo, em 1964, e referido por Miguel Reale no seu primoroso livro sobre Revogação e Anulamento do Ato Administrativo<sup>39</sup> sustentou que o exercício do poder anulatório, que cabe à Administração Pública, está sujeito a um prazo, razoável, como exigência implícita no due process of law. Explica Reale, comentando a posição de José Frederico Marques, “que haverá infração desse ditame fundamental toda a vez que, na prática do ato administrativo, for preterido algum dos momentos essenciais a sua ocorrência; foram destruídas, sem motivo plausível, situações de fato, cuja continuidade seja economicamente aconselhável, ou se a decisão não corresponder ao complexo de notas distintas da realidade social tipicamente configurada em lei”<sup>40</sup>. Propunha José Frederico Marques, “que, no Brasil, adaptando-se à nossa realidade a solução que o Conselho de Estado deu ao caso Cachet, no Direito francês, o prazo concedido ao Poder Público para anular seus atos fosse idêntico ao fixado em lei para a impetração do mandado de segurança: 120 dias. Reale, ao meu ver com inteiro acerto, critica a adoção de um prazo rígido, julgando mais prudente verificar, concretamente, em cada caso, se o tempo transcorrido seria ou não de molde a impedir o anulamento.

Miguel Reale é o único dos nossos autores que analisa com profundidade o tema, no seu mencionado Revogação e Anulamento do Ato Administrativo em capítulo que tem por título “Nulidade e Temporalidade”. Depois de salientar que “o tempo transcorrido pode gerar situações de fato equiparáveis a situações jurídicas, não obstante a nulidade que originariamente as comprometia”, diz ele que “é mister distinguir duas hipóteses: a) a de convalidação ou sanatória do ato nulo e anulável;

b) a perda pela administração do benefício da declaração unilateral de nulidade (le bénéfice du préalable)”.<sup>41</sup>

Creio, no entanto, que essas duas hipóteses são como dois lados de uma

38 Ob. cit., p. 61, nota 6.

39 Forense, Rio, 1968

40 Ob. cit., p. 85

41 Ob. cit., p. 82

mesma moeda. Ao dar-se a convalidação do inválido, opera-se ipso facto, a preclusão do direito a decretar o anulamento, ou como diz Reale, a perempção de seu poder - dever de policiamento da legalidade<sup>42</sup>. Uma coisa está indissolúvelmente ligada à outra.

O que é importante salientar é que há substancial diferença entre a teoria da invalidade dos atos administrativos e a dos atos jurídicos do Direito Privado. A aplicação de conceitos, noções e critérios privatísticos ao Direito Público tem, de terna, mais dificultado do que auxiliado o progresso da ciência. A supremacia do interesse público impõe divergências substanciais no tratamento da invalidade dos atos administrativos do dispensado aos atos jurídicos de Direito Privado. Enquanto neste o nulo não convalesce e nem convalida, constituindo, entre nós, talvez a única exceção ao princípio milenar a sanatória da nulidade do casamento contraído em boa fé perante autoridade incompetente, os atos administrativos inválidos, nulos ou anuláveis sanam sempre que sobre eles cair uma camada razoável de tempo, com a tolerância da Administração Pública.

É o que afirmava José Neri da Silveira, em 1965, quando Consultor-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, em parecer, no qual examinou precisamente a possibilidade de anulamento de atos administrativos há muito praticados e em conformidade, ainda, com jurisprudência administrativa então dominante: "...se é certo, em princípio, que não há direito contra a lei e que a administração pode anular os seus atos com infrações a dispositivos legais, consoante ficou largamente analisado acima (itens 38 e 39), não menos exato é que a atividade administrativa possui, em seu favor, uma presunção de legitimidade, e cada ato do Poder Público, oriundo de autoridade competente, há de ter-se, em princípio, como válido, perante os cidadãos, máxime quando, por estes aceito, produza conseqüências de direito, em prol dos mesmos, de forma pacífica, iterativamente, no decurso de muitos anos, com inquestionada aparência de regularidade"<sup>43</sup>

14. Nesse Parecer lembrava José Neri da Silveira a opinião do Ministro Orozimbo Nonato, expressa em voto no Supremo Tribunal Federal, nos seguintes termos: "O que se geralmente aceita é que o ato nascido da ilegalidade, revogável se mostra pela administração ou por ela é anulável. Mas, se o ato tem aparência regular e originou direito subjetivo, não pode a revogação ter efeitos"<sup>44</sup>.

Depois disso, no entanto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou-se em favor da preponderância do princípio da legalidade da Administração Pública sobre o da segurança jurídica, cristalizado na conhecida Súmula 473, com este enunciado: "A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tomam ilegais. por que deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos

42 Ob. cit., p. 84.

43 Parecer, in DOE do RS, de 24.9.65.

44 RDA, 52/246

adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

Bem se vê que a faculdade de anulamento dos atos administrativos inválidos por ilegais não comporta, nos termos desta Súmula, como também na de nº 346 (“A Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos”) qualquer exceção.

Pronunciamentos isolados do STF foram modificando essa posição extremamente conservadora e que se poderia qualificar até mesmo de atrasada, se posta em confronto com as adotadas em outros países. Assim é que no RMS 13.807, da Guanabara (RTJ 37/248), a 3ª Turma do STF (decidindo caso relacionado com situação de aluno que se formou e passou a exercer profissão amparado em medida liminar em mandado de segurança, depois revogada na sentença), guiada pelo voto do Min. Prado Kelly, entendeu que a liminar dera causa a uma situação de fato e de direito que não conviria fosse inovada. Não era isso outra coisa do que o reconhecimento da sanatória do nulo. No RMS 17.144, da Guanabara (RTJ 45/589), reiterou-se, em caso semelhante ao anterior, a mesma orientação.

Mas o *leading case* nessa matéria é o apreciado pela 1ª Turma do STF no RE 85.179, do Rio de Janeiro, Rel. o Min. Bilac Pinto.

Nesse acórdão, que também trata, como os anteriores, de efeitos gerados por medida liminar em mandado de segurança, são invocados os precedentes jurisprudenciais aqui já referidos e a lição de Miguel Reale, também já exposta, para afirmar-se, em conclusão a impossibilidade de tardio desfazimento do ato administrativo, “já criada situação de fato e de direito, que o tempo consolidou”, como se lê na ementa.

15. Finalizando e em síntese: os atos inválidos praticados pela Administração Pública, quando permanecem por largo tempo, com a tolerância do Poder Público, dando causa a situações perfeitamente consolidadas, beneficiando particulares que estão em boa fé, convalidam, convalidam ou sanam. Diante do ato inválido no nosso sistema jurídico, não me parece que tenha a Administração Pública, de regra, como é afirmado na doutrina, o poder e não o dever de anular o ato. O anulamento não é uma faculdade, mas algo que resulta imperativamente do ordenamento jurídico. Tanto isso é certo que, se do ato inválido resultou prejuízo para o patrimônio ou para os cofres públicos, como ordinariamente sucede, pode a autoridade que o praticou vir a ser responsabilizada pela via da ação popular. Se o ato de anulamento fosse facultativo ou discricionário, essa consequência jamais poderia produzir-se.

É importante que se deixe bem claro, entretanto, que o dever (e não o poder) de anular os atos administrativos inválidos só existe, quando no confronto entre o princípio da legalidade e o da segurança jurídica o interesse público recomende que aquele seja aplicado e este não. Todavia, se a hipótese inversa verificar-se, isto é, se o interesse público maior for de que o princípio aplicável é o da segurança jurídica e não o da legalidade da Administração Pública, então a autoridade competente

terá o dever (e não o poder) de não anular, porque se deu a sanatória do inválido, pela conjunção da boa fé dos interessados com a tolerância da Administração e com o razoável lapso de tempo transcorrido. Deixando o ato de ser inválido, e dele havendo resultado benefícios e vantagens para os destinatários, não poderá ser mais anulado, porque, para isso, falta precisamente o pressuposto da invalidade. E nem poderá, igualmente, ser revogado, porque gerou Direitos Subjetivos.

A dificuldade no desempenho da atividade jurídica consiste muitas vezes em saber o exato ponto em que certos princípios deixam de ser aplicáveis, cedendo lugar a outros. Não são raras as ocasiões em que, por essa ignorância, as soluções propostas para problemas jurídicos têm, como diz Bemard Schwartz, “toda a beleza da lógica e toda a hediondez da iniquidade”<sup>45</sup>

A Administração Pública brasileira, na quase generalidade dos casos, aplica o princípio da legalidade, esquecendo-se completamente do princípio da segurança jurídica. A doutrina e jurisprudência nacionais, com as ressalvas apontadas, têm sido muito tímidas na afirmação do princípio da segurança jurídica.

Ao dar-se ênfase excessiva ao princípio da legalidade da Administração Pública e ao aplicá-lo a situações em que o interesse público estava a indicar que não era aplicável, desfigura-se o Estado de Direito, pois se lhe tira um dos seus mais fortes pilares de sustentação, que é o princípio da segurança jurídica, e acaba-se por negar justiça. Este trabalho não tem outro objetivo senão o de, modestamente, contribuir para que a injustiça não continue a ser feita em nome da legalidade.

---

45 Ob. cit., p. 134.



# **O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA (PROTEÇÃO À CONFIANÇA) NO DIREITO PÚBLICO BRASILEIRO E O DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DE ANULAR SEUS PROPRIOS ATOS ADMINISTRATIVOS: O PRAZO DECADENCIAL DO ART. 54 DA LEI DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DA UNIÃO (LEI Nº 9.784/99).\***

## **I INTRODUÇÃO**

1. Este estudo tem o propósito de analisar o status quaestionis do princípio da segurança jurídica, entendido como princípio da proteção à confiança, no direito brasileiro contemporâneo. Parte das distinções entre boa fé, segurança jurídica e proteção à confiança (II), para, após, descrever a gênese e desenvolvimento do princípio da proteção à confiança no direito comparado, especialmente no direito alemão e europeu (III), até chegar ao reconhecimento e a afirmação do princípio da segurança jurídica, na vertente da proteção à confiança, como princípio constitucional no direito brasileiro, e mostrar sua importância no Direito Administrativo, especificamente no que concerne à manutenção de atos inválidos, viciados por ilegalidade e inconstitucionalidade (IV). Quanto a este último ponto, o tema ganhou uma nova dimensão no Brasil com a edição da Lei de Processo Administrativo da União Federal (Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999) - de cuja Comissão elaboradora do anteprojeto, presidida pelo Prof. Caio Tácito, tivemos a honra de participar<sup>1</sup> -, muito particularmente em virtude da inserção em seu texto, no art. 54, de regra que disciplina a decadência do direito da Administração Pública Federal de anular seus atos administrativos. Tal preceito foi objeto de exame mais minucioso (V), em que se procurou dar resposta às principais questões que a aplicação do dispositivo tem suscitado, sobretudo na esfera da Administração Pública e nas decisões do Poder Judiciário. Depois, são tratados três temas gerais, relacionados

\* Estudo destinado a ser publicado em livro de homenagem ao Professor Doutor Antônio Castanheira Neves, sob o título "ARSIVDICANDI", coordenados pelos Profs. Drs. Jorge de Figueiredo Dias, J.J. Gomes Canotilho e José Faria da Costa. A Comissão era constituída, além do Prof. Caio Tácito, seu Presidente, pelos Professores Odete Medauar (relatora), Maria Sylvia Zanella di Pietro, Inocêncio Mártires Coelho, Diogo de Figueiredo Moreira Netto, Almiro do Couto e Silva, Adilson Abreu Dallari, José Joaquim Calmon de Passos, Paulo Modesto e Carmen Lúcia Antunes Rocha. O projeto de lei, que acolheu o anteprojeto na sua integralidade, também foi aprovado sem alterações pelo Congresso Nacional.

com a segurança jurídica, para além da órbita da Lei do Processo Administrativo da União Federal. São eles os pertinentes à vigência do princípio da segurança jurídica no direito administrativo dos Estados e Municípios (VI), à segurança jurídica e os atos administrativos que caracterizem improbidade administrativa e impliquem prejuízo para o erário público (VII) e à segurança jurídica e os atos administrativos exarados em conformidade com lei declarada inconstitucional (VIII). Por último, foram sintetizadas as principais conclusões (IX).

Espero que estas reflexões, que mereceriam certamente tratamento mais extenso, possam contribuir, mesmo assim, ainda que muito modestamente, para algum aprimoramento da «ars iudicandi» e da prática administrativa no Brasil.

## II CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES: ALGUMAS PRECISÕES TERMINOLÓGICAS. BOA FÉ, SEGURANÇA JURÍDICA, PROTEÇÃO À CONFIANÇA

2. Por vezes encontramos, em obras contemporâneas de Direito Público, referências a “boa fé”, “segurança jurídica”, “proteção à confiança” como se fossem conceitos intercambiáveis ou expressões sinônimas. Não é assim ou não é mais assim. Por certo, boa fé, segurança jurídica e proteção à confiança são idéias que pertencem à mesma constelação de valores. Contudo, no curso do tempo, foram se particularizando e ganhando nuances que de algum modo as diferenciam, sem que, no entanto, umas se afastem completamente das outras.

3. A boa fé é noção que, desde o mundo romano, se firmou predominantemente no direito privado, quer no sentido subjetivo, tal como aparece, por exemplo, na posse ad usucapionem, quer no sentido objetivo, que começa a ser modelado nas *actiones bonae fidei*, e que diz respeito à lealdade, correção e lisura do comportamento das partes reciprocamente. Nessa segunda acepção, de boa fé objetiva, foi ela recebida no Código Civil Alemão, notadamente nos famosos §§ 242 e 157, o que abriu caminho para que outros códigos civis igualmente a acolhessem, como dá testemunho, por último, o novo Código Civil Brasileiro, nos arts. 113 e 422<sup>2</sup>.

Conquanto a boa fé objetiva tenha um relevo maior no campo do direito das obrigações, especialmente em razão do vasto espectro de “deveres anexos” que a ela se vinculam e do papel que desempenha como base teórica da “culpa in contrahendo”, da responsabilidade pré e pós-negocial, é irrecusável, modernamente, sua importância em todo o território do direito privado.

Mas não só; sua influência estende-se também ao direito público, podendo ser percebida muito marcadamente nos contratos administrativos e na responsabilidade

<sup>2</sup> A respeito da boa fé no Direito Civil, SILVA, Clóvis v. do Couto. *A Obrigação como Processo*. Porto Alegre: Sulina, 1964; CORDEIRO, Antônio Menezes. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1984. V. I e II; e MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa Fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

## Princípios da Segurança...

pré-negocial<sup>3</sup> do Estado.

Pois é substancialmente essa mesma concepção de que, nas relações jurídicas, as partes nelas envolvidas devem proceder corretamente, com lealdade e lisura, em conformidade com o que se comprometeram e com a palavra empenhada (a fides como fit quod dicitur da definição ciceroniana<sup>4</sup>) que, em última análise, dá conteúdo ao princípio da segurança jurídica, pelo qual, nos vínculos entre o Estado e os indivíduos, se assegura uma certa previsibilidade da ação estatal, do mesmo modo que se garante o respeito pelas situações constituídas em consonância com as normas impostas ou reconhecidas pelo poder público, de modo a assegurar a estabilidade das relações jurídicas e uma certa coerência na conduta do Estado<sup>5</sup>.

No entanto, embora as íntimas conexões existentes entre boa fé e segurança jurídica, no estado atual da ciência jurídica chegou-se a uma relativa separação desses conceitos.

4. A segurança jurídica é entendida como sendo um conceito ou um princípio jurídico que se ramifica em duas partes, uma de natureza objetiva e outra de natureza subjetiva. A primeira, de natureza objetiva, é aquela que envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do Estado até mesmo quando estes se qualifiquem como atos legislativos. Diz respeito, portanto, à proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Diferentemente do que acontece em outros países cujos ordenamentos jurídicos freqüentemente têm servido de inspiração ao direito brasileiro<sup>6</sup> tal proteção está há muito incorporada à nossa tradição constitucional e dela, expressamente cogita a Constituição de 1988, no art. 5º, inciso XXXVI.

A outra, de natureza subjetiva, concerne à proteção à confiança das pessoas no pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos

3. nosso artigo A Responsabilidade Pré-Negocial no Direito Administrativo Brasileiro, RDA, n. 217, 1999, p.163-171.

4 De Officiis, 1.7.23, De Re Publica, IV. 7: "Fundamentum autem iustitiae est fides, id est dictorum conventorumque constata et veritas".

5 Convém recordar aqui as palavras de Jesus Gonzalez Perez no seu clássico estudo *El Principio General de la Buena Fé en el Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 1989. p. 89: "Administración pública y administrado han de adoptar un comportamiento leal en todas las fases de cons.Jitución de las relaciones hasta el perfeccionamiento dei acto que las dé vida y en las relaciones frente a los posibles defectos dei acto. Han de adoptar un comportamiento leal e el desenvolvimiento de las relaciones en las direcciones en que se manifiesten derechos y deberes. y han de comportarse lealmente en el momento de extinción: al ejercer las potestades de revisión y anulación y al soportar los efectos de la extinción, así como en el ejercicio de las acciones ante la Jurisdicción contencioso-administrativa".

6 É este o caso, por exemplo, entre outros, da França e Alemanha, em que o tema dos limites à retroatividade dos atos do Estado não é objeto de regra constitucional expressa e de valor absoluto, como é a do art. 5º, XXXVI da nossa Constituição Federal. Na França, sobre essa matéria dispôs o Código Civil no seu art. 2º: "La loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif". Trata-se de preceito que não se impõe ao legislador. Nem revogou tal preceito a legislação anterior, especialmente a revolucionária, que dispunha retroativamente, como alguns chegaram a pensar ao tempo da edição do Código Civil (cf. ROUBIER, Paul. *Le Droit Transitoire*. Paris: Dalloz et Sirey, 1960. p.90), nem poderia impedir - como efetivamente não impede, pois só a Constituição seria dado fazê-lo - que outra lei possua eficácia retroativa. A norma tem assim como principal destinatário o juiz ou o aplicador do direito. No direito alemão, que reconhece na segurança jurídica um subprincípio do princípio do Estado de Direito, tira-se de daí a conseqüência que a retroatividade da lei (a chamada "autêntica" retroatividade, isto é, quando a lei nova modifica situações - Tatbestiinde - constituídas no passado) via de regra, é vedada. Contudo, excepcionalmente, quando o interesse público se sobreponha à segurança jurídica, ou esta não mais se justifique, é admissível a atribuição de efeitos retroativos à lei. (Jarass/Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. München, 1995, p.432). No tocante à retroatividade imprópria ou <mão autêntica>, que de algum modo se confunde com a <eficácia imediata da lei> é ela, em princípio admitida (id.ib., p.433).

de sua atuação.

Modernamente, no direito comparado, a doutrina prefere admitir a existência de dois princípios distintos, apesar das estreitas correlações existentes entre eles. Falam os autores, assim, em princípio da segurança jurídica quando designam o que prestigia o aspecto objetivo da estabilidade das relações jurídicas, e em princípio da proteção à confiança, quando aludem ao que atenta para o aspecto subjetivo<sup>7</sup>. Este último princípio (a) impõe ao Estado limitações na liberdade de alterar sua conduta e de modificar atos que produziram vantagens para os destinatários, mesmo quando ilegais, ou (b) atribui-lhe conseqüências patrimoniais por essas alterações, sempre em virtude da crença gerada nos beneficiários, nos administrados ou na sociedade em geral de que aqueles atos eram legítimos, tudo fazendo razoavelmente supor que seriam mantidos.

Parece importante destacar, nesse contexto, que os atos do Poder Público gozam da aparência e da presunção de legitimidade, fatores que, no arco da história, em diferentes situações, têm justificado sua conservação no mundo jurídico, mesmo quando aqueles atos se apresentem eivados de graves vícios. O exemplo mais antigo e talvez mais célebre do que acabamos de afirmar está no fragmento de Ulpiano, constante do Digesto, sob o título “de ordo praetorum” (D.1.14.1), no qual o grande jurista clássico narra o caso do escravo Barbarius Philippus que foi nomeado pretor em Roma. Indaga Ulpiano: “Que diremos do escravo que, conquanto ocultando essa condição, exerceu a dignidade pretória? O que editou, o que decretou, terá sido talvez nulo? Ou será válido por utilidade daqueles que demandaram perante ele, em virtude de lei ou de outro direito?”. E responde pela afirmativa.

Não é outra a solução que tem sido dada, até hoje, para os atos praticados por “funcionário de fato”. Tais atos são considerados válidos, em razão - costuma-se dizer - da “aparência de legitimidade” de que se revestem, apesar da incompetência absoluta de quem os exarou. Na verdade, o que o direito protege não é a “aparência de legitimidade” daqueles atos, mas a confiança gerada nas pessoas em virtude ou por força da presunção de legalidade e da «aparência de legitimidade» que têm os atos do Poder Público.

5. No direito alemão e, por influência deste, também no direito comunitário

<sup>7</sup> Quanto a esta questão, observa CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2000. p.256: “O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autónoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de direito. Estes dois princípios -segurança jurídica e proteção da confiança - andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção de confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexiada com elementos objetivos da ordem jurídica - garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito enquanto a proteção da confiança se prende mais com as componentes subjetivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos”. É quase unânime, entretanto, o entendimento de que o «princípio da proteção da confiança» tem como matriz constitucional o «princípio da segurança jurídica», que é subprincípio, ainda que não expresso, do princípio do Estado de Direito. Nesse sentido, por exemplo, MAURER, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. München: C.H. Beck, 1999. p.280; EHLERS, Dirk in BADURA et alii. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. Berlin: Walter de Gruyter, 1995. p.109-110; ERICHSEN, Hans-Uwe, na mesma obra, p.301 e seg.; WOLFF, Hans J.; BASCHOFF, Otto; STOBER, Rolf. *Verwaltungsrecht*. München: C.H.Beck, 1994. v. 1, p.350.

Europeu, “segurança jurídica” (Rechtssicherheit) é expressão que geralmente designa a parte objetiva do conceito, ou então simplesmente o “princípio da segurança jurídica”, enquanto a parte subjetiva é identificada como “proteção à confiança” (Vertrauensschutz, no direito germânico) ou “proteção à confiança legítima” (no direito comunitário europeu), ou, respectivamente, “princípio da proteção à confiança” ou “princípio da proteção à confiança legítima”.

Na Alemanha, onde o princípio da proteção à confiança nasceu, por construção jurisprudencial, pode-se dizer que este princípio prende-se predominantemente à questão da preservação dos atos inválidos, mesmo nulos de pleno direito, por ilegais ou inconstitucionais, ou, pelo menos, dos efeitos desses atos, quando indiscutível a boa fé<sup>8</sup>.

O Estado Social ou o Estado-Providência foi o ambiente ideal para o desenvolvimento e o surgimento, respectivamente, dos princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança, em razão da situação de dependência em que, diferentemente do que ocorria no Estado Liberal Burguês, ficaram as pessoas relativamente ao Poder Público, especialmente no tocante aos serviços e prestações por este realizados, direta ou indiretamente, conforme bem conhecida observação de Forsthoff<sup>9</sup>.

Nessa moldura, não será necessário sublinhar que os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança são elementos conservadores inseridos na ordem jurídica, destinados à manutenção do status quo e a evitar que as pessoas sejam surpreendidas por modificações do direito positivo ou na conduta do Estado, mesmo quando manifestadas em atos ilegais, que possa ferir os interesses dos administrados ou frustrar-lhes as expectativas. Colocam-se, assim, em posição de tensão com as tendências que pressionam o Estado a adaptar-se a novas exigências da sociedade, de caráter econômico, social, cultural ou de qualquer outra ordem, ao influxo, por vezes, de avanços tecnológicos ou científicos, como os realizados, com impressionante velocidade, no decorrer do século XX.

É certo que o futuro não pode ser um perpétuo prisioneiro do passado, nem podem a segurança jurídica e a proteção à confiança se transformar em valores absolutos, capazes de petrificar a ordem jurídica, imobilizando o Estado e impedindo-o de realizar as mudanças que o interesse público estaria a reclamar. Mas, de outra parte, não é igualmente admissível que o Estado seja autorizado, em todas as circunstâncias, a adotar novas providências em contradição com as que foram por ele próprio impostas, surpreendendo os que acreditaram nos atos do Poder Público.

Entre esses dois pólos trava-se a luta entre o novo e o velho dentro do Estado, ao qual caberá escolher os instrumentos jurídicos que lhe permitam aproximar-se o mais possível do ideal de justiça material, pela inserção, em seus quadros normativos, de preceitos que definam o que pode e o que não pode ser modificado, e como pode

<sup>8</sup> Mas possui, também, relevo na questão da responsabilidade pré contratual ou pré negocial, cujos danos são designados como “danos da confiança” (Vertrauensschadens). Conquanto tal situação se configure predominantemente no direito privado, o direito europeu vai consagrá-la no direito administrativo econômico da União Européia, como teremos ocasião de referir. <sup>9</sup> FORSTHOFF, Emest. Lehrbuch des Verwaltungsrecht. München: C.H.Beck, 1973. p.370 e segs

ser modificado, e quais, ainda, os limites a serem observados pelas alterações. A esse fim servem, modernamente, as disposições constitucionais que marcam o âmbito e disciplinam os processos de revisão e emenda da própria Constituição ou que impõem limites à liberdade de conformação do legislador ordinário. Tais disposições, as mais das vezes, são expressas. Outras vezes, porém, resultam de construção jurisprudencial, como atesta o reconhecimento do princípio da proporcionalidade e, igualmente, do princípio da proteção à confiança no direito germânico e europeu, cuja observância é exigida de todos que exercem função estatal. No direito alemão, aliás, o próprio princípio da segurança jurídica, ao qual se liga geneticamente o princípio da proteção à confiança, não é um princípio expresso. Ele foi deduzido pela jurisprudência, com o apoio da doutrina, do princípio geral do Estado de Direito, delineado em várias prescrições da Lei Fundamental de Bonn, entre os quais o seu célebre artigo 20<sup>10</sup>.

### III GÊNESE E DESENVOLVIMENTO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA

6. Nas últimas décadas do século XX, o princípio da proteção à confiança ganhou mais nitidez, destacando-se da segurança jurídica, tendo notável expansão na Europa, onde conquistou sucesso retumbante<sup>11</sup>. É oportuno traçar, ainda que resumidamente, seu itinerário.

O princípio da proteção à confiança começou a firmar-se a partir de decisão do Superior Tribunal Administrativo de Berlim, de 14 de novembro de 1956, logo seguida por acórdão do Tribunal Administrativo Federal (BverwGE), de 15 de outubro de 1957, gerando uma corrente contínua de manifestações jurisprudenciais no mesmo sentido<sup>12</sup>.

Na primeira dessas decisões tratava-se da anulação de vantagem prometida a viúva de funcionário, caso se transferisse de Berlim Oriental para Berlim Ocidental, o que ela fez. Percebeu a vantagem durante um ano, ao cabo do qual o benefício lhe foi retirado, ao argumento de que era ilegal, por vício de competência, como efetivamente ocorria. O Tribunal, entretanto, comparando o princípio da legalidade com o da proteção à confiança, entendeu que este incidia com mais força ou mais peso no caso, afastando a aplicação do outro<sup>13</sup>.

A edição da Lei de Processo Administrativo alemã, de 1976, cujo § 48 dispôs sobre a aplicação do princípio da proteção à confiança, se não arrefeceu significativa-

<sup>10</sup> Jarass/Pieroth, op. cit., p. 416 e segs.

<sup>11</sup> Registra Javier Garcia Luengo que se tomou um lugar comum a referência à «marcha triunfal do princípio da proteção à confiança (Siegeszug des Vertrauensschutzprinzips)» - (El Principio de la Protección de la Confianza em el Derecho Administrativo. Madrid: Civitas, 2002. p. 30).

<sup>12</sup> Sobre isso MAURER, Hartmut, op. cit., p. 274

<sup>13</sup> Vd. CALMES, Sylvia. Du Principe de Protection de la Confiance Legitime en Droits A l'lemand, Communautaire et Français. Paris:

Dalloz, 2001. p. 11, nota 49.

mente o entusiasmo da doutrina sobre a matéria, a qual, na opinião de Otto Bachof, se constituíra, nos anos 50 do século passado, no tema central do Direito Administrativo germânico<sup>14</sup>, eliminou muitas das controvérsias existentes, embora tenha dado lugar a muitas outras, em face da complexidade do seu texto.

Também na década de 70 ocorreu o reconhecimento, pelo Tribunal Federal Constitucional, da proteção à confiança como princípio de valor constitucional<sup>15</sup>.

7. Ao mesmo tempo em que se consolidava no direito alemão e no direito suíço de expressão alemã, o princípio da proteção à confiança ingressava no direito da União Européia, batizado como “princípio da proteção à confiança legítima”, percorrendo, entre os anos 1957 e 1978, o iter de sua afirmação “tanto no vasto domínio da regulamentação econômica, como no da restituição de subvenção do Estado irregularmente concedida, como no da função pública comunitária”, para afinal consagrar-se, em decisões da Corte de Justiça das Comunidades Européias, como “regra superior de Direito” e “princípio fundamental do direito comunitário”<sup>16</sup>.

Os atuais temas dominantes relacionados com o princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança, no direito comparado e no direito brasileiro, podem ser condensados nos seguintes pontos principais:

a). a manutenção no mundo jurídico de atos administrativos inválidos por ilegais ou inconstitucionais (p.ex. licenças, autorizações, subvenções, atos pertinentes a servidores públicos, tais como vencimentos e proventos, ou de seus dependentes, p.ex. pensões, etc.);

b). a responsabilidade do Estado pelas promessas firmes feitas por seus agentes, notadamente em atos relacionados com o planejamento econômico;

c). a responsabilidade pré-negocial do Estado;

d). o dever do Estado de estabelecer regras transitórias em razão de bruscas mudanças introduzidas no regime jurídico (p.ex. da ordem econômica, do exercício de profissões, dos servidores públicos)<sup>17</sup>.

14 *Verfassungsrecht. Verwaltungsrecht. Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgericht*. Tübingen: C.H.Beck,

1966. v.I, p. 257 segs., 1967, v.II, p. 339 e segs.

15 CALMES, Sylvia, op. cit., p. 16 e ss.

16 Cf. CALMES, Sylvia, op. cit., p. I, nota I (sobre a designação “princípio da confiança legítima”) e p. 24 e ss.

17 Idem, ib., p. 21 e segs. De três desses quatro temas - com exceção apenas do último, d) - me ocupei em estudos anteriores. Assim, b), em 1981, apresentei trabalho, no III Congresso de Direito Administrativo, realizado na cidade de Canela, RS, depois publicada na RDP, 63 (jul.-set. 1982), sob o título Responsabilidade do Estado e Problemas Jurídicos Resultantes do Planejamento, em que admitia a responsabilidade do Estado quando, por atos positivos e por promessas sérias e fortes, gerava fundadas expectativas nos destinatários e os danos causados fossem especiais e anormais. No VII Congresso de Direito Administrativo, realizado em Belém do Pará, em 1987, proferi conferência sobre Problemas Jurídicos do Planejamento, publicada em RDA n.170 (out.-dez. 1987), ampliando a área de investigação do trabalho anterior, mas reiterando suas conclusões no tocante aos atos do Estado relacionados com o planejamento. Em 1987, a) escrevi artigo sobre os Princípios da Legalidade e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. RDP n° 843 e RPGE, v.18, 1988, em que analisei a questão da manutenção dos atos administrativos inválidos por ilegais, pela aplicação do princípio da segurança jurídica (proteção à confiança), ali tratada, nesse contexto, pela primeira vez entre nós, como princípio constitucional. Finalmente, em 1999, c) desenvolvi o tema da Responsabilidade pré-negocial e culpa in contrahendo no Direito Administrativo Brasileiro (RDA n° 217, jul./set.).

18 Veja-se nosso estudo Os Princípios da Legalidade e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. RDP

8. No direito brasileiro, muito provavelmente em razão de ser antiga em nossa tradição jurídica a cláusula constitucional da proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada - pontos eminentes nos quais se revela a segurança jurídica, no seu aspecto objetivo - não houve grande preocupação na identificação da segurança jurídica, vista pelo ângulo subjetivo da proteção à confiança, como princípio constitucional, situado no mesmo plano de importância do princípio da legalidade.

Só nos últimos anos é que a legislação da União, designadamente pelas Leis nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (arts. 2º e 54); 9.868, de 10 de novembro de 1999 (art. 27) e 9.882, de 03 de dezembro de 1999 (art. 11), que dispõem, respectivamente, sobre o processo administrativo da União, a ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental, referiram-se à segurança jurídica, quer como princípio geral da Administração Pública, de matriz constitucional, a justificar a permanência no mundo jurídico de atos administrativos inválidos, quer como valor constitucional a ser ponderado, em determinadas circunstâncias, em cotejo com os princípios da supremacia da Constituição e da nulidade *ex tunc* da lei inconstitucional.

É importante sinalar, entretanto, que, nesses textos legislativos nacionais a “segurança jurídica” é vista predominantemente pelo seu lado subjetivo e significa, assim, quase sempre, “proteção à confiança”.

9. No tocante ao Direito Administrativo e à manutenção de atos jurídicos inválidos - que é o objeto deste estudo - a doutrina brasileira tratou desse tema desde o Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário de Miguel Seabra Fagundes, cuja primeira edição é de 1941, mas geralmente na perspectiva do poder discricionário da Administração de decidir entre a permanência do ato administrativo inválido ou sua anulação, conforme o interesse público, devidamente sopesado, apontasse num ou noutro sentido, sem aludir à segurança jurídica como princípio constitucional que recomendasse a subsistência do ato administrativo viciado<sup>18</sup>.

No que diz com a jurisprudência, são ainda escassas as decisões dos tribunais que invocam o princípio da segurança jurídica para solver questões não abrangidas pela proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, tais como as concernentes à manutenção de atos inválidos quando configurada a boa fé dos destinatários na percepção das vantagens deles emanadas.

Recentemente, porém, houve três decisões do Supremo Tribunal Federal - MC nº 2.900-RS, 2ª Turma, relator Min. Gilmar Mendes (08.03.2003), Informativo do STF nº 231; MS 24268/MG, relator Min. Gilmar Mendes (15.03.2004), Informativo do STF nº 343 e MS 22357/DF, relator Min. Gilmar Mendes, DJU de 24.05.2004 -qualifican-

---

nº 84,1987, p. 46-63.

18 Veja-se nosso estudo Os Princípios da Legalidade e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. RDP nº84,1987, p. 46-63.

do a segurança jurídica como princípio constitucional na posição de subprincípio do Estado de Direito, harmonizando-se, assim, por esses arestos pioneiros da nossa mais alta Corte de Justiça, linhas de entendimento já afloradas na doutrina, em geral sem grande rigor técnico, na legislação e em acórdãos de alguns tribunais, mas que passam a gozar, agora, de um valor e de uma autoridade que ainda não possuíam.

10. Para a boa compreensão da nossa exposição, será necessário ter sempre presente que, no direito brasileiro, trataremos como princípio da segurança jurídica pois assim procedeu o legislador - o que, no direito alemão, é denominado de “princípio da proteção à confiança” (Vertrauensschutz) e, no direito da União Européia, é chamado de “princípio da proteção à confiança legítima”.

#### IV A SEGURANÇA JURÍDICA (PROTEÇÃO À CONFIANÇA) COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL NO DIREITO BRASILEIRO E SUA IMPORTÂNCIA NO DIREITO ADMINISTRATIVO

11. A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1.999, que “regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal”, deu expressão, no plano infraconstitucional e no tocante ao Direito Administrativo, ao princípio da segurança jurídica em alguns de seus dispositivos. Assim, (a) no caput do seu art. 2º, ao declarar que “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”; (b) no parágrafo único desse mesmo artigo, inciso IV, ao determinar a observância, nos processos administrativos, do critério da “atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa fé”; (c) no inciso XIII, também desse parágrafo único, ao estabelecer a vedação de aplicar a fatos pretéritos nova interpretação de norma jurídica; e (d) ao prescrever no seu art. 54:

“O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em 5(cinco) anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má fé.

§1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contarse-á da percepção do primeiro pagamento.

§2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.”

Pretendemos, aqui, submeter o art. 54 da Lei de Processo Administrativo da União a análise minuciosa, tendo em vista sua grande importância na prática administrativa e no controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário e a diversidade de interpretações que tem suscitado, quer na doutrina, quer na jurisprudência.

12. O ponto de partida, porém, para a correta interpretação e aplicação desse preceito está em que a segurança jurídica é um valor constitucional que se qualifica

como subprincípio do princípio maior do Estado de Direito, ao lado e no mesmo nível hierárquico do outro subprincípio do Estado de Direito, que é o da legalidade. Segurança jurídica e legalidade são, sabidamente, os dois pilares de sustentação do Estado de Direito<sup>19</sup>.

Isso, no direito brasileiro, como visto, só muito recentemente foi reconhecido por nossa legislação e ainda está em processo de reconhecimento pela nossa jurisprudência, uma vez que, como destacado, só existem três decisões do Supremo Tribunal Federal enfrentando diretamente o tema e afirmando, em conclusão, que a segurança jurídica integra o princípio do Estado de Direito, sendo, pois, limite ao poder da Administração Pública de anular seus atos administrativos.

Também são ainda raras na doutrina nacional as manifestações que atribuem à segurança jurídica, vista como proteção à confiança, a posição de princípio constitucional<sup>20</sup>.

No tocante à legislação, já foi mencionado que duas outras leis, também do ano de 1999 - o mesmo ano em que foi editada a Lei do Processo Administrativo da União -, referiram-se à segurança jurídica como valor constitucional: a Lei nº 9.868, de 11 de novembro (a Lei da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade) e a Lei nº 9.882, de 3 de dezembro (a Lei da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), respectivamente nos seus arts. 27 e 11.

Ambas essas normas atribuíram ao Supremo Tribunal Federal a faculdade de “ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, (...) por maioria de 2/3 de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir do seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

13. O Direito Constitucional brasileiro sempre reconheceu à sentença declaratória de inconstitucionalidade eficácia *ex tunc*. Como é sabido, a razão desse antigo entendimento, estabelecido na esteira de clássicos pronunciamentos da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, reside no princípio da supremacia da Constituição. A lei, quando é editada, já nasce em conformidade ou em desconformidade com a Constituição. Quando se verifica a segunda hipótese, a lei é, desde sua origem, “nula” e “irrita”, - que é como por vezes se traduz *null and void* - não podendo, por isso mesmo, produzir qualquer efeito jurídico, pois, se assim não ocorresse, haveria uma inversão na hierarquia das normas, passando a Constituição a ocupar posição inferior à da lei

19 Cf. notas 7 e 20.

20 MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996. p.261, nota 56: “No âmbito do Direito Administrativo tem-se acentuado que, não raras vezes, fica a Administração impedida de rever o ato ilegítimo por força do princípio da segurança jurídica. Nesse sentido convém mencionar o magistério de Hans-Uwe Erichsen: ‘O princípio da legalidade da Administração é apenas um dentre os vários elementos do princípio do Estado de Direito. Esse princípio contém, igualmente, o postulado da segurança jurídica (*Rechtssicherheit und Rechtsfriedens*) do qual se extrai a idéia da proteção à confiança. Legalidade e segurança jurídica enquanto derivações do princípio do Estado de Direito têm o mesmo valor e a mesma hierarquia. Disso resulta que uma solução adequada para o caso concreto depende de um juízo de ponderação que leve em conta todas as circunstâncias que caracterizam a situação singular (Hans-Uwe Erichsen e Wolfgang Martens, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6. ed. Berlim-Nova York, p.240’”.

ordinária, uma vez que esta seria aplicada em detrimento daquela.

Cuida-se, já se vê, de solução cartesianamente estabelecida, por critérios estritamente racionalistas.

14. Contudo, a prática demonstrou que a lei inconstitucional, antes de declarada sua inconciliabilidade com a Constituição, produz efeitos, se não no mundo jurídico, pelo menos no mundo dos fatos, gerando legítimas expectativas nas pessoas, em virtude, sobretudo, da presunção de constitucionalidade de que as leis se revestem. A consideração de situações dessa ordem é que levou a Suprema Corte americana a admitir, em termos mais pragmáticos ou realistas, ainda que com caráter de excepcionalidade, eficácia *ex nunc* à sentença declaratória de inconstitucionalidade.

Neste particular, já em 1949, quando publicou sua obra clássica sobre “O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis”, Lúcio Bittencourt, ao analisar “as relações jurídicas sob o império da lei inconstitucional”, assim resumia o status *quaestionis* no direito norte-americano: “Da mesma sorte as relações jurídicas que se constituírem, de boa fé, à sombra da lei não ficam sumariamente canceladas em consequência do reconhecimento da inconstitucionalidade, nem a coisa soberanamente julgada perde, por esse motivo, os efeitos que lhe asseguram a imutabilidade. A jurisprudência americana fornece várias ilustrações sobre o assunto, mostrando, todavia, certa insegurança e flutuação, que não nos permite deduzir uma regra definitiva. Assim, a Corte Suprema tem entendido que as pessoas condenadas como incursoas em lei julgada inconstitucional, muito embora a decisão condenatória já tenha transitado em julgado, devem ter essa decisão revista em seu benefício. Apólices ou bônus emitidos pelos Estados ou Municipalidades em virtude de uma lei inconstitucional perdem, totalmente, o seu valor por efeito da decisão do Judiciário. Todavia tem entendido a Corte Suprema que os indivíduos que agiram em boa fé e foram prejudicados em seus direitos, devem obter da parte do Estado indenização pelos danos sofridos. Da mesma sorte - segundo informa Willoughby -conquanto a lei inconstitucional deva, sob o ponto de vista estritamente lógico, ser considerada como se jamais tivesse tido força para criar direitos ou obrigações, considerações de ordem prática tem levado os tribunais a atribuir certa validade aos atos praticados por pessoas que, em boa fé, exercem os poderes conferidos pelo diploma posteriormente julgado ineficaz<sup>21</sup>.”

Prende-se a essa linha de pensamento voto vencido que se tornou célebre, proferido no Supremo Tribunal Federal pelo Ministro Leitão de Abreu<sup>22</sup>, no qual retoma a argumentação que mais amplamente desenvolvera em seu livro “A Validade da Ordem Jurídica”<sup>23</sup>. O Ministro Leitão de Abreu, apoiando-se, por um lado, no pensamento de Kelsen e, por outro, em corrente do constitucionalismo norte-americano que, autorizado por decisões da Suprema Corte, recolhidas no *Corpus Juris Secundum*, assevera que a lei inconstitucional é um fato eficaz (“it is an operative fact”), conclui, em seu voto

21 Brasília, Ministério da Justiça, 1997, p.147-148.

22 RE 79.343, Rei. Leitão de Abreu, RTJ 82/792

23 Porto Alegre: Livraria do Globo, 1964, p. 154 e segs.;

vencido, que “A tutela da boa fê exige que, em determinadas circunstâncias, notadamente quando, sob a lei ainda não declarada inconstitucional, se estabeleceram relações entre o particular e o poder público, se apure, prudencialmente, até que ponto a retroatividade da decisão, que decreta a inconstitucionalidade, pode atingir, prejudicando-o, o agente que teve por legítimo o ato e, fundado nele, operou na presunção de que estava procedendo sob o amparo do direito objetivo.”

A essas razões não se curvou, entretanto o Supremo Tribunal Federal, o qual, nos seus julgados, continuou a proclamar que o princípio da supremacia da Constituição não tolera exceções, o mesmo devendo valer, por certo, para os princípios, que daquele são consecutórios, tais como o da eficácia *ex tunc* da decisão que declara a inconstitucionalidade de lei e o da nulidade *ipso iure* da lei contrária à Constituição<sup>24</sup>.

Atualmente pende de decisão ação direta de inconstitucionalidade, proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil, em que são atacadas as Leis nº 9866/99 e 9882/99 e, pois, os seus arts. 27 e 11, respectivamente, os quais, à semelhança do preceito contido no art. 282, nº 4, da Constituição portuguesa<sup>25</sup>, outorgam ao Supremo Tribunal Federal, como já foi destacado, o poder de graduar, pela maioria de 2/3 dos seus membros, os efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade de lei, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social<sup>26</sup>.

Em 27 de maio de 2003, já dissemos, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, resolvendo questão de ordem na Medida Cautelar nº 2.900-3/RS, por unanimidade referendou o voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes, o qual, depois de reproduzir trechos de pronunciamento doutrinário<sup>27</sup> sobre o princípio da segurança jurídica como limite ao poder-dever da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos, conclui nestes termos :

“Considera-se, hodiernamente, que o tema tem, entre nós, assento constitucional (princípio do Estado de Direito) e está disciplinado parcialmente, no plano federal, na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1.999 (v.g., art. 2º).

Em verdade, a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito,

24 Veja-se, MENDES, Gilmar Ferreira, *op.cit.*, p.255 e segs

25 É este o texto do art. 282, nº 4, da Constituição de Portugal: “Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou de interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com efeitos mais restritos do que o previsto nos nos. 1 e 2.

26 Conquanto nos pareça inquestionável que a segurança jurídica é um valor constitucional ou um princípio constitucional, admitido pioneiramente pelo direito alemão, mesmo sem enunciado expresso na Lei Fundamental de Bonn, e que também tem sido aceito por outros ordenamentos jurídicos, como é o caso do português e do espanhol, ou mesmo pelo direito da União Européia, que hoje prestigia grandemente a segurança jurídica, sob o aspecto da proteção à confiança legítima-a ponto de a Corte de Justiça da Comunidade Européia considerá-la como “regra superior de Direito” e “princípio fundamental do Direito Comunitário” (cf. CALMES, Sylvia. *Du Principe de la Protection de la Confiance Legitime em Droits Allemand, Communautaire et Français*. Paris: Dalloz. 2001. p.24 e segs.) - creio que essa mesma condição de princípio constitucional não poder ser atribuída ao “excepcional interesse social”. A segurança jurídica é princípio implícito na Constituição, embutido que está no princípio do Estado de Direito. Quanto ao “excepcional interesse social, para ascender à posição de princípio constitucional seria indispensável que a Constituição expressamente o acolhesse, como fez a Constituição portuguesa, diferentemente da brasileira, que não o contempla.

27 COUTO E SILVA, Almiro, *op. cit.*, Princípios da Legalidade e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo.

## Princípios da Segurança...

---

assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria idéia de justiça material.”

“Nesse sentido,” - acrescentou ainda o Supremo Tribunal Federal, nos acórdãos proferidos no MS nO24268/MG e MS 22357/DF, ambos também relatados pelo Ministro Gilmar Mendes, “vale trazer passagem de estudo do professor Miguel Reale sobre a revisão dos atos administrativos:

“Não é admissível, por exemplo, que nomeado irregularmente um servidor público, visto carecer, na época, de um dos requisitos complementares exigidos por lei, possa a Administração anular seu ato, anos e anos volvidos, quando já constituída uma situação merecedora de amparo e, mais do que isso, quando a prática e a experiência podem ter compensado a lacuna originária. Não me refiro, é claro, a requisitos essenciais, que o tempo não logra por si só convaler, - como seria, por exemplo, a falta de diploma para ocupar cargo reservado a médico - mas a exigências outras que, tomadas no seu rigorismo formal, determinariam a nulidade do ato”.”

15. Pela importância que têm esses três acórdãos do Supremo Tribunal Federal, - dois deles proferidos, à unanimidade, pelo Tribunal em sua composição plenária -pois são as primeiras da nossa mais alta Corte de Justiça a reconhecer a segurança jurídica, entendida como proteção à confiança, como princípio constitucional<sup>28</sup>, servindo, nessa condição, como limite ao poder da Administração Pública de anular seus atos administrativos, é oportuno descrever aqui a situação fática a que se referem:

(a) No primeiro deles (MC 2.900 -RS), tratava-se de ação cautelar em que se pleiteava concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por estudante do curso de Direito da Universidade Federal de Pelotas que pedira transferência para o da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em razão de haver sido aprovada em concurso público realizado pela Empresa Pública de Correios e Telégrafos para emprego naquela entidade, tendo sido contratada. Mudou, assim, seu domicílio para Porto Alegre, local do seu emprego e do curso para o qual solicitara a transferência. Negada administrativamente a transferência, contra o ato respectivo impetrou a interessada mandado de segurança, deferido por sentença proferida em dezembro de 2000 “(a) para reconhecer que a impetrante tem direito a transferir-se e a freqüentar o curso de direito na UFRGS, a partir

<sup>28</sup> Já referimos (nota 7, supra) que a Alemanha foi o primeiro país a reconhecer, expressamente, a segurança jurídica como princípio constitucional e obstativo, em determinadas circunstâncias, do poder da Administração de anular seus próprios atos administrativos. No direito norte-americano, ficou visto que a Suprema Corte dos Estados Unidos há muito admite que, em consideração à boa fé dos interessados ou à segurança jurídica, possa ser negada à sentença declaratória de inconstitucionalidade de lei a eficácia ex tunc que ordinariamente é conferida a decisões dessa natureza. Contudo, a Suprema Corte guia-se, nesses casos, por considerações pragmáticas, sem se preocupar em definir os fundamentos teóricos ou identificar princípios constitucionais que sirvam de premissa para a decisão, ou seja, sem expressamente reconhecer à boa fé ou à segurança jurídica a qualidade de princípio constitucional. No entanto, só um valor ou princípio constitucional poderia atenuar ou mesmo afastar o princípio da supremacia da Constituição, ou da nulidade ipso jure da lei inconstitucional ou ainda da eficácia ex tunc da sentença declaratória de inconstitucionalidade.

deste semestre; (b) determinar à autoridade impetrada que imediatamente providencie a transferência da parte impetrante, permitindo que a mesma realize a matrícula, freqüente as atividades discentes e todas as demais decorrentes da sua condição de estudante, tudo nos termos da fundamentação.”

Em segundo grau, a 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região reformou a sentença, denegando o mandado de segurança. Daí o recurso extraordinário (manejado em outubro de 2002) e a ação cautelar para atribuir efeito suspensivo a esse recurso, uma vez que a recorrente já se encontrava prestes a concluir o curso de Direito na UFRGS. Ao conceder liminarmente o efeito suspensivo pretendido, em decisão monocrática após confirmada pela 2ª Turma, o Ministro Gilmar Mendes observou que, “no âmbito da cautelar, a matéria evoca, inevitavelmente, o princípio da segurança jurídica”.

O caso guarda grande similitude com antigas decisões do STF, como as proferidas no RMS 13.807 (RTJ 37/248) e no RMS 17.144 (RTJ 45/589), bem como no RE nº 85.179 -RJ, relator o Ministro Bilac Pinto (RTJ 83/931 - DJ 01.12.77).

Cotejando-se essas decisões do STF verifica-se que todas elas tratam de situação que se consolidou em razão de provimentos jurisdicionais provisórios, afinal reformados, depois de transcorridos alguns anos de tramitação do processo. A diferença entre as mais antigas e a mais recente está na fundamentação. Enquanto a mais recente alude ao princípio da segurança jurídica, as outras limitam-se a referir que o ato judicial, depois reformado, dera causa a situação de fato e de direito que não conviria fosse inovada. No relatado pelo Ministro Bilac Pinto, o acórdão, após mencionar as anteriores manifestações do STF sobre a matéria, concluiu pela impossibilidade de tardio desfazimento do ato administrativo, “já criada situação de fato e de direito, que o tempo consolidou”.

(b) No segundo (MS nº 24268/MG), cuidava-se de mandado de segurança impetrado por pensionista, na condição de beneficiária adotada, contra ato do Tribunal de Contas da União que cancelou “unilateral e sumariamente [...] o pagamento da sua pensão especial concedida há dezoito anos”, ao argumento de que a adoção não restara comprovada “por instrumento jurídico adequado, conforme determinam os arts. 28 e 35 da Lei nº 6.679, de 1979”. Além disso, como está consignado no voto da Ministra Ellen Gracie, “entre a data da escritura de adoção, 30.07.84, e a data do óbito do adotante, 07.08.84, decorreu apenas uma semana. Oscar de Moura, bisavô da impetrante, ao adotar e em seguida vier a falecer, aos 83 anos de idade, estava com câncer. As circunstâncias evidenciam a simulação da adoção com o claro propósito de manutenção da pensão previdenciária. E mais, a adoção foi feita sem a forma prevista em lei e é nula, nos termos dos artigos 83, 130, 145, III e 146 do Código Civil, não podendo produzir efeitos.”

A impetrante, na fundamentação da ação, alegou que o ato impugnado era “atentatório contra os direitos à ampla defesa, ao contraditório, ao devido processo legal, ao direito adquirido e à coisa julgada”.

O STF, por maioria, concedeu o mandado de segurança por entender ter sido

desrespeitado o princípio do contraditório e da ampla defesa. Entretanto, no voto que conduziu a decisão, o Ministro Gilmar Mendes fez estas considerações: “Impressiona-me, ademais, o fato de a cassação da pensão ter ocorrido passado 18 anos de sua concessão - e agora já são 20 anos. Não estou seguro de que se possa invocar o art. 54 da Lei nº 9.784, de 1999 [...] - embora tenha sido um dos incentivadores do projeto que resultou na aludida lei - uma vez que, talvez de forma ortodoxa, esse prazo não deve ser computado com efeitos retroativos. Mas afigura-se-me inegável que há um “quid” relacionado com a segurança jurídica que recomenda, no mínimo, maior cautela em caso como os dos autos. Se estivéssemos a falar de direito real, certamente já seria invocável a usucapião.” Após mencionar pronunciamentos doutrinários sobre a segurança jurídica, assim conclui: “É possível que, no caso em apreço, fosse até de se cogitar da aplicação do princípio da segurança jurídica, de forma integral, de modo a impedir o desfazimento do ato. Diante, porém, do pedido formulado e da “causa pendente” limito-me aqui a reconhecer a forte plausibilidade jurídica desse fundamento.”

(c) No terceiro, MS 22357/DF, o que se discutia era a manutenção dos atos de admissão de empregados de empresas públicas e de sociedades de economia mista (no caso, concretamente, tratava-se da INFRAERO), sem concurso público, contravindo, assim, preceitos constitucionais (CF, art. 37, I e II). Houve, no passado, controvérsia sobre a aplicação dessas normas constitucionais às empresas públicas e às sociedades de economia mista, em face do disposto no art. 173, § 1º, da Constituição Federal, que tinha este enunciado, na sua redação originária: “A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias”. A discussão restou pacificada pela decisão do Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança nº 21.322, relator Min. Paulo Brossard, publicada no Diário Oficial 23.04.93, acórdão que subordinou a admissão de empregados naquelas entidades à exigência constitucional do concurso público.

Contudo, o Tribunal de Contas da União, em decisão proferida em 06.06.1990, já havia chegado a esse mesmo entendimento, havendo-se firmado naquela Corte de Contas a orientação de que só deveriam ser anulados os atos de admissão posteriores àquela data, e não os realizados no passado, a partir da vigência da Constituição de 1.988.

O Ministro Gilmar Mendes, no acórdão que estamos examinando, assim conclui a exposição dos fatos :

“Está certo, portanto, que, embora o Tribunal de Contas houvesse, em 06.06.90, firmado o entendimento quanto à indispensabilidade de concurso público para a admissão de servidores nas empresas estatais, considerou aquela Corte que, no caso da INFRAERO, ficava a empresa obrigada a observar a orientação para as novas contratações. Essa orientação foi revista no julgamento das contas do exercício de 1.991, assentando o Tribunal que a empresa deveria regularizar as 366 admissões, sob pena de nulidade (fls.492). Ao julgar o Recurso de Revisão, o prazo de 30 dias para a ado-

ção das providências referidas foi dilatado para 195 dias contados de 09.05.95, data da publicação no Diário Oficial. No entanto, tendo meu antecessor, Néri da Silveira, deferido, em parte, aos 02.10.1995, a liminar (fls.622), não se executou a decisão do TCU; objeto do presente mandado de segurança.”

Após repetir as considerações doutrinárias constantes das duas decisões anteriores do STF, a respeito do princípio da segurança jurídica, prossegue o voto do Min. Gilmar Mendes :

“Considera-se, hodiernamente, que o tema tem, entre nós, assento constitucional (princípio do Estado de Direito) e está disciplinado, parcialmente, no plano federal, na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1. 999(v.g. art. 2º).

Embora não se aplique diretamente à espécie, a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estabelece em seu art. 54 o prazo decadencial de cinco anos, contados da data em que foram praticados os atos administrativos, para que a Administração possa anulá-los.

Vale lembrar que o próprio Tribunal de Contas da União aceitou a situação de fato existente à época, convalidando as contratações e recomendando a realização de concurso público para admissões futuras. Observa-se que mais de 10 anos já se passaram em relação às contratações ocorridas entre janeiro de 1991 e novembro de 1992, restando constituídas situações merecedoras de amparo.

Dessa forma, meu voto é no sentido do deferimento da ordem, tendo em vista as específicas e excepcionais circunstâncias do caso em exame. E aqui considero sobretudo: a boa fê dos impetrantes, a existência de processo seletivo rigoroso e a contratação conforme o regulamento da INFRAERO; a existência de controvérsia, à época da contratação, quanto à exigência de concurso público, nos moldes do art. 37, II, da Constituição, no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista; o fato de que houve dúvida quanto à correta interpretação do art. 37, II, em face do art. 173, § 1º, no âmbito do próprio TCU; o longo período de tempo transcorrido das contratações e a necessidade de garantir segurança jurídica a pessoas que agiram de boa fê.

Assim meu voto é no sentido da concessão da segurança para afastar (1) a ressalva do Acórdão nº 110/93, Processo TC nº 016.629/92-2, publicado em 03.11.93, que determinou a regularização das admissões efetivadas sem concurso público após a decisão do TCU de 16.05.90 (proferida no processo TC nº 006.658/89- 0), e, (2) em consequência, a alegada nulidade das referidas contratações dos impetrantes.”

16. Fica claro, assim, que embora a jurisprudência nacional, particularmente a do Supremo Tribunal, já se tivesse manifestado, no passado, em favor da manutenção de atos administrativos inválidos, por ilegais, sendo até mesmo numerosas as decisões de nossos tribunais superiores nesse sentido, notadamente em casos de alunos que concluíram curso superior apresentando falhas ou irregularidades em seu currículo escolar (p.ex. omissão de determinadas disciplinas que deveriam ter sido cursadas e não o foram), falhas essas só apuradas quando já diplomados e no exercício de atividade

## Princípios da Segurança...

---

profissional<sup>29</sup>, a fundamentação jurídica era, a nosso juízo, deficiente.

Nessas decisões, a justificativa da manutenção do ato administrativo inválido repousa, quase sempre, na situação de fato por ele constituída, mas que, apesar da ilegalidade originária, persistiu duradouramente, por vezes sustentada por decisão judicial depois reformada, acabando tal situação de fato, nas circunstâncias mencionadas, por gerar para os destinatários do ato administrativo direito a permanecerem no gozo das vantagens ilegitimamente outorgadas.

Conquanto a conclusão nos pareça incensurável, a fundamentação é, sem nenhuma dúvida, pouco convincente. Não se compreende, na verdade, seguindo a linha da argumentação adotada, como situação de fato, nascida de ilegalidade, pode transformar-se em situação de direito, e ainda mais de direito com as características que o habilitam a ser defendido por mandado de segurança.

Por certo, no direito privado, encontramos o instituto da usucapião, em que uma situação de fato, a posse, ainda que estabelecida sem justo título e sem boa fé, mas desde que se mantenha mansa e pacífica por determinado lapso de tempo, termina por resultar em aquisição, pelo possuidor, do direito de propriedade. Seria despropositado, porém, à míngua de princípio constitucional ou de disposição legal, tentar estabelecer, no direito público, analogia com aquele instituto do direito privado.

A única solução do problema que se apresenta adequada é a que identifica, no ordenamento constitucional, princípio do mesmo nível hierárquico do que o da legalidade, e que com este possa ser ponderado, num balancing test, em face da situação concreta em exame.

Em julgados de 1986 e 1993<sup>30</sup> e, por último, em acórdão de setembro de 2003<sup>31</sup>, o Supremo Tribunal manteve vantagens atribuídas, inconstitucionalmente ou ilegalmente, a magistrados e a servidores públicos, com base no princípio da irredutibilidade de vencimentos.

Quanto a esses arestos, muito embora o Supremo Tribunal Federal tenha aludido a princípio constitucional, o da irredutibilidade de vencimentos, para compará-lo e ponderá-lo com o princípio da legalidade, a crítica que se pode e deve fazer é a de que o princípio da irredutibilidade de vencimentos só tem aplicação quando os vencimentos ou as vantagens remuneratórias são legais e legítimos. Não fosse assim, e nenhuma vantagem ilegalmente outorgada pela Administração Pública jamais poderia ser cancelada ou retirada, pois o ato de anulação, fosse ele de exercício da autotutela administrativa ou emanasse do Poder Judiciário, esbarraria sempre no princípio da irredutibilidade de vencimentos.

29 Colho os seguintes exemplos em ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional., São Paul.: Revista dos Tribunais, 2001. p.50, nota 28: Do STF : RTJ 33:280, 37:249, 41 :252, 41 :593, 45: 593, 45:589, 95: 475, 104:1284, 119:829, RDA 114:288. Do STJ : EREsp 140.726, DJ de 16.08.99, p.40; EREsp 155.052, DJ de 19.04.99, p.72; Resp 137.989, DJ de 10.05.99, p.134; REsp 163.185, DJ de 26.04.99, p. 82; REsp 144.770, DJ de 26.04.99, p.41 ; REsp 175.313, DJ de 22.03.99, p. 70.

30 Consulte-se, outra vez, ZAVASCKI, Teori Albino, op. cit., p.50, nota 29: STF, RE 105.789, 2ª Turma, Ministro Carlos Madeira, RTJ 118:300; RE 122.202, 2ª Turma, Ministro Francisco Rezek, DJ de 08.04.94.

31 RE nº 378.932/PE, rel. Ministro Carlos Britto, Informativo STF nº 323.

O princípio constitucional que deveria ter sido chamado para ponderação, nos casos referidos, era o da segurança jurídica, e não o da irredutibilidade de vencimentos, cuja adequação àquelas hipóteses nos parece manifestamente impertinente.

Os três acórdãos do STF, na MC 2.900-RS, no MS nº 24268/MG e no MS 22357/DF, todos da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, ao declararem, pela primeira vez na jurisprudência daquela Corte, que a segurança jurídica é um princípio constitucional, como subprincípio do princípio do Estado de Direito (CF, art. 1º), a par de encontrar a correta fundamentação para inúmeros casos decididos no passado - sustentados, a nosso juízo, por insatisfatória argumentação, como tivemos, ocasião de ver -, nos dá a esperança de que abrirá caminho para que, daqui para a frente, se consolide, nos julgados dos tribunais brasileiros, especialmente do Supremo Tribunal Federal, a idéia de que tanto a legalidade como a segurança jurídica são princípios constitucionais que, em face do caso concreto, deverão ser sopesados e ponderados, para definir qual deles fará com que a decisão realize a justiça material. É nesse rumo, aliás, que se orientou o direito da União Européia, a partir das contribuições doutrinárias e jurisprudenciais do direito alemão<sup>32</sup>.

#### V O ART. 54 DA LEI Nº 9.784/99

17. No tocante ao Direito Administrativo, parece-nos que essa tarefa dos nossos aplicadores do direito, juízes ou agentes da Administração Pública, ficou facilitada pela regra do art. 54 da Lei nº 9.784/99, mesmo em se tratando de preceito inserido em diploma cujas disposições se restringem à Administração Pública federal e apesar da multiplicidade de questões, muitas das quais complexas, que o dispositivo tem suscitado. Examinemos essas questões.

#### Regra ou princípio?

18. O art. 54 da Lei nº 9784/99 expressou, no plano da legislação ordinária, o princípio constitucional da segurança jurídica, em regra jurídica. Modernamente, em razão sobretudo dos trabalhos de Dworkin e Alexy, tomou-se corrente a distinção entre princípios e regras. As regras são aplicadas, geralmente, como observou Dworkin, dentro de um esquema de «tudo ou nada» (all or nothing), ou seja, se a regra é válida, ao incidir sobre os pressupostos de fato nela previstos, desde logo se produz a consequência jurídica definida na própria norma, salvo alguma exceção, ou então a regra não é válida ou não se configuraram concretamente os pressupostos de fato nela estabelecidos, hipótese em que não há qualquer consequência jurídica. No caso de colisão entre regras,

<sup>32</sup> A esse respeito, por último, além do livro de Sylvia Calmes, já citado, *Du Principe de la Protection de la Confiance Legitime em Droits A/lemant Communautaire et Français*, vejam-se Javier Garcia Luengo, *El Principio de Protección de la Confianza em el Derecho Administrativo*, Madri, Civitas, 2002; Federico A. Castillo Blanco, *La Protección de Confianza em el Derecho Administrativo*, Madri, Marcial Pons, 1998.

## Princípios da Segurança...

---

geralmente uma revoga a outra (*lex posterior revocat anteriori*, *lex superior revocat inferiori*), salvo exceções, como ocorre nas relações entre a lei geral e a lei especial.

Os princípios meramente indicam caminhos para soluções ou decisões que só serão tomadas após processo de ponderação com outros princípios. Todos eles são comparados e sopesados a fim de que se apure com que “peso” ou em que “medida” deverão ser aplicados ao caso concreto, por vezes se verificando, ao final desse processo, que só um deles é pertinente à situação em exame, devendo afastar-se o outro ou os outros, sem que haja, assim, revogação de um princípio por outro<sup>33</sup>.

A par disso, os princípios, na linha do pensamento de Alexy, são “comandos de otimização” (*Optimierungsgebote*), devendo, pois, serem realizados com a máxima amplitude que for permitida, não só pelos outros princípios e regras, como também pelas circunstâncias fáticas<sup>34</sup>.

No referente ao art. 54, o legislador determinou que após o transcurso do prazo de cinco anos sem que a autoridade administrativa tivesse exercido o direito de anulação de ato administrativo favorável, ela decairia desse direito, a menos que o beneficiado pelo ato administrativo tivesse agido com má fé.

Como se trata de regra, ainda que inspirada num princípio constitucional, o da segurança jurídica, não há que se fazer qualquer ponderação entre o princípio da legalidade e o da segurança jurídica, como anteriormente à edição dessa regra era necessário proceder. O legislador ordinário é que efetuou essa ponderação, decidindo-se pela prevalência da segurança jurídica, quando verificadas as circunstâncias perfeitamente descritas no preceito. Atendidos os requisitos estabelecidos na norma, isto é, transcorrido o prazo de cinco anos e inexistindo a comprovada má fé dos destinatários, opera-se, de imediato, a decadência do direito da Administração Pública federal de extirpar do mundo jurídico o ato administrativo por ela exarado, quer pelos seus próprios meios, no exercício da autotutela, quer pela propositura de ação judicial visando a decretação de invalidade daquele ato jurídico. Com a decadência, mantém-se o ato administrativo

---

33 Sobre a distinção entre princípios e regras, por último e por todos ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003. p.26 e segs.

34 Escreve Alexy, em livre tradução nossa: “Ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam, tanto quanto possível, observadas as possibilidades jurídicas e fáticas, sejam realizadas na maior medida. Princípios são, pois, comandos de otimização, os quais se caracterizam por poderem ser atendidos em distintos graus e que a medida do seu preenchimento depende não apenas das possibilidades fáticas como também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é definido pela combinação de princípios e regras”. No original: “Der für die Unterscheidung von Regeln um Prinzipien entscheidende Punkt ist, dass Prinzipien Normen sind, die gebieten, dass etwas in einen relativ auf die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten möglichst hohen Masse realisiert wird. Prinzipien sind demnach Optimierungsgebote, die dadurch charakterisiert sind, dass sie in unterschiedlichen Graden erfüllt werden können und dass das gebotene Mass ihrer Erfüllun nicht nur von den tatsächlichen, sondern auch von den rechtlichen Möglichkeiten wird durch gegenläufige Prinzipien und Regeln bestimmt” (*Theorie der Grundrechte*, Frankfurt: Suhrkamp, 1996. p.75-76) Exemplo de limitações fáticas encontramos na realização da norma do art.7º, IV, da Constituição Federal, que dispõe sobre o salário mínimo dos trabalhadores urbanos e rurais e que determina que ele seja “capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social...”. Trata-se de norma que tem a natureza de princípio, como ordinariamente ocorre com as normas que consagram direitos fundamentais. É evidente, porém, que a «otimização do princípio constitucional atinente ao salário mínimo é condicionada pela conjuntura econômica do país.

com todos os efeitos que tenha produzido, bem como fica assegurada a continuidade dos seus efeitos no futuro.

O art. 54 revogou, em parte, o art. 114 da Lei na 8.112, de 11 de dezembro de 1990 (Lei do Regime Jurídico Único), segundo o qual «a Administração deverá rever seus atos, a qualquer tempo, quando eivados de ilegalidade». O exercício do poder-dever da Administração de anular seus atos administrativos viciados de ilegalidade ficou limitado pelo prazo decadencial de cinco anos.

O que pode ocorrer é que, no curso do prazo de cinco anos, venha a configurar-se situação excepcional que ponha em confronto os princípios da legalidade e da segurança jurídica. Nessa hipótese, deverá o juiz ou mesmo a autoridade administrativa efetuar a ponderação entre aqueles dois princípios, para apurar qual dos dois deverá ser aplicado ao caso concreto, mesmo ainda não se tendo configurado a decadência.

#### Decadência ou prescrição ?

19. Outra dúvida a ser esclarecida é se a regra do art. 54 da Lei na 9784/99 é sobre prescrição ou decadência. É bem sabido que a decadência atinge o direito subjetivo e que a prescrição diz respeito à pretensão. Pretensão é como se traduz o termo alemão *Anspruch* - a possibilidade de exigir - conceito que Windscheid, na metade do século XIX, trabalhando sobre o Direito Romano, dissociou do conceito de direito subjetivo.

Um exemplo, retirado do Direito Privado, ilustra bem a diferença. O credor da nota promissória que se vencerá em 30 dias, antes do término desse prazo, já é titular de direito subjetivo de crédito, tanto que poderá cedê-lo. Não têm, entretanto, pretensão, isto é, a possibilidade de exigir o pagamento. A pretensão só irá nascer após o trigésimo dia, caso a dívida não tenha sido paga. Admitamos que, vencida, ela não tenha sido paga e imaginemos que transcorram dez anos, que é, no novo Código Civil, o prazo geral de prescrição (art.205), sem que tenha existido pagamento e sem que se tenham verificado, também, quaisquer das causas impeditivas ou suspensivas da prescrição. Se o credor exigir o pagamento da dívida, nessas circunstâncias, pode muito provavelmente acontecer que o devedor argua a exceção de prescrição, a qual apenas encobrirá, paralisará ou bloqueará a pretensão. O direito de crédito permanece íntegro, tanto assim que se o devedor, mesmo já estando prescrita a dívida, entender de fazer o pagamento a que estava obrigado não poderá repetir o que pagou (CC, art.882). Além disso, se renunciar à prescrição, como lhe é facultado ou se não argui-la no processo, este correrá sem que ao juiz seja facultado pronunciá-la de ofício, salvo se em benefício de absolutamente incapaz ou não tiver a pretensão conteúdo patrimonial (CC, art. 194; CPC, art.219, § 5º).

20. Certos direitos, por outro lado, são despidos de pretensão. Tal é o que sucede com os direitos de crédito resultantes do jogo e da aposta (CC, art.814), também

chamados de direitos mutilados<sup>35</sup>, e com os direitos potestativos, ou formativos, como são conhecidos e designados no direito alemão desde a clássica conferência de Emil Seckel, pronunciada em 1903, em Berlim<sup>36</sup>.

Entre esses direitos potestativos, ou formativos, da espécie dos formativos extintivos, está o de pleitear a decretação de invalidade dos atos jurídicos<sup>37</sup> ou o de pronunciar-lhes diretamente a invalidade, como acontece no exercício da autotutela administrativa. Os direitos formativos não têm pretensão e a eles igualmente não corresponde, no lado passivo da relação jurídica, qualquer dever jurídico. Quem esteja no lado passivo fica, porém, sujeito ou exposto a que, pelo exercício do direito pela outra parte, nasça, se modifique ou se extinga direito, conforme o direito formativo seja gerador, modificativo ou extintivo. No que concerne especificamente ao direito formativo à invalidação de ato jurídico não é diferente. A Administração Pública, quando lhe cabe esse direito relativamente aos seus atos administrativos, não tem qualquer pretensão quanto ao destinatário daqueles atos. Este, o destinatário, entretanto, fica meramente sujeito ou exposto a que a Administração Pública postule a invalidação perante o Poder Judiciário ou que ela própria realize a anulação, no exercício da autotutela administrativa.

21. À luz desses pressupostos, é irrecusável que o prazo do art. 54 da Lei nº 9784/99 é de decadência e não de prescrição. O que se extingue, pelo transcurso do prazo, desde que não haja má fé do interessado, é o próprio direito da Administração Pública federal de pleitear a anulação do ato administrativo, na esfera judicial, ou de ela própria proceder a essa anulação, no exercício da autotutela administrativa. Esse prazo não é passível de suspensão ou interrupção, como geralmente sucede, aliás, com os prazos decadenciais. De outro lado, - insista-se - não existe pretensão à invalidação<sup>38</sup>, pois nada há exigir no comportamento da outra parte, como também nenhum dever jurídico corresponde ao direito a invalidar, o que já se ressaltou ser traço característico dos direitos formativos.

22. Alguns têm sustentado, em interpretação muito acanhada da Lei nº 9784/99, que a decadência do direito à anulação só operaria no âmbito da autotutela administrativa, mas que o Poder Público, após o transcurso do prazo do art. 54, teria ainda a possibilidade de pleitear a decretação da invalidade perante o Poder Judiciário.

Ora, o que parece, o que é inexoravelmente extinto pela decadência é o próprio direito à anulação, não importa em que âmbito seja ele exercido, se na esfera da Administração Pública ou na do Poder Judiciário<sup>39</sup>.

35 MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. v. 6, p.40 e segs

36 Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichenrechts, Darrnstadt, 1954, Buchgemeinschaft Wissenschaftliche, Sonderausgabe.

37 MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. v. 5, p.243.

38 Corrigimos aqui o que escrevemos em nosso estudo publicado em RDA 204/21-31, pois, como já havíamos afirmado bem antes, em 1969, "Atos Jurídicos de Direito Administrativo Praticados por Particulares e Direitos Formativos" -RDA 95/19-37) o direito a invalidar, como direito formativo que é, não tem pretensão, e, assim, não é passível de prescrição mas só de decadência.

39 Muitos direitos formativos só podem ser exercidos com a colaboração do Poder Judiciário, em ação de direito processual.

Não teria qualquer sentido que a extinção do direito apenas se desse no seio da Administração Pública, mas que ele continuasse vivo para que o Poder Público tivesse a possibilidade de exercê-lo em ação judicial. Isso seria ilógico e incongruente, pois ficaria sem explicação a razão pela qual o legislador teria instituído essa limitação para a Administração Pública, restringindo seus poderes de autotutela e criando, por assim dizer, dois direitos à anulação, um para fins administrativos e outro para fins judiciais. Esse entendimento equivocadamente parece ter origem em outro erro, grave mas não incomum, de que prescrição e decadência são institutos de direito processual e não de direito material. Se assim efetivamente fosse, poderia acontecer que existisse decadência ou prescrição de determinada ação processual, mas que outras ações processuais subsistissem; ou ainda que, embora inexistente ou extinta a ação de direito material à anulação, esta pudesse ser realizada por meio de ação processual. O nosso Código de Processo Civil acertadamente reconhece, porém, em consonância com a mais autorizada doutrina, que decadência e prescrição são institutos de direito material, tanto assim que a decisão que as pronuncia é decisão de mérito<sup>40</sup>.

Extinto, portanto, pela decadência, o direito de anular, não há mais como exercitá-lo, por qualquer maneira ou via. Não se contesta que a lei possa estabelecer a decadência de determinado direito, a ser exercido no campo processual, como, p.ex., o direito de impetrar mandado de segurança no prazo de 120 dias, sob pena de decadência do direito à utilização daquela ação constitucional; ou o direito de propor ação executiva baseada em título de crédito no prazo de três anos. Nessas hipóteses a decadência atinge apenas o direito de exercer determinada ação processual e não o direito material, o qual poderá ser satisfeito por outras vias processuais.

23. Não é isso, porém, o que sucede com o art. 54. O que é atingido pela decadência, nesse preceito, é o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos, não por uma ou mais ações, mas por qualquer tipo ou espécie de ação, quer de direito processual, quer de direito material. A anulação de ato administrativo pelo exercício de autotutela administrativa é exercício de ação de direito material, é exercício de direito formativo extintivo.

24. A decadência prevista no art. 54 deve ser conhecida pelo juiz de ofício, consoante o que dispõe, com rigor técnico, o art. 210 do novo Código Civil: “Deve o juiz, de ofício, conhecer da decadência, quando estabelecida por lei”, diferentemente do que se passa com a prescrição que, em geral, tem de ser arguida<sup>41</sup>.

### Graduação de efeitos da decadência?

---

Tal é o que ocorre com o exercício do direito a separar-se judicialmente. Em outras situações, como na desapropriação, ao lado da forma consensual da chamada desapropriação amigável, existe a desapropriação que se realiza mediante a ação específica. Sempre é indispensável, entretanto, que exista o direito subjetivo material.

40 Declara o art. 269: “Extingue-se o processo com julgamento de mérito [...] IV quando o juiz pronunciar a decadência ou aprescrição”.

41 Novo Código Civil, art. 194: “O Juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer a absolutamente incapaz”. Veja-se item 15, acima.

25. O art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União diz respeito - é bom repetir - à decadência do direito da Administração de anular seus atos administrativos e não, meramente, a eficácia por eles produzida. Vista a questão por este ângulo, toma fácil perceber que extinto, pela decadência, o direito à anulação, permanece no mundo jurídico o ato administrativo com todos os seus efeitos, como se válido fosse.

Nesse quadro, seria ilógico afirmar que, após o prazo de cinco anos, não poderia mais a Administração modificar os efeitos produzidos no passado, mas poderia sustar os efeitos pro futuro do ato administrativo inválido, como afirmado em algumas decisões.

Também já se disse que a disposição do art. 54 é regra e não princípio. Verificados os seus pressupostos de incidência (transcurso do prazo de cinco anos e boa fé do destinatário), caberá apenas ao juiz ou ao aplicador da regra declarar a decadência, reconhecendo a extinção do direito à anulação do ato e de todos os seus efeitos, em qualquer tempo, no passado e no futuro. A decadência atinge o direito à anulação ou à invalidação na sua integralidade; dele nada sobra, pois a lei não estabelece nenhuma exceção nesse sentido.

Como não cabe ao intérprete ou ao aplicador do art. 54 efetuar qualquer “ponderação” entre princípios, pois, no caso, essa ponderação já foi feita pelo legislador, não tem ele qualquer espaço para estabelecer soluções gradualistas, de maior ou menor intensidade, de maior ou menor extensão, ao reconhecer a decadência. É “tudo ou nada”: ou a decadência se consumou e o ato administrativo se tomou inatingível por providência ulterior da Administração Pública, ou não se consumou, e o ato administrativo, então, pode ser anulado.

Não se pode confundir regra sobre decadência do direito a anular ato jurídico com regra legal que disciplina o ato de anulação ou de declaração de invalidade de ato jurídico. Neste último caso, pode a regra estabelecer quais os efeitos que terá a anulação, se os efeitos serão *ex tunc* ou *ex nunc*, ou se haverá ainda situações intermediárias entre esses dois extremos, ou limites da eficácia no futuro. É dessa espécie, por exemplo, a regra do § 48, (2), 3, nº1, da Lei de Processo Administrativo alemã<sup>42</sup>. No plano do nosso Direito Constitucional encontramos símile, como já destacado, nas disposições, do art. 27 da Lei 9866/99 e do art.11 da Lei nº 9882/99, que autorizam o Supremo Tribunal Federal a graduar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei. Cogitando-se, porém, de decadência, não há meio termo e inexistente qualquer possibilidade de graduação.

Que direito é atingido pela decadência?

26. O direito da Administração Pública que é atingido pela decadência é o de anular seus próprios atos administrativos, (a) quando eivados de vício de legalidade e (b)

---

42 Vd. nota 74 infra

e quando, desses atos administrativos, decorram efeitos favoráveis para os destinatários.

É o que facilmente se depreende da leitura conjunta dos arts. 53 e 54 da Lei nº. 9.784/99, disposições que estão intimamente correlacionadas. O art. 53, com uma pequena mas importante variante, repete o enunciado na Súmula 473, do STF<sup>43</sup>. Declara o art. 53: “A administração deve anular seus próprios atos quando eivados de vício de ilegalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade respeitados os direitos adquiridos”. E o art. 54 acrescenta que esse direito de anular refere-se exclusivamente aos atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis. Vejamos com mais vagar essas duas situações.

(a) Atos administrativos ilegais - Quanto a este ponto, cabe esclarecer, inicialmente, se o direito da Administração Pública à invalidação de seus próprios atos administrativos, suscetível de decadência, compreende todo o universo dos atos administrativos defeituosos, por vício de legalidade, ou apenas uma parte deles. Já se vê que para isso será necessário definir, quando menos nos seus traços gerais, qual o sistema de invalidade de atos administrativos que pensamos vigorar no direito brasileiro, uma vez que a legislação nacional só muito incompletamente, na Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965), tratou dos vícios dos atos administrativos.

27. Essa lei, já no seu art. 1º, distinguiu entre atos administrativos nulos e anuláveis, estabelecendo, depois, nos arts. 2º e 4º, um catálogo dos atos administrativos nulos. O art. 2º discrimina causas genéricas de nulidade (incompetência, vício de forma, ilegalidade do objeto, inexistência dos motivos) e o art. 4º arrola várias espécies de atos e contratos que, por desobediência a prescrições indicadas naquela mesma disposição, incorreriam em nulidade. O art. 3º, a seu turno, preceitua que os atos lesivos ao patrimônio público, cujos vícios não se compreendam nas especificações do art. 2º, são anuláveis. Por fim, o art. 21 da Lei da Ação Popular assim declara: “A ação prevista nesta lei prescreve em cinco anos”.

Como se vê, a lei não esclarece que conseqüências práticas decorrem da nulidade ou da anulabilidade, nem mesmo explicita a que atos se refere o direito atingido pela decadência, uma vez que a regra do art. 21 - que na verdade é de decadência e não de prescrição - tem sido aplicada indiscriminadamente, tanto aos casos de nulidade como aos de anulabilidade. E, dado que a sentença que é proferida na ação popular tem “eficácia de coisa julgada oponível ‘erga omnes’, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova...”, consoante o art. 18, se a decisão final proferida na ação concluir pela inexistência de nulidade, ninguém mais, em nenhuma outra ação, poderá postular sua decretação e nenhum juiz, de ofício, poderá também pronunciá-la.

28. De qualquer modo, a Lei da Ação Popular lançou as primeiras linhas de um modelo de tratamento da invalidade dos atos administrativos orientado no sentido da

43 A Súmula 473 do STF está assim redigida: “A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

instituição de um regime específico, diferente dos consagrados paradigmas do Direito Privado. Não houve, porém, além da Lei da Ação Popular, outro texto legislativo que cuidasse de desenvolver e de melhor articular o sistema, completando-o com disposições mais detalhadas e abrangentes, especialmente na identificação das conseqüências da nulidade e da anulabilidade, disposições em cuja feitura deveriam ser consideradas as ricas contribuições do direito comparado.

29. Esse desenho, que ficou assim embrionário e muito imperfeito, de um sistema de invalidade dos atos jurídicos de Direito Administrativo, tem permitido que o tema continue sendo tratado, na prática dos tribunais, e, por vezes na própria doutrina do Direito Administrativo, dentro de uma perspectiva acentuadamente civilista. É certo que para isso tem contribuído não apenas a ausência de uma Justiça Administrativa no Brasil, composta por juízes especializados, como também a vizinhança com o sistema sempre visitado, por advogados e julgadores, das invalidades no Direito Privado, especialmente no Direito Civil, sistema que foi limpo, depurado, decantado e refinado ao longo de séculos de cuidadosa elaboração.

30. No nosso sistema de Direito Privado, no tocante à invalidade, os negócios jurídicos ou são nulos ou são anuláveis. Diz o art. 166 do novo Código Civil que é nulo o negócio jurídico quando “I- celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II- for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III- o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV- não revestir a forma prescrita em lei; V- for preterida alguma solenidade que a lei considera essencial para a sua validade; VI - tiver por objeto fraudar lei imperativa; VII- a lei taxativamente o declarar nulo ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.” As nulidades “podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir” (CC art. 168);

“devem ser pronunciadas pelo juiz quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitidas supri-las, ainda que a requerimento das partes” (CC, parágrafo único do art. 168). E remata o art. 169, também do Código Civil vigente: “o negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo”.

Em contraste, na dicção do art. 171 do mesmo Código Civil, “Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: I -por incapacidade relativa do agente, II- por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores”. E ainda: “O negócio anulável pode ser confirmado pelas partes, salvo direito de terceiro” (CC, art. 172). “A anulabilidade não tem efeito antes de julgada por sentença, nem se pronuncia de ofício; só os interessados a podem alegar, e aproveita exclusivamente aos que a alegarem, salvo o caso de solidariedade ou indivisibilidade” (CC, art. 178). Determinam, por fim, os art. 178 e 179, respectivamente, que, nos casos de coação, erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão “é de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio

jurídico” e de dois anos “quando a lei dispuser que determinado ato é anulável, sem estabelecer prazo para pleitear-se a anulação”.

Se fôssemos transportar, em bloco, esse conjunto de regras - as quais, diga-se de passagem, são mais ou menos comuns nos sistemas de direito privado dos países que se ligam à família do Direito Romano - para o Direito Administrativo, sem alterações e adaptações substanciais, o resultado que obteríamos é que a imensa maioria dos atos administrativos inválidos seria constituída por atos administrativos nulos, tendo em vista que, nas mais das vezes, a invalidade do ato administrativo decorre da ilegalidade. De outro lado, as hipóteses de anulabilidade consideradas no Direito Privado, tais como, por exemplo, incapacidade relativa do agente, erro, dolo, coação, fraude contra credores, estado de perigo, são raramente encontradas nas relações jurídicas de Direito Administrativo, bem ao contrário do que sucede com as relações jurídicas estabelecidas entre os indivíduos.

31. As dificuldades de implantação no Direito Administrativo de enxertos extraídos da teoria das invalidades dos atos jurídicos de Direito Privado - dificuldades que amiúde se transformam em verdadeiras incompatibilidades - são há muito reconhecidas pela doutrina nacional<sup>44</sup>.

Na verdade, ao tratar de assegurar, no Direito Administrativo, à semelhança do que acontece no Direito Civil, um largo espaço para os atos administrativos nulos, com todo o seu cortejo de conseqüências (impossibilidade de sanção, de ratificação ou de convalidação; pronunciamento de ofício da invalidade; inexistência de decadência do direito a postular a decretação da sua invalidade, ou a pronunciá-la no exercício da autotutela administrativa), como por vezes ressaí de algumas decisões de nossos tribunais, acaba-se por escolher caminho que segue em sentido contrário aos rumos que modernamente tem tomado o Direito Administrativo dos países europeus mais desenvolvidos, que sempre nos influenciaram, e da própria União Européia.

Para resumir em poucas palavras os grandes traços dessas tendências contemporâneas do Direito Administrativo, em matéria de invalidade dos atos administrativos, pode-se dizer que os atos inválidos continuam sendo divididos em atos nulos e em atos anuláveis, como sempre se fez, mas possuindo agora esses qualificativos um outro conteúdo semântico. A diferença com os esquemas de pensamento tradicional está em que os atos administrativos nulos, na concepção atual, constituem um número extremamente diminuto de atos jurídicos, marcados por tão evidente, estridente, manifesto e grosseiro vício que, no direito de alguns países, como a França e a Itália, são eles

44 SEABRA FAGUNDES. O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário. Rio de Janeiro: Konfino, 1950. p.58 e segs.; MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2002. p.197 e segs.; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 407 e segs.; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 145; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2002. p.225 e segs.; GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 102 e segs.; ZANCANER, Weida. Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos. São Paulo: Malheiros, 1993. p.79 e segs.; SUNDFELD, Carlos Ari. Ato Administrativo Inválido. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 41 e segs.

tidos como atos inexistentes.

32. É esta - a dos atos inexistentes -, como é sabido, uma categoria conceitual elaborada no século XIX para caracterizar atos com toda a aparência de atos jurídicos, mas aos quais faltaria algum elemento indispensável para que assim fossem considerados.

A noção nasceu no direito de família e servia para afastar do mundo jurídico situações que não se afeiçoavam ao perfil conferido à lei para determinadas instituições, como a do casamento. Assim, por exemplo, o casamento entre pessoas do mesmo sexo<sup>45</sup>.

No Brasil, a obra de Pontes de Miranda deu novo realce à categoria dos atos jurídicos inexistentes, ao separar, precisamente no tocante aos atos jurídicos, os planos da existência, da validade e da eficácia<sup>46</sup>.

Falar-se em atos jurídicos inexistentes parece ser, entretanto, uma contradição nos seus próprios termos. O que não é ou o que não existe no universo do Direito não pode ser qualificado de jurídico. Se isso é incontestável sob o ângulo rigorosamente lógico, não se pode deixar de observar, entretanto, que certos atos são por vezes confundidos com atos jurídicos, notadamente com os atos jurídicos afetados por nulidade absoluta, fazendo-se mister distinguir, nessas situações, entre o que é, mesmo invalidamente, e o que não chegou a existir juridicamente, embora se situasse muito próximo do Direito, numa zona em que, por vezes, poderá haver dificuldade na identificação do ser e do não ser, notadamente entre o que não chegou a existir e o que existiu invalidamente<sup>47</sup>.

33. Na França, no direito civil, a categoria dos atos jurídicos inexistentes ficou confinada aos casos extremos, absolutamente excepcionais, em que claramente não se verificaram os elementos necessários à configuração de certos atos como jurídicos, ou algum daqueles elementos não se caracterizou. Assim, por exemplo, quando, nos contratos, deixou de haver manifestação de vontade, ou existiu qualquer base material capaz de determinar o seu conteúdo<sup>48</sup>.

Contudo, no Direito Administrativo francês, a categoria dos atos administrativos inexistentes foi, já no século XX, retirada da penumbra em que repousava no Direito Civil e revigorada com uma outra função e uma outra razão de sustentação, que hoje lhe são reconhecidas.

34. É que os atos inválidos, desde a decisão do Conselho de Estado, no affaire Dame Cachet<sup>49</sup>, de 1922, só podem ser desconstituídos pela própria Administração no mesmo prazo estabelecido para a interposição do recurso por excesso de poder, que é de sessenta dias, prazo, como se vê, extremamente curto. Expirado esse prazo, o ato inválido não pode mais ser atacado, desconstituído ou eliminado.

Cogitando-se, porém, de ato administrativo inexistente, sempre estaria em aberto a possibilidade de declaração da inexistência, não se lhes aplicando, portanto, o prazo

45 Veja-se, a propósito, GHESTIN, Jacques. *Traité de Droit Civil: Les Obligations. le Contrat*. Paris: L.G.D.J., 1980. p.631

46 *Tratado de Direito Privado*, passim, mas especialmente vol. 4

47 Veja-se, quanto a este ponto, REALE, Miguel. *op. cit.*, p.62 e segs.

48 GHESTIN, J. *op. e v. cit.* p.635.

49 Vd. LONG et alii. *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*. Paris: Sirey, 1993. p.221 e seg.

decadencial de sessenta dias.

Não há entretanto, qualquer critério para distinguir os atos administrativos nulos dos atos administrativos inexistentes. A noção de ato administrativo inexistente é, pois, na expressão de alguns administrativistas eminentes, George Vedei entre eles, uma “noção funcional”, de que o juiz se utiliza diante da situação concreta. Ao aperceber-se da gravidade ou da extensão das lacunas verificadas nos fatos com pretensão ao reconhecimento jurídico, o juiz liberta -se das limitações e constrangimentos que a invalidade lhe causaria (como, sobretudo, a impossibilidade de invalidação após o prazo de sessenta dias), invocando a inexistência do ato administrativo.

35. Aqui, como em tantos outros aspectos, o Direito Administrativo francês procede de modo meramente empírico e pragmático. A fixar abstratamente elementos conceituais caracterizadores de uma distinção, por critérios racionais e lógicos, entre nulidade e inexistência dos atos administrativos, prefere ir compondo, topicamente, ao longo dos anos e ao influxo dos casos que vão sendo decididos, uma lista de situações em que a inexistência de atos administrativos é declarada.

Segundo René Chapus<sup>50</sup>, a jurisprudência francesa considera, por exemplo, como juridicamente inexistentes atos: a) emanados de órgãos sem existência legal; b) manifestamente insuscetíveis de serem referidos a um poder detido pela Administração; c) cujo autor não tem poder de decisão; d) que impliquem invasão na competência judiciária; e) de “nomination pour ordre”, ou seja atos de nomeação que se destinam, na verdade, não a prover determinado cargo público mas a permitir que o interessado obtenha benefícios pessoais com tal nomeação, por lhe ensejar acesso a outra posição ou a outras vantagens<sup>51</sup>; f) que ignoram o limite de idade para a permanência no serviço público e mantêm o funcionário no cargo.

Tais atos inexistentes não criam jamais direitos subjetivos, sendo, pois, revogáveis a qualquer tempo, do mesmo modo que, também a qualquer tempo, podem ter sua inexistência declarada.

Cumpra assinalar, entretanto, que os chamados atos administrativos inexistentes são excepcionalíssimos, sendo muito raramente utilizados os recursos processuais tendentes à declaração de sua inexistência<sup>52</sup>.

36. A resultados práticos semelhantes, mas trilhando outros caminhos e adotando outros pressupostos teóricos, chegou o Direito Administrativo alemão. A Lei do Processo Administrativo, de 1976, consigna, no art. 44, alínea I a, uma cláusula geral, a propósito do ato administrativo nulo (nichtig), assim entendido o viciado

50 Droit Administratif Général. Paris: Montchrestien, 1993. v. I, p.807.

51 CHAPUS, René. Droit Administratif Général., Paris: Montchrestien, 1997. v.2, p.188 e ss. Assim, por exemplo, quando o funcionário é nomeado ou designado para determinada função só para permitir que ele seja cedido para outra, onde auferirá vantagens em seu próprio benefício, sem que haja interesse do serviço público. Corresponderia, entre nós, digamos, à nomeação de funcionário para o cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas, só para que ele pudesse aposentar-se nessa posição, o que já aconteceu no passado, quando não havia exigência de prazo mínimo de exercício do cargo.

52 CHAPUS, op. cit. v. I, p.628.

por falha grave e manifesta à luz de correta apreciação de todas as circunstâncias que deveriam ter sido tomadas em consideração<sup>53</sup>. No mesmo art. 44, entretanto, existem duas outras alíneas, que completam o sistema legal germânico de nulidades, no Direito Administrativo. Na alínea 2ª há um elenco de atos administrativos reputados nulos, mesmo sem que se implementem os pressupostos previstos na alínea 1ª<sup>54</sup>. Por outro lado, na alínea 3ª, há um rol de atos administrativos que são tidos como válidos, apesar de apresentarem irregularidades<sup>55</sup>. Assim, havendo dúvida quanto à nulidade de determinado ato administrativo, deverá o intérprete cotejá-lo com as listas das alíneas 2ª (rol positivo) e 3ª (rol negativo) do art. 44 e, não estando ele em nenhuma delas, só então poderá ter aplicação a cláusula geral da alínea 1ª, da invalidade grave e manifesta<sup>56</sup>.

37. A doutrina e a jurisprudência germânicas aludem, nessa hipótese, à “Teoria da Evidência”, o que significa dizer que sendo manifesto e grave o vício que macula o ato administrativo não será invocável o princípio da proteção à confiança, em razão do qual se mantém o ato administrativo, apesar dos seus defeitos, uma vez expirado o prazo para sua invalidação, que é de um ano (parágrafo 48, alínea 4ª, da Lei de Processo Administrativo).

O critério da evidência não é, porém, muito preciso. Evidente para quem? Para o jurista? Para qualquer um do povo? O standard geralmente admitido é o da pessoa atenta e de bom senso. Mas a dificuldade também não pára aí: o que se deverá entender por vício grave? Tem-se afirmado que será o vício formal ou substancial absolutamente inconciliável com a ordem jurídica. Mas, já se disse, a gravidade, per se, não é suficiente para conduzir à nulidade. Deverá estar associada à evidência. Assim, o ato contrário à Constituição ou violador de direito fundamental não é, só por essas razões, nulo. Nesse sentido é que se manifestam os reputados comentaristas da Lei de Processo Administrativo, Stelkens, Bonk e Sachs, ao sustentarem, com apoio na jurisprudência germânica, que, por si só, a hostilidade a um importante preceito jurídico, até mesmo

53 É o que dispõe a alínea 18 do art. 44 da Lei de Processo Administrativo: “Ein Verwaltungsakt ist nichtig, soweit er an einem besondersschwerwiegenden Fehler leidet und dies bei verständiger Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände offenkundig ist”.

54 As hipóteses que, mesmo não caracterizada a evidência, implicam a nulidade do ato administrativo são as seguintes: 1. impossibilidade de identificação da autoridade que emitiu o documento; 2. inobservância da regra de forma que prevê a emissão de um documento; 3. violação da competência territorial prevista no §3º, alínea 18, n.1 da Lei de Processo Administrativo (p.ex.: licença para construir exarada por autoridade de município diverso daquele onde se situa o imóvel); 4. impossibilidade de fato (p.ex. ordem de demolição de imóvel já demolido); 5. imposição de prática de ato que tipifica ilícito penal (crime ou contravenção); 6. contrariedade aos bons costumes. (STELKENS, BONK E SACHS. *Verwaltungsverfahrensgesetz*, München: C.H.Beck, 1993. p. 959 e seg.; especialmente p.978; e seg.; MAURER, op. cit., p.252 e seg., com relação aos exemplos, p.263; ERICHSEN, op.cit, p.291; WOLFF, BACHOF E STOBER. *Verwaltungsrecht I*. München: C.H.Beck, 1994. p.698 e segs.).

55 Não acarretam a nulidade do ato administrativo: 1. outros vícios relacionados com a competência territorial; 2. a participação, na sua elaboração, de pessoas excluídas pela lei dessa participação; 3.falta de cooperação, exigida em lei, de uma outra autoridade.

56 ERICHSEN, op. cit.,p.292, dá alguns exemplos de atos administrativos nulos, pela aplicação da cláusula geral do § 44, tirados da jurisprudência, entre eles este de impossibilidade jurídica: ato de aposentadoria no serviço público de quem não era servidor público.

a uma norma constitucional como a do art. 20, § 3º da

Lei Fundamental, ou a um direito fundamental, não leva à nulidade. A contrariedade deve ir além da equivocada interpretação e ser insuportável para o ordenamento jurídico, desse modo ferido no mais alto grau, a tal ponto que ninguém seria capaz de reconhecer força vinculativa ao ato administrativo assim exarado<sup>57</sup>.

Do complicado sistema de nulidades, atualmente vigente no direito alemão, a conclusão que se tira, em síntese apertada, é a de que os atos administrativos nulos, na forma do art. 44 da Lei de Processo Administrativo, à semelhança do que ocorre com os atos administrativos inexistentes, no direito francês, situam-se na área mais profunda e obscura da patologia jurídica, compreendendo um número reduzido de casos e situações excepcionais, que poderíamos até mesmo chamar de teratológicas. É por isso que não se beneficiam do princípio da segurança jurídica, nem das regras sobre decadência do direito da Administração Pública de invalidá-los, prevalecendo sempre, quanto a eles, o princípio da legalidade. Nos demais casos - que são a regra - os atos administrativos viciados de ilegalidade, enquanto não forem desconstituídos, continuarão a produzir efeitos jurídicos, estando o direito à invalidação, de que é titular a Administração Pública, sujeito às regras sobre decadência.

38. Padrões não muito diferentes desses que vigoram no direito francês e alemão, e que sucintamente descrevemos, imperam igualmente no direito italiano. Também lá a nulidade dos atos administrativos ou dos provvedimenti amministrativi<sup>58</sup>, é excepcional e comumente identificada, como na França, com a inexistência. Sandulli arrola diversas hipóteses de inexistência, decorrentes, por exemplo, da indeterminação do conteúdo do ato (v. gr., ato de autorização que não precisa, de modo suficiente, o que se está autorizando), da impossibilidade do objeto (v. gr., delegação a particular de competência que só pode ser exercida por entidade pública) ou da licitude do objeto (v. gr. ordem de submeter um detento a tortura), de incompetência absoluta do agente (v. gr. invasão de agente administrativo na competência do Poder Legislativo ou do Poder Judiciário)<sup>59</sup>. Esses atos subordinam-se ao mesmo regime dos atos nulos no Direito Civil: não produzem qualquer efeito; pode sua invalidade ser argüida, a qualquer tempo, por qualquer pessoa ou ser pronunciada de ofício pelo juiz, o que importa também afirmar que a eles não se aplicam as normas sobre prescrição ou decadência. Todos os demais atos ilegítimos, porque contrários à lei, são meramente anuláveis.

39. O direito comunitário europeu acolheu, sincreticamente, as contribuições das nações da União Européia, em matéria de invalidade dos atos administrativos, como se verifica de algumas decisões do Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, especialmente da proferida a 27 de fevereiro de 1992, em caso em que eram interes-

57 Op. cit., p.980

58 Sobre a distinção entre alto e provvedimenti amministrativi, vd. GALLI, Rocco. Corso di Diritto Amministrativo. Padova: Cedam, 1994. p.458 e segs.

59 Manuale di Diritto Amministrativo. Napoli: Jovene, 1974. p.466. Veja-se, também, CARINGELLA, DELPINO E GIUDICE. Diritto Amministrativo. Napoli: Simone, 2002. p.531 e seg.

sados BASF AG e Outros.

Naquela decisão a Corte assim se pronunciou : “o juiz comunitário, inspirando-se em princípios estabelecidos pelos ordenamentos jurídicos nacionais, declara inexistentes os atos afetados por vícios particularmente graves e evidentes (sobre a noção de inexistência jurídica dos atos comunitários vejam-se as sentenças de 10 de dezembro de 1957, *Société des Usines à tubes de la Sarre/Haute Autorité*, 1/57 e 14/57, Rec. P. 201; 21 de fevereiro de 1974 *Kostner e.a./Conseil*, 15/73, Rec. p. 177; 26 de fevereiro de 1987, *Consorzio Cooperative d’Abruzzo/Commission*, 15/85, Rec., p.1005; 30 de junho de 1988, *Commission/ République Hélienique*, 226/87, Rec., p. 3611, e 27 de junho de 1991, *Valverde Mordt/Cour de Justice*, 156/1989, não publicada no *Recueil*). É matéria de ordem pública e como tal pode ser incondicionalmente invocada pelas partes e deve ser pronunciada de ofício pelo juiz”<sup>60</sup>.

É irrecusável, portanto, nos países europeus de tradição jurídica semelhante à nossa, que fortes correntes paralelas na evolução dos respectivos sistemas de Direito Administrativo, partindo de pontos distintos acabaram por encontrar soluções muito parecidas, desse modo convergindo para a construção de uma teoria comum das invalidades dos atos administrativos, que atualmente se reflete nas decisões do Tribunal de Justiça da Comunidade Européia.

40. Não me parece despropositado procurar trazer para o Direito brasileiro algumas das concepções básicas que informam - creio que já se possa dizer assim - o sistema europeu ou a teoria européia das invalidades dos atos administrativos e que é, ao fim e ao cabo, de surpreendente simplicidade. Podemos sintetizá-la nos seguintes termos:

#### a) Atos administrativos nulos

a.1 - Redução das hipóteses de nulidade dos atos administrativos aos casos patológicos exacerbados, consistentes em vícios gravíssimos, grosseiros, manifestos e evidentes, independentemente da hierarquia da norma violada, se da Constituição ou da legislação ordinária.

a.2 - Só estas invalidades podem ser decretadas de ofício pelo juiz. O direito dos interessados a postular a decretação da nulidade não está sujeito à decadência, podendo a Administração decretá-la, portanto, a qualquer tempo, no exercício da autotutela.

#### a.3 - Os atos maculados por nulidade situam-se no limite com a inexistência e

<sup>60</sup>Alejandro Nieto, no *Estúdio Preliminar* que escreveu à guisa de prefácio ao livro de ROJO, Margarita Beladiez. *Validez y Eficácia de los Actos Administrativos*. Madrid: Marcial Pons, 1994. p. 14. Logo a seguir, p. 15, o mesmo autor transcreve trecho de Informação do Advogado Geral Jean Mischo, que é particularmente elucidativo: “Deduz-se de um estudo comparativo que a maioria dos Direitos dos Estados membros conhecem hipóteses nas quais o ato irregular, pelo fato da gravidade do vício de que padece, considera-se que não surte nenhum efeito jurídico, nem mesmo provisional, de maneira que nem seu destinatário nem seu autor devem respeitá-lo, inclusive sem que seja necessária uma intervenção prévia do juiz. Para determinados Direitos semelhantes atos são inexistentes, para outros são nulos de pleno direito. Todos esses Direitos reservaram a hipótese pura e simples de um ato semelhante aos casos excepcionais de uma irregularidade tão grosseira e evidente que os vícios de que padecem saltam imediatamente à vista. Semelhante irregularidade flagrante parece que se dá essencialmente em casos extremos, como a usurpação manifesta de funções, a ausência de qualquer assinatura, o caráter irreal incerto ou ilícito do objeto do ato que supera em muito a irregularidade formal procedente de uma avaliação errônea dos fatos ou de uma ignorância da lei”.

não produzem qualquer efeito desde sua origem.

b) Atos administrativos anuláveis

b.1 - Todos os demais atos administrativos viciados de ilegalidade ou de inconstitucionalidade são anuláveis.

b.2 - Os direitos e as pretensões relacionados com os atos anuláveis estão sujeitos às regras sobre decadência e prescrição e tais atos não podem ser anulados de ofício pelo juiz.

b.3 - Enquanto não anulados, os atos administrativos produzem efeitos.

41. Creio, também, que a esses resultado se pudesse chegar por uma interpretação estrita e rigorosa das hipóteses de nulidade referidas no art. 2º da Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65), de tal sorte que só nos casos extremos de cada uma das hipóteses ali enumeradas é que se caracterizaria a nulidade.

Quanto aos atos que não chegaram a se constituir como atos jurídicos, pela ausência de elemento essencial exigido pelo ordenamento jurídico, por imperativos lógicos insuperáveis deverão continuar a ser considerados como atos administrativos inexistentes; atos que ficaram fora do mundo jurídicos e que, por essa razão, não se confundem com atos administrativos nulos ou anuláveis. Nulidade e anulabilidade são juízos de valor, que supõem, necessariamente, a existência. A distinção que, no campo processual, se estabelece entre atos inexistentes juridicamente e atos inválidos, é que, no concernente aos primeiros, a sentença que reconhece não terem eles ingressado no mundo jurídico é meramente declaratória, enquanto que a sentença que pronuncia a nulidade é constitutiva-negativa.

Em muitos casos, porém, é tão tênue o fio que serve de fronteira entre a inexistência e a nulidade, que é muito difícil estabelecer se uma ou outra se teria verificado. Pense-se, por exemplo, no ato administrativo de nomeação de servidor público assinado por agente subalterno de Ministério, ou de autorização de funcionamento de casa de prostituição infantil, ou de aposentadoria, como servidor público, de quem não era servidor público. Uma vez, porém, que as conseqüências práticas do tratamento de um ato como inexistente juridicamente ou como ato administrativo nulo não diferem substancialmente, tal distinção é despida de interesse operativo, muito embora seja importante e ineliminável no plano lógico, e, como vimos, também no plano processual.

42. Haverá, entretanto, numerosíssimas outras hipóteses de atos administrativos em que a mancha de ilegalidade não esteja marcada com tanta intensidade e não seja igualmente tão manifesta e evidente, embora se enquadrem em alguma das categorias genéricas previstas no art. 2º da Lei da Ação Popular. Esses atos seriam tidos como meramente anuláveis.

c) Atos administrativos favoráveis - A decadência do direito da Administração

Pública de anular atos administrativos viciados de ilegalidade refere-se, exclusivamente, a «atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários», como está expressamente consignado no art. 54 da Lei nº 9.784/99. Os atos administrativos desfavoráveis ou restritivos podem, em princípio, ser anulados a qualquer tempo.

43. Entre as muitas classificações dos atos administrativos há a que os distingue pelo caráter positivo ou negativo dos efeitos que produzem para os seus destinatários. Quando o ato administrativo gera ou reconhece direitos, poderes, faculdades ou vantagem juridicamente relevante<sup>61</sup> ou ainda elimina deveres, obrigações, encargos ou limitações a direitos dos destinatários, dilatando seu patrimônio ou sua esfera jurídica, é ele qualificado como ato administrativo favorável, benéfico ou ampliativo, em oposição aos atos administrativos desfavoráveis, onerosos ou restritivos, que criam deveres, obrigações, encargos, limitações ou restrições para as pessoas a que se endereçam.

44. Essa distinção, que é originária do direito alemão (*Begünstigende und nicht begünstigende oder belastende Verwaltungsakte*<sup>62</sup>), nasceu e ganhou importância no Estado Social de Direito ou no Estado Providência, em razão do imenso desenvolvimento que nele teve a assim chamada “Administração Prestacional” (*Leistungsverwaltung*) - que é aquela que concede benefícios e vantagens aos indivíduos - a ponto de deixar em segundo plano a Administração Pública tradicional, a “Administração Coercitiva” (*Eingriffsverwaltung*) incumbida de impor deveres e obrigações, mediante formas unilaterais e imperativas de atuação.

45. No entanto, os efeitos do ato administrativo, vistos pela perspectiva dos destinatários, não são só positivos ou só negativos. Por vezes eles têm eficácia mista<sup>63</sup>, sendo em parte favoráveis e em parte desfavoráveis. Tal é o que acontece, por exemplo, quando uma autorização é concedida mediante o pagamento de determinada taxa ou quando pedido do interessado é atendido apenas em parte. Por outro lado, no mundo moderno, freqüentemente o ato administrativo que beneficia determinada pessoa é desfavorável a outra ou a outras pessoas. É muito comum que o deferimento de um pedido de vantagem implique o indeferimento de outros pedidos análogos.

Para fins, porém, de revogação ou de anulação de ato administrativo a autoridade competente levará em conta apenas o aspecto positivo do ato administrativo, mesmo quando ele não puder ser separado do aspecto negativo<sup>64</sup>.

46. Há situações, ainda, em que um ato desfavorável é substituído por outro, também desfavorável, mas mais brando do que o anterior. Nesse caso se tem entendido

61 A Lei de Processo Administrativo alemã, no seu §48, 1.2, define o ato favorável como sendo aquele que cria ou reconhece um direito ou uma vantagem juridicamente relevante, *vd infra*, nota 74

62 Veja-se MAURER, *op. cit.*, p.207-208; ERICHSEN em ERICHSEN et alii. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. Berlin: De Gruyter, 1995. p.298 e seg.

63 V. ERICHSEN, *op. cit.*, p.299.

64 STELKEN, BONK E SACHS, *op. cit.*; p.1079. ERICHSEN dá como exemplo de eficácia mista inseparável o de uma licença para construir que só em parte atende ao pedido do interessado (*Op. cit.*, p.300).

que o segundo ato, se comparado com o primeiro, deu causa a efeitos favoráveis ao destinatário, o que colocaria o ato administrativo, portanto, no campo de abrangência do art. 54 da Lei nº 9.784/99<sup>65</sup>. É óbvio, também, que se classifica como ato administrativo desfavorável o que revoga ou anula ato administrativo favorável.

Se o ato administrativo gerou direito subjetivo para alguém ou qualquer outra vantagem juridicamente relevante, não poderá mais ser revogado, ainda que seja desfavorável a outrem. Do mesmo modo, bastará que o ato administrativo seja favorável para o destinatário imediato para sujeitar sua anulação, quando ilegal, ao prazo decadencial do art. 54 da Lei no.9.784/99.

### Boa fé

47. A regra do art.54 da Lei nº 9.784/99, por traduzir, no plano da legislação ordinária, o princípio constitucional da segurança jurídica, entendida como proteção à confiança, tem como pressuposto a boa fé dos destinatários. A decadência do direito da Administração à anulação não se consuma se houver má fé dos destinatários.

Não está em questão a má fé da Administração Pública ou da autoridade administrativa. Assim, mesmo existente esta, se os destinatários do ato administrativo estavam de boa fé e houve o transcurso do prazo quinquenal sem que o Poder Público houvesse providenciado na anulação do ato administrativo ilegal, configuraram-se todos os requisitos para a incidência e aplicação do art. 54, perecendo, pela decadência, o direito à anulação.

O preceito não exige que «a confiança do destinatário seja digna de proteção», o que se comprovaria por atos concretos por ele realizados (p.ex, «haver consumido a prestação recebida ou ter efetuado disposição patrimonial cujo desfazimento não fosse mais possível ou que implicasse desvantagem não razoável), como determina o § 48, (2) da Lei de Processo Administrativo alemã<sup>66</sup>.

48. A boa fé, a que alude o preceito, quer significar que o destinatário não tenha contribuído, com sua conduta, para a prática do ato administrativo ilegal. A doutrina alemã, neste ponto, fala numa «área de responsabilidade» (Verantwortungsbereich) do destinatário<sup>67</sup>. Seria incoerente proteger a confiança de alguém que, intencionalmente, mediante dolo, coação ou suborno, ou mesmo por haver fornecido dados importantes falsos, inexatos ou incompletos, determinou ou influenciou na edição de ato administrativo

65 Observa Javier Garcia Luengo que “na doutrina alemã se entende... que a proteção da confiança cabe também com relação aos atos ‘desfavoráveis’, naquelas hipóteses em que a Administração pretende retirar um ato restritivo, substituindo-o por outro ainda mais restritivo...” (op. cit. p. 288).

66 Curiosamente, a jurisprudência do STF introduziu no direito brasileiro essa linha do pensamento jurídico germânico no que concerne às licenças para construir, só reconhecendo a existência de direito subjetivo quando o destinatário tivesse iniciado as obras (Ins-Werk-setzen) e houvesse concluído as fundações. O leading case nessa matéria foi o acórdão proferido pela 2ª Turma, no Recurso Extraordinário nº 85.002, de São Paulo, de que foi relator o Ministro Moreira Alves. (RDA 130/252).

67 Cf. STELKENS, BONK E SACHS, op. cit., p. 1062.)

em seu próprio benefício.

49. Questão complexa é a que diz com o conhecimento da ilegalidade do ato administrativo pelo destinatário, ou seu desconhecimento, por grave negligência (infolge grober Fahrlissigkeit), que, no direito alemão, é excludente da aplicação do princípio da proteção à confiança<sup>68</sup>.

Desde logo não se pode esquecer que a proteção da confiança do destinatário, no tocante aos atos administrativos, resulta da presunção de legalidade de que esses atos gozam. É a Administração Pública que tem o dever de exarar atos administrativos que estejam em plena conformidade com as leis e com a Constituição.

De outra parte, é muito comum que os atos administrativos contemplem um grande número de beneficiários, como freqüentemente ocorre, por exemplo, nas relações com servidores públicos. Os destinatários, nesses casos, têm, de regra, níveis diferenciados de conhecimento e de informação. Assim, conquanto alguns pudessem ter dúvidas quanto à legalidade das medidas que os favoreciam, outros estariam convencidos de que as medidas seriam legítimas, tomando-se muito difícil, se não impossível, determinar quem teria conhecimento da ilegalidade e quem não teria; quem desconheceria a ilegalidade por negligência grave e quem, apesar de diligente, dela não tomara conhecimento. Como se percebe, análises dessa espécie dariam margem a juízos altamente subjetivos e a tratamentos desiguais, baseados nesses mesmos juízos, o que facilmente poderia escorregar para a arbitrariedade.

Além disso, até nas situações individuais em que o número de beneficiários fosse restrito ou se reduzisse a uma única pessoa, será forçoso admitir que eventuais dúvidas sobre a legalidade iriam gradativamente perdendo relevo, à medida que o tempo fosse passando, sendo a pouco e pouco suplantadas, desse modo, pela crescente e sempre mais robustecida confiança na legalidade do ato administrativo.

50. Os precedentes apontam nesse sentido. A jurisprudência de nossos tribunais, como se viu, tem mantido situações ilegais, assim reconhecidas pela Administração Pública, mas que ficaram provisoriamente sustentadas por liminares concedidas pelo Poder Judiciário, mesmo quando a decisão final, proferida após o transcurso de largo lapso de tempo, foi desfavorável ao interessado. Igualmente, nos abundantes casos de alunos de estabelecimentos de ensino superior que, só após volvidos anos da conclusão dos cursos e da expedição do respectivo diploma, verificou-se a existência de falhas em seus currículos ( p. ex., falta de disciplinas que deveriam ter sido cursadas), nunca se questionou se essas pessoas tinham conhecimento de tais irregularidades ou as desconheciam por grave negligência. Isso, portanto, sempre pareceu irrelevante.

51. Aliás, tais perquirições sobre o conhecimento da ilegalidade são também desconhecidas no direito francês, onde a investigação da boa fé do destinatário, para efeito da aplicação ou não do prazo decadencial de sessenta dias, se esgota na apuração da existência de manobras fraudulentas do interessado na obtenção do ato administra-

<sup>68</sup> Esta hipótese está prevista no § 48 (2).3, da Lei de Processo Administrativo alemã.

tivo que o beneficiou<sup>69</sup>.

### O prazo decadencial

52. O prazo decadencial previsto no art. 54 da Lei nº 9.784/99 é de cinco anos contados da data em que foram praticados. A data do ato comprova-se, geralmente, pelo meio utilizado para sua comunicação aos interessados (publicação oficial e outras formas previstas no art. 26, § 3º da Lei nº 9.784/99). Em caso de dúvida ou de discrepância entre a data do ato e a da sua comunicação, há de prevalecer a data do ato, pois assim determina a lei. Como prazo decadencial que é, não é suscetível de suspensão ou de interrupção (C.Civ., art. 207).

Estatui o § todo art. 54 que, “no caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á do primeiro pagamento”. Vencimentos e demais vantagens remuneratórias de servidor público, proventos de aposentadoria, pensões, são prestações que se repetem no tempo, assim como sucede também, por vezes, com as subvenções. O primeiro pagamento, nessas hipóteses, marca o início do prazo decadencial.

53. Houve, no passado, no Brasil, discussão sobre qual deveria ser o prazo de decadência do direito da Administração Pública de invalidar seus próprios atos administrativos. José Frederico Marques chegou a propor que esse prazo fosse o mesmo do mandado de segurança, como lembra Miguel Reale no seu livro *Revogação e Anulamento dos Atos Administrativos*<sup>70</sup>. O ilustre processualista paulista pretendia, assim, adaptar ao direito brasileiro, a solução adotada no direito francês, a partir da decisão do Conselho de Estado, no *affaire Dame Cachet*, de 1922, a qual fixou o entendimento de que a Administração Pública poderia anular seus atos administrativos ilegais no mesmo prazo estabelecido para a interposição do «recurso por excesso de poder», o qual, grosso modo, pode-se dizer que tem alguma correspondência com o nosso mandado de segurança<sup>71</sup>.

69 C.E. 17 de março de 1976, Todeschini. Rec.157;C.E.17 de junho de 1955, Silberstein, Rec. 334; 12 de dezembro de 1986, Thshibangu, Rec. 279 -cf. LONG et alii. Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative. Paris: Sirey, 1993. p.224 e 226 (observações ao *affaire Dame Cachet*).

70 Rio de Janeiro: Forense, 1968. p.87. Em outra passagem, acentua Reale: “Escreve com acerto José Frederico Marques que a subordinação do exercício do poder anulatório a uma prazo razoável pode ser considerado requisito implícito no princípio do *due process of law*. Tal princípio, em verdade, não é válido apenas no sistema do direito norte-americano, no qual é uma das peças basilares, mas é extensível a todos os ordenamentos jurídicos, visto como corresponde a uma tripla exigência, de regularidade normativa, de economia de meios e formas e de adequação à realidade fática. Não obstante a falta de termo que em nossa linguagem rigorosamente lhe corresponda, poderíamos traduzir *due process of law* por devida atualização do direito, ficando entendido que haverá infração desse ditame fundamental toda vez que, na prática do ato administrativo, for preterido algum dos momentos essenciais à sua ocorrência; forem destruídas, sem motivo plausível, situações de fato, cuja continuidade seja economicamente aconselhável, ou se a decisão não corresponder ao complexo de notas distintivas da realidade social, tipicamente configurada em lei. Assim sendo, se a decretação de nulidade é feita tardiamente, quando a inércia da Administração já permitiu se constituírem situações de fato revesti das de forte aparência de legalidade, a ponto de fazer gerar nos espíritos a convicção de sua legitimidade, seria deveras absurdo que, a pretexto da eminência do Estado, se concedesse às autoridades um poder-dever indefinido de autotutela” (p.85- 86).

71 Solução análoga adotou o direito português, no art. 141 do seu Código do Procedimento Administrativo: “Os actos administrativos que sejam inválidos só podem ser revogados com fundamento na sua invalidade e dentro do prazo do respectivo recurso contencioso ou até a resposta da entidade recorrida”.

## Princípios da Segurança...

A realidade brasileira não recomendaria, entretanto, que se adotasse prazo decadencial de cento e vinte dias, que seria ainda muito curto. O prazo de cinco anos, estabelecido pelo art. 54 da Lei nº 9.784/99, está em harmonia com outros prazos, prescricionais ou decadenciais, instituídos em nosso ordenamento jurídico. É de cinco anos o prazo para a propositura da ação popular, prazo este que é decadencial, embora o art. 21 da Lei nº 4.717/65 (Lei da Ação Popular) declare que «a ação prevista nesta lei prescreve em cinco anos». Tal prazo flui inapelavelmente, não sendo suscetível de interrupção ou de suspensão, do mesmo modo como sucede com o prazo para a impetração de mandado de segurança. Também é de cinco anos o prazo para propositura de ação de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92, art.23), igualmente de natureza decadencial e igualmente imune, pois, à interrupção ou à suspensão. O prazo geral de prescrição de pretensões contra a Fazenda Pública é de cinco anos (Decreto nº 20.910/32). São de cinco anos os prazos, decadenciais ou prescricionais, previstos nos arts. 168, 173 e 174 do Código Tributário Nacional<sup>72</sup>.

Parece-nos, por outro lado, que a solução do legislador brasileiro foi mais feliz do que a estabelecida pelo direito francês, onde o prazo de dois meses é exageradamente exíguo, ou pelo direito alemão, pois o § 48 da Lei de Processo Administrativo - que instituiu, para determinadas hipóteses, o prazo decadencial de um ano, para o exercício do direito à anulação -, em virtude de sua complicada redação e com os inúmeros problemas daí resultantes<sup>73</sup>, acabou por não atingir eficientemente o fim buscado de assegurar a estabilidade das relações jurídicas e a paz social<sup>74</sup>.

72 Confira-se, sobre prazos prescricionais ou decadenciais no Direito Público, BARROSO, Luis Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.506 e segs.

73 Veja-se, a propósito, MAURER, op. cit., p.288 e seg.

74 O § 48 tem este enunciado:“(1) O ato administrativo contrário ao Direito, mesmo após tornar-se inimpugnável (Unanfechtbar), pode ser anulado, total ou parcialmente, com eficácia para o futuro ou para o passado. O ato administrativo, constitutivo de direito ou de vantagem juridicamente relevante (ato administrativo favorável ou benéfico) só pode ser anulado com as restrições das alíneas 2 a 4. (2) O ato administrativo que institui ou é pressuposto de uma única ou de duradoura prestação pecuniária ou de prestação material divisível, não pode ser anulado quando o favorecido confiou na permanência do ato administrativo e sua confiança, ponderada com o interesse público na anulação, for digna de proteção. A confiança é, via de regra, digna de proteção quando o favorecido consumiu a prestação ou a aplicou em disposição patrimonial a qual ele não poderá mais desfazer, ou cujo desfazimento implique desvantagem que não seria razoável. O favorecido não pode invocar a confiança quando: 1. conseguiu, mediante artifício doloso, coação ou suborno, que o ato administrativo fosse exarado; 2. deu causa ao ato administrativo em razão de informações que, em aspectos substanciais, eram incorretas ou incompletas; 3. conhecia a contrariedade do ato administrativo ao Direito ou não poderia, sem culpa grave, desconhecê-la. Nos casos do inciso 3, a anulação tem, de regra, efeito retroativo. As prestações já pagas devem ser ressarcidas. Para a determinação do montante do ressarcimento aplicam-se as disposições do Código Civil pertinentes à restituição, no enriquecimento injustificado. O obrigado à restituição pela ocorrência dos pressupostos do inciso 3 não pode invocar a ausência de enriquecimento, uma vez que as circunstâncias que fundamentavam a contrariedade do ato administrativo ao Direito eram por ele conhecidas ou, por culpa grave, as desconhecia. A prestação a ser restituída deve ser fixada pela Administração juntamente com a anulação do ato administrativo. (3) Na hipótese de anulação de um ato administrativo contrário ao Direito, que não esteja compreendido na alínea 2, deverá a Administração indenizar o destinatário, a requerimento deste, pelo prejuízo sofrido, uma vez que ele confiou na manutenção do ato administrativo, desde que sua confiança, ponderada com o interesse público, seja digna de proteção. Dever-se-á aplicar a alínea 2 inciso 3. O valor do prejuízo a ser indenizado não poderá ser maior do que o valor do interesse que o destinatário tinha na manutenção do ato administrativo. O valor da indenização será fixado pela Administração. A pretensão (ao ressarcimento) só poderá ser exerci da dentro do prazo de um ano; o prazo se inicia com a comunicação feita pela Administração ao destinatário. (4) Tomando a Administração ciência de fatos que justifiquem a

## Atos de exercício do direito de anular impeditivos da decadência

54. Declara o § 2º do art. 54 da Lei nº 9.784/99: “Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato”. Por outro lado, o art. 1º, § 2º, III da mesma lei define “autoridade” como sendo “o servidor ou agente público dotado de poder de decisão”. Portanto, só ato de quem esteja investido do poder de decidir sobre a anulação do ato administrativo em causa é que impede que se opere a decadência, seja ela a própria autoridade que exarou o ato administrativo, seja autoridade hierarquicamente superior ou a quem tenha sido legalmente atribuída competência para revisar, em função de controle, a legalidade do ato administrativo. Desse modo, opiniões manifestadas em atos preparatórios, como pareceres e informações, não têm o condão de atingir esse resultado, a menos que aprovados por autoridade, no sentido que acabamos de expor.

A decadência aplica-se retroativamente ou, para o passado, incide apenas o princípio constitucional da segurança jurídica?

55. A regra do art. 54 da Lei nº 9784/99, como normalmente acontece com as regras jurídicas, tem, por certo, vocação prospectiva, isto é, sua aplicação visa ao futuro e não ao passado. Quer isso dizer, portanto, que o prazo de cinco anos fixado naquele preceito, tem seu termo inicial na data em que a Lei nº 9.784/99 começou a vigor, até porque a atribuição de eficácia retroativa à norma legal instituidora do prazo de decadência muito possivelmente atingiria situações protegidas pela garantia constitucional dos direitos adquiridos.

Entretanto, a vigência do princípio constitucional da segurança jurídica é bem anterior à Lei nº 9.784/99 e é ele que toma compatível com a Constituição o art. 54 daquele mesmo diploma, quando confrontado com o princípio da legalidade. Na verdade, se inexistisse, como princípio constitucional, o princípio da segurança jurídica, não haveria como justificar, em face do princípio da legalidade, a constitucionalidade do art. 54 da Lei nº 9.784/99, valendo o mesmo raciocínio para as demais regras de decadência ou de prescrição existentes em nosso ordenamento jurídico.

Bem se vê, portanto, que as situações que se constituíram anteriormente à entrada em vigor do art. 54 da Lei nº 9.784/99, devem ser solucionadas à luz do princípio da segurança jurídica, entendido como princípio da proteção à confiança, ponderado juntamente com o princípio da legalidade, exatamente como procedeu o STF no MS

---

anulação de ato administrativo contrário ao Direito, a anulação só será admissível no prazo de um ano, a contar da data da ciência. Isso não se aplica às hipóteses da alínea 2, inciso 3, nº 1. (5) Após a inimpugnabilidade do ato administrativo, decidirá sobre a anulação a autoridade que, segundo o § 3º, for competente. Isto também se aplica quando o ato administrativo for exarado por outra autoridade. (6) Para controvérsias sobre prestações a serem restituídas, conforme a alínea 2, ou sobre a indenização de danos, segundo a alínea 3, a via jurídica é a do contencioso administrativo (Verwaltungsrechtsweg), desde que não se trate de indenização por intervenção equiparada à desapropriação”.

22357/DF. Anteriormente à Lei nº 9.784/99, para os que não reconheciam a existência de prazo prescricional de cinco anos (que, em alguns casos era decadencial, como sucedia, por exemplo, com o direito à invalidação de ato administrativo), para as pretensões ou direitos do Poder Público contra os particulares<sup>75</sup>, ficava ao prudente arbítrio do julgador ou do aplicador do direito determinar, diante das peculiaridades do caso concreto, qual a extensão do prazo, após o qual, não ocorrendo a má fé dos destinatários do ato administrativo, ficaria a Administração Pública inibida de anulá-lo, para, desse modo, assegurar a estabilidade das relações jurídicas com base no princípio da segurança jurídica. Para essas situações, o art. 54 da Lei nº 9.784/99 deu a medida do que seria «prazo razoável» para influir no juízo de precedência do princípio da segurança jurídica sobre o da legalidade, no cotejo ou no balancing test entre esses dois princípios, em face da prolongada inação da Administração Pública no que diz com o exercício do seu poder -(que para nós é um poder-dever) -de autotutela.

56. Entenda-se bem: não se está postulando a atribuição de eficácia retroativa ao prazo do art. 54 da Lei de Processo Administrativo da União. O que estamos afirmando é que essa lei, ao instituir prazo de decadência do direito à invalidação, em regra inspirada no princípio da segurança jurídica, introduziu no nosso sistema jurídico parâmetro indicador do lapso de tempo que, associado a outras circunstâncias, como a boa fé dos destinatários do ato administrativo, estaria a recomendar, após o seu transcurso, a manutenção do ato administrativo inválido.

Contudo, nas hipóteses anteriores ao início da vigência do art. 54 da Lei nº 9.784/99, diante do caso concreto, da situação fática objetivamente considerada e da ponderação dos princípios da legalidade e da proteção à confiança poderá o aplicador desses princípios entender que, malgrado o transcurso de cinco anos, não seria a confiança do destinatário digna de proteção, em virtude da intercorrência de outros fatores, que não se relacionam com a boa fé dos destinatários mas sim, digamos, com o interesse social ou com a relevância de valores jurídicos feridos, entendendo, em conclusão, que o princípio a ser aplicado seria o da legalidade e não o da segurança jurídica.

Cogitando-se, porém, da aplicação do art. 54 da Lei nº 9.784/99, já se viu que não há essa ponderação de princípios (que já foi feita pelo legislador), incumbindo ao aplicador tão somente subsumir a situação fática na regra jurídica - ou o suporte fático real no suporte fático legal - tirando daí a consequência jurídica, que será a ocorrência, ou não, da decadência do direito à invalidação.

Aliás, é assim que se procede em outros países, onde - diferentemente do que se passa na França, na Alemanha, em Portugal e, agora, no Brasil - o ordenamento jurídico

<sup>75</sup> Hoje pode-se dizer que a maioria dos autores de Direito Administrativo sustenta que é quinquenal o prazo de prescrição, ou de decadência, das pretensões ou direitos também do Poder Público contra os particulares, com base em interpretação do Decreto-Lei nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932 ou na legislação posterior, de direito público que, de regra, tem fixado o prazo de cinco anos para o exercício de pretensões ou direitos do Estado contra os indivíduos. É nesse sentido que se manifestam Celso Antônio Bandeira de Mello (op. cit., p.889 e segs.), Maria Sylvania Zanella Di Pietro (op. cit., p.610), Diógenes Gasparini (op. cit., p. 105).

não tem norma que fixe prazo de decadência do direito da Administração Pública de anular seus próprios atos.

57. Na aplicação, porém, do princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) e não da regra decadencial, há situações que praticamente impõem a manutenção do status quo (Bestandschutz), - com o afastamento, portanto, do princípio da legalidade - como aquelas, por exemplo, que envolvem proventos de aposentadoria ou pensões, em que a anulação, ainda que só com eficácia ex nunc, implicaria grave modificação das condições de vida dos beneficiários que confiaram em que as vantagens seriam mantidas<sup>76</sup>. Ainda para exemplificar, em análoga situação se encontraria o beneficiário de empréstimo concedido por entidade pública, mediante ato administrativo, para construção de casa, que viesse a ser surpreendido, já estando em andamento a construção, pela suspensão das parcelas faltantes do empréstimo, sob a alegação de que teria ocorrido ilegalidade na concessão do mútuo, apesar de inquestionável a boa fé do interessado.

## VI O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E OS ESTADOS E MUNICÍPIOS

58. As disposições constantes na Lei do Processo Administrativo da União não se aplicam aos Estados e Municípios. A União, além disso, não tem competência constitucional para legislar sobre processo administrativo das demais entidades que integram a Federação. É óbvio, pois, que o prazo decadencial, previsto no art. 54 da Lei nº 9.784/99 não se estende aos Estados e Municípios, bem como às pessoas jurídicas que compõem as respectivas Administrações Indiretas. O que vige para todos esses, entretanto, é o princípio da segurança jurídica, em razão de sua sede constitucional, há muito reconhecida na doutrina e recentemente afirmada pelo Supremo Tribunal Federal.

59. No tocante, porém, à consideração do lapso de tempo transcorrido, que se deverá estimar como razoável para efeito da estabilização das relações jurídicas, não há dúvida que o art. 54 da lei federal serve como indicativo ou como parâmetro para os Estados e Municípios, assim como para o juiz, ao realizarem a operação de ponderação entre os princípios da segurança jurídica e da legalidade.

60. Convém ter presente, no entanto, que nada impede que Estados e Municípios editem regra sobre decadência do direito a anularem os respectivos atos administrativos viciados de ilegalidade, uma vez que os prazos decadenciais, (diferentemente dos prescricionais, que só a lei federal pode sobre eles dispor), até mesmo contratualmente podem ser instituídos, como o ilustram os prazos para o exercício do direito de opção, no Direito Civil<sup>77</sup>. Aliás, são freqüentes os prazos decadenciais inseridos na legislação dos Estados e Municípios, especialmente nas leis pertinentes a servidores públicos.

76 MAURER, op. cit., p.282, com remissões à jurisprudência alemã.

77 Daí porque tenha o Código Civil consignado a seguinte regra, no seu art. 211: "Se a decadência for convencional, a parte a quem aproveita pode alegá-la em qualquer grau de jurisdição. mas o juiz não pode suprir a alegação."

## VII SEGURANÇA JURÍDICA E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

61. A Constituição da República, no seu art. 37, § 5º, determina: “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”. Daí tiraram muitos autores a conclusão de que as ações de ressarcimento seriam imprescritíveis, o que implicaria também tornar insuscetível de decadência o direito da Administração Pública de anular o ato administrativo ilegal que dá causa ao ressarcimento.

Por certo, se tal ato administrativo for nulo, na acepção que damos ao qualificativo, não há que falar em decadência, não porque se trate de ato ilícito que tenha como consequência lesão ao erário ou haja agressão a valores constitucionais, como a moralidade pública, mas pela simples razão de que os atos nulos são insuscetíveis de decadência ou de prescrição.

Do mesmo modo, se inexistir boa fé dos beneficiários - e na grande maioria dos casos de improbidade não haverá - pois se presume sejam eles próprios os autores do dano e, pois, dos atos administrativos que causaram o prejuízo, também não incide o art. 54. Finalmente, se não se tratar de ato administrativo favorável, que amplie a esfera patrimonial dos destinatários, também não caberá invocar-se o art. 54.

62. Mas poderá suceder que o ilícito praticado consista em ato administrativo que concedeu benesses ilegais a várias pessoas, que estavam comprovadamente em boa fé. A Administração Pública federal, entretanto, só veio a anular o ato administrativo já escoado o prazo de cinco anos, do art. 54. Não poderia mais fazê-lo, por consumada a decadência do seu direito à anulação. Para todos os efeitos, é como se o ato se houvesse tomado válido, razão pela qual não poderá pleitear dos terceiros de boa fé que restituam o que indevidamente receberam<sup>78</sup>.

## VIII SEGURANÇA JURÍDICA E LEI DECLARADA INCONSTITUCIONAL

<sup>78</sup> Numa outra ordem de considerações, embora fugindo um pouco do tema mas para que tudo fique bem claro, é importante realçar que a regra do § 5º do art. 37 da Constituição, como bem observa Sérgio de Andréa Ferreira, no concernente às ações de ressarcimento, quer «significar, apenas, que o prazo prescricional da pretensão e da ação de direito material respectivos é independente do fixado no tocante às sanções punitivas. Em decorrência, ou será a prescrição comum, ordinária, ou outra, específica, mas sem vinculação necessária com a anteriormente referida (Comentários à Constituição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991. v. 3, p.313). Dito de outro modo, o prazo de prescrição da pretensão sancionatória não é obrigatoriamente o mesmo da pretensão ressarcitória. Verificada a prescrição da pretensão sancionatória isso não implica necessariamente a prescrição da ação de ressarcimento, a qual continuará a regular-se pela legislação comum, conforme os prazos ali estabelecidos. De resto, quando se aboliu, na fase de elaboração legislativa, a imprescritibilidade dos ilícitos praticados em detrimento do patrimônio público, certamente pareceu coerente também suprimir, no texto definitivo, a imprescritibilidade das ações de ressarcimento. Daí porque a locução «ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento, que serão imprescritíveis», que se lia na última versão do Projeto de Constituição, foi transposta para o § 5º, do art. 37 da Constituição Federal, sem as três palavras finais, «que serão imprescritíveis» (Veja-se, outra vez, sobre a história da tramitação legislativa do preceito, nos trabalhos da Constituinte, FERREIRA, op. cit., p.312 e segs.). As leis estabeleceriam prazos prescricionais, se ainda não existentes, para uma e outra hipótese, as quais são inconfundíveis.

63. A declaração de inconstitucionalidade de lei tem, de regra, efeito *ex tunc*. Se a declaração é pronunciada em ação direta, a decisão expõe o ato legislativo do mundo jurídico, como se nunca tivesse existido. O que ocorre, então, no plano das situações concretas, com os atos administrativos exarados com base na lei inconstitucional? São eles automaticamente desfeitos com a declaração de inconstitucionalidade da lei, ou podem ser mantidos pelo princípio da segurança jurídica, ou por regra instituidora de prazo decadencial ou prescricional?

64. Gilmar Ferreira Mendes assim propõe a questão, indicando-lhe a solução:

“Consequência da declaração de nulidade *ex tunc* da norma inconstitucional deveria ser a eliminação do ordenamento jurídico de todos os atos praticados com fundamento nela. Todavia essa depuração total (*Totalbereinigung*) não se verifica nem nos sistemas que, como o alemão, fixaram uma regra particular sobre as conseqüências jurídicas da declaração de nulidade, nem naqueles que, como o brasileiro, utilizam as fórmulas gerais de preclusão<sup>79</sup>.”

E, mais adiante:

“Embora o nosso ordenamento não contenha regra expressa sobre o assunto e se aceite genericamente a idéia de que o ato fundado em lei inconstitucional está eivado, igualmente, de iliceidade, concede-se proteção ao ato singular em homenagem ao princípio da segurança jurídica, procedendo-se a diferenciação entre o efeito da decisão no plano normativo (*Normebene*) e no plano do ato individual (*Einzelaktebene*) através das chamadas fórmulas de preclusão. Os atos praticados com base na lei inconstitucional que não mais se afigurem suscetíveis de revisão não são afetados pela lei inconstitucional<sup>80</sup>.”

Os atos administrativos com base em lei inconstitucional que não mais se afigurem suscetíveis de revisão, além daqueles protegidos pela decadência ou prescrição, as chamadas fórmulas gerais de preclusão, são os que, no nosso entender, na ausência dessas fórmulas de preclusão, estão sob a direta guarda do princípio constitucional da segurança jurídica, aplicado mediante ponderação com o princípio da legalidade.

## IX CONCLUSÕES

65. Das reflexões que foram desenvolvidas, tiram-se algumas conclusões principais, as quais podem ser assim arrumadas:

(A) O princípio da segurança jurídica, entendido como proteção à confiança, está hoje reconhecido na legislação e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como princípio de valor constitucional, imanente ao princípio do Estado de Direito, e que

79 Jurisdição Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1996. p.192.

80 *idem*,ib.,p.258

serve de limite à invalidação, pela Administração Pública, dos seus atos administrativos eivados de ilegalidade ou de inconstitucionalidade. Como princípio de natureza constitucional aplica-se à União Federal, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e as entidades que integram as respectivas Administrações Indiretas.

(B) No plano da União Federal, a Lei do Processo Administrativo (Lei na 9784/99), no seu art. 54, consigna regra, inspirada no princípio da segurança jurídica, que fixa em cinco anos o prazo decadencial para a Administração Pública exercer o direito de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má fé dos beneficiários. Tratando-se de regra, a ponderação entre os princípios da legalidade e da segurança jurídica já foi feita pelo legislador, competindo ao aplicador apenas verificar se os pressupostos que integram o preceito estão, ou não, concretamente verificados.

(C) O prazo do art. 54 da Lei na 9784/99 é de natureza decadencial e não prescricional. Sendo assim, não é ele, em princípio, suscetível de interrupção ou de suspensão. Apenas quanto aos atos nulos - não na acepção que dá a esse qualificativo a doutrina do Direito Privado, mas na conceituação que lhe empresta o Direito Administrativo dos países europeus mais avançados e o Direito Administrativo da União Européia e que, de algum modo, também já encontramos incipientemente esboçada na Lei da Ação Popular- apenas quanto aos atos nulos não haveria falar em decadência ou em prescrição, uma vez que incumbe ao juiz decretar-lhes de ofício a invalidade. Note-se, porém, que nulos apenas serão aqueles atos administrativos, inconstitucionais ou ilegais, marcados por vícios ou deficiências gravíssimas, desde logo reconhecíveis pelo homem comum, e que agridem em grau superlativo a ordem jurídica, tal como transparece nos exemplos da licença de funcionamento de uma casa de prostituição infantil ou da aposentadoria, como servidor público, de quem nunca foi servidor público. Não é a hierarquia da norma ferida que, por si só, implica a nulidade, como mostra o acórdão do STF no MS 22357/DF, que aplicou o princípio da segurança jurídica para manter atos administrativos contrários à Constituição. A grande maioria dos atos administrativos, inconstitucionais ou ilegais, não é, pois, composta por atos administrativos nulos, mas sim por atos administrativos simplesmente anuláveis, estando o direito a pleitear-lhes a anulação sujeito, portanto, à decadência.

(D) A boa fé que é exigida para a aplicação do princípio da segurança jurídica ou pelo art. 54 da Lei na 9.784/99 é a dos destinatários do ato administrativo. Não está em questão a má fé da Administração Pública ou das autoridades administrativas, a menos que estas sejam também destinatárias das medidas ilegais que editaram em seu próprio proveito.

(E) Não há qualquer óbice que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios editem regra jurídica de conteúdo idêntico ou semelhante ao do art. 54 da Lei na 9.784/99, pois os prazos decadenciais até contratualmente podem ser estabelecidos.

(F) Para as situações que se constituíram antes da vigência da Lei na 9.784/99

não é possível estender-lhes o preceito do art. 54 dessa Lei. A esses casos o que se aplica é o princípio da segurança jurídica, devidamente sopesado, nessas hipóteses, com outros princípios constitucionais, notadamente com o princípio da legalidade. Nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios, na falta de disposição legal idêntica ou semelhante ao art. 54 da Lei na 9.784/99, ter-se-á também de buscar solução evocando diretamente o princípio da segurança jurídica, contido implicitamente no art. 1º da Constituição Federal.

## ATOS JURÍDICOS DE DIREITO ADMINISTRATIVO PRATICADOS POR PARTICULARES E DIREITO FORMATIVOS

### I

É sabido que nem todos os atos contemplados por regras jurídicas de direito administrativo são atos administrativos. A aula que o titular de cargo de magistério profere, as contas feitas pelo tesoureiro, a informação que o porteiro presta, embora sejam atos praticados por agentes da administração não têm, contudo, o caráter de atos administrativos. São simples Tathand-lungen, atos-fatos jurídicos.

Mas não apenas sobre atos da administração, quer sejam eles atos-fatos ou atos jurídicos propriamente ditos (Rechtshandlungen), dos quais o ato administrativo é uma espécie, incidem normas de direito administrativo. Também atos praticados por particulares são por elas tornados juridicamente relevantes. Assim, ainda que desde a crítica de Otto Mayer à teoria contratualista da relação de emprego público definam-se os atos administrativos como sendo sempre unilaterais, muitas vezes sua eficácia depende de declaração ou manifestação de vontade dos particulares, que os provocam ou lhe dão posterior assentimento. A nomeação de funcionário público, a aposentadoria voluntária, a isenção, licença, autorização ou permissão que a lei subordinou a requerimento (desde que este crie para a administração o dever de isentar, licenciar, autorizar ou permitir, i. é, desde que a medida não seja discricionária) - são exemplos de atos administrativos que precisam da expressão da vontade dos destinatários para adquirir eficácia.

A doutrina alemã, nessas e em outras hipóteses semelhantes, fala em atos administrativos que necessitam da cooperação dos interessados (mitwirkungsbedürftige Verwaltungsakte). Walter Jellinek, impressionado com a in-dispensabilidade da exteriorização da vontade dos particulares e entendendo que sua falta implicaria na nulidade do ato, propôs o nome de atos administrativos bilaterais (zweiseitige Verwaltungsakte). A designação era equívoca e foi rejeitada, por lembrar, embora esse não fôsse o sentido que Jellinek lhe atribuía, a concepção que via na relação de emprego e em situações análogas um vínculo nascido do contrato. Muitos, porém, concordam com Jellinek quanto à nulidade do ato administrativo que necessitava da cooperação do particular e esta não se verificou<sup>1</sup>. O erro advém de não ter ainda sido traçada, no direito

<sup>1</sup> Nesse sentido, Forsthoff, "Lehrbuch des Verwaltungsrechts", 1956, pág. 189, que alude à "Nichtigkeit" (nulidade) do ato administrativo. Diferentemente, H. J. Wolff, "Verwaltungsrecht", I, 1958, pág. 230, que diz ser o ato administrativo

alemão, precisa linha diferenciadora entre os conceitos de validade e eficácia dos atos jurídicos, qual a realizada, entre nós, por Pontes de Miranda<sup>2</sup>. Não há, aí, nulidade do ato, como julgou Jellinek, nem inexistência, como pensariam os contratualistas, mas mera ineficácia<sup>3</sup>. O ato que nomeia para cargo público pessoa que não quer ser funcionário, é ato administrativo, e ato administrativo válido, porém ineficaz para tornar funcionário a quem não o deseje ser. A liberdade individual é, nesses casos, limite ao poder do Estado. Inversamente, não se permite que funcionário, que nada requereu, seja inativado com base em norma jurídica que instituiu a aposentadoria voluntária ou seja exonerado, se efetivo, sem pedido seu.

Percebe-se, pois, que há situações em que a lei, cumpridos certos requisitos, ou mesmo o simples ato administrativo, colocam os particulares em posição jurídica de poder criar, modificar ou extinguir relação jurídica de direito administrativo, através da manifestação ou declaração unilateral de vontade. Expressada a vontade, ou adquire eficácia ato administrativo que ineficazmente já existia (p. ex., ato de nomeação) ou surge para o Estado dever jurídico de exarar ato administrativo (p. ex., ato de aposentadoria ou de exoneração).

Esses poderes que têm os particulares, em certas circunstâncias, de estabelecer, alterar ou por termo a relações jurídicas de direito público, não são simples faculdades ou direitos assubjetivados, mas, em verdade, direitos subjetivos. A propósito da posição jurídica em que se situa pessoa nomeada para cargo público, pergunta Ruy Cirne Lima se lhe cabe direito. E responde: “Direito adminicular e instrumental, por isso que restrito ao completamento da investidura, mas, indubiamente, direito face a todos os demais indivíduos, em condições idênticas, suscetíveis de igual aspiração; direito face aos funcionários já constituídos, que eles só, até então, detinham título à faculdade de executar a tarefa estatal; direito, finalmente, exercitável contra o próprio Estado...”<sup>4</sup>.

Tais direitos subjetivos são da classe dos direitos formativos. Até agora, na doutrina, não foi mais longamente examinado o conceito de direito formativo no direito administrativo, apesar de suas implicações serem de irrecusável importância. Isso contrasta, de modo nítido, com a atenção que a pesquisa tem dispensado aos direitos formativos, no direito privado. Talvez por constituírem esses direitos, quando exercidos, mero complemento da eficácia de atos administrativos, que lhes seriam, em razão disso ou de sua origem estatal, preeminentes, é que se haja gerado a tendência a minimizá-los em grau excessivo. De regra referem-se os autores à “cooperação” que os particulares devem prestar, para que certos atos administrativos produzam efeitos. A natureza dessa “cooperação”, e o meio pelo qual ela se efetiva, são, entretanto, problemas sobre os quais há, ordinariamente, injustificado silêncio.

---

“unwirksam” (ineficaz).

2 “Tratado de Direito Privado”, passim, mas sobretudo vols. I a VI.

3 Clóvis V. do Couto e Silva, Parecer, in RDA, vol. 64 (1961), pág. 294.

4 “Princípios de Direito Administrativo”, 1964, pág. 16

## II

À divisão dos direitos subjetivos em absolutos e relativos, historicamente ligada à classificação romana das ações “in rem” e “in personam”, acrescentou Emil Seckel, em 1903, com sua célebre conferência *Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts*”, uma terceira categoria, a dos direitos formativos<sup>5</sup>. Antes de Seckel e sem a precisão por este atribuída ao conceito, Crome falara em contra-direitos (*Gegenrechte*), Bekker em direitos negativos (*negative Rechte*), Zitelmann em direitos do poder jurídico (*Rechte des rechtlichen Könnens*). O nome de direitos formativos foi inspirado, confessadamente, pela designação “sentenças formativas de direito” (*Rechtsgestaltende Urteile*), sugerida por Hellwig e aceita pela ciência alemã, para as chamadas sentenças constitutivas<sup>6</sup>.

Define Seckel o direito formativo, no direito privado, como o direito subjetivo “cujo conteúdo é o poder de formar relações jurídicas concretas, através de negócio jurídico unilateral”<sup>7</sup>. O reparo que a essa definição caberia fazer-se é o de que nem só negócios jurídicos constituem instrumento de exercício de direitos formativos, embora seja o que mais freqüentemente ocorra; também atos jurídicos “*stricto sensu*” e, em raros casos, até atos-fatos jurídicos desempenham essa função<sup>8</sup>.

Dividem-se, por outro lado, os direitos formativos, conforme criem, modifiquem ou extingam relação jurídica, em direitos formativos geradores, modificativos e extintivos. Exemplos de direitos formativos geradores, no direito privado, são os direitos de apropriação, o direito de opção, o direito de preferência, o direito que tem o destinatário da oferta de, aceitando-a, estabelecer negócio jurídico bilateral; de direitos formativos modificativos, o direito de escolha nas obrigações alternativas, o direito de constituir em mora o devedor ou o credor, mediante interpelação, notificação ou protesto, o direito de estabelecer prazo para a prestação; de direitos formativos extintivos, a denúncia de contrato, a alegação de compensação, o pedido de desquite, o direito à resolução, rescisão, anulação e decretação de nulidade<sup>9</sup>.

Para que bem se compreenda o conceito de direitos formativos é necessário frisar

5 As citações aqui feitas são de ed. especial, Darmstadt, 1954.

6 Seckel, *op. cit.*, pág. 12.

7 *Idem*, pág. 12.

8 Pontes de Miranda, “Tratado de Direito Privado”, vol. III, pág. 29; vol. XV, pág. 39. Talvez a ciência deva revisar a classificação, como negócio jurídico, de alguns atos de exercício de direitos formativos. Na aceitação de proposta de contrato, p. ex., predominantemente considerada como negócio jurídico, só cabe ao destinatário exteriorizar a vontade de aceitar, decorrendo “*ex lege*” todos os efeitos do ato. A aceitação parcial ou a aceitação sob condição ou termo tem o significado de nova proposta. Não se abre, portanto, nesse caso, qualquer espaço para que a vontade possa escolher ou determinar os efeitos da aceitação. Essa impossibilidade, a nosso juízo, identifica a aceitação de oferta com os atos jurídicos não negociais, em que o elemento volitivo é indispensável (os chamados atos jurídicos “*stricto sensu*”). No direito de opção, de outra parte, todos os efeitos de ato de exercício estão previstos no negócio jurídico anterior, no qual, precisamente, esse direito tem causa. Isso torna os atos de exercício do direito de opção, e de outros direitos formativos regrados negocialmente, parecidos com os atos jurídicos em sentido estrito; parecidos porque, nesta última classe de atos, a eficácia jurídica é, também, predeterminada, só que por lei e não através de negócio jurídico anterior. Aqui é forçoso considerar tais atos como negócios jurídicos, a menos que se alargue o conceito de ato jurídico em senso estrito, com prejuízo de sua precisão.

9 Pontes de Miranda, *op. cit.*, vol. V, págs. 242/3 e 313; von Thur, “*Der Allgemeine: Teil*”, I, Berlin, págs. 162 e segs.; Seckel, *op. cit.*, pág. 14, notas 22, 23 e 24.

serem eles, efetivamente, direitos e não simples faculdades. As faculdades cabem a todas ou a um número demasiadamente amplo de pessoas, enquanto o direito subjetivo é um plus, um poder especial e concreto que se insere na esfera jurídica de alguém e que não é partilhado por todos os demais<sup>10</sup>. O poder de propor contrato é faculdade, o poder de aceitar a proposta é direito formativo gerador; a ocupação de coisa sem dono é faculdade, o poder que tem o arrendatário de formar direito real, pela caça dos animais existentes no campo, é direito formativo gerador.

No direito privado, são singularidades dos direitos formativos<sup>11</sup>:

1. Os direitos formativos ou resultam “ex lege” ou têm origem em negócio jurídico anterior. O direito de opção, p, ex., nasce negocialmente; o direito de alegar compensação deriva da lei.

2. Os direitos formativos consomem-se ao serem exercidos. Estreitamente ligada com a consumpção dos direitos formativos está a irrevogabilidade da manifestação ou declaração de vontade que, de regra, lhes serve de meio de exercício. Assim, a eficácia produzida pelo direito formativo, ao ser exercitado, só pode ser desfeita com a cooperação do outro termo da relação jurídica.

3. Diversamente do que ocorre com os outros direitos subjetivos aos direitos formativos não correspondem deveres. Nem mesmo é de admitir-se a existência de dever de tolerar o exercício de direito formativo. Como adverte von Thur, dever de tolerância só tem quem pode contrapor-se a ato de outrem, mas não está, juridicamente, autorizado a isso. Não há dever de tolerância com relação ao que de nenhum modo se pode evitar<sup>12</sup>. Com pertinência ao exercício dos direitos formativos, como esse exercício se traduz em ato unilateral, há apenas submissão pura e simples aos efeitos que dele se irradiam, por parte do outro termo da relação jurídica. De resto os direitos formativos podem ser causa - vale dizer, podem estar antes de relação jurídica, a que, precisamente, dão origem como acontecem os direitos formativos geradores. Resulta, assim, fácil de entender que os direitos formativos não encontrem correlação em deveres. A doutrina alemã estabeleceu a distinção entre Pflicht (dever) e Bindung (vinculação). O proponente está vinculado, juridicamente, à proposta que fez; está exposto a que o destinatário a aceite, sem que haja, contudo, dever jurídico de tolerar a aceitação<sup>13</sup>.

4. Se as pessoas, contra as quais se dirigem os direitos formativos, não têm deveres jurídicos, não têm, por igual, obrigação. Com isso se diz, também, que os direitos formativos são desprovidos de pretensão. Só a direitos formados se ligam pretensões. Da inexistência de pretensão decorre a importante consequência de que os direitos formativos não podem ser atingidos pela prescrição. Aliás, direitos não prescrevem, precluem; apenas pretensões são neutralizáveis pela prescrição.

10 Seckel, op. cit., pág. 14.

11 Idem, págs. 36 e segs

12 Op. cit., pág. 105.

13 Von Thur, op. cit., pág. 170. Eduard Bötticher (“Gestaltungsrecht und Unterwerfung im Privatrecht”, Berlim, 1964, pág. 8) vê, em tais situações, uma relação de sujeição” (Subjektionsverhältnis), que torna o exercício dos direitos formativos, no direito privado, semelhante ao ato administrativo.

O prazo preclusivo dos direitos formativos, no direito privado, ou é determinado pela lei (p. ex., prazo para o retrato, na retrovenda - Código Civil, art. 1.141 - se as partes não convencionaram prazo menor) ou em negócio jurídico (p. ex., prazo para o exercício do direito de opção). Daí se tira que, em oposição aos prazos prescricionais, que só a lei determina, os prazos preclusivos dos direitos formativos - e exclusivamente desta classe de direitos subjetivos - podem ser negocialmente fixados. Por vezes, até esse prazo determina-se através de exercício de direito formativo de que é titular a outra parte, como se dá nas obrigações alternativas quando o devedor não efetua a escolha que lhe cabe realizar, se nada se convencionou em contrário (CPC, art. 900).

5. Por último, no direito privado o exercício dos direitos formativos às vezes opera, per se, a criação, modificação ou extinção de relação jurídica; às vezes, entretanto, necessita de que a ele se junte outro ato, geralmente ato estatal, para produzir esse resultado. O simples pedido de desquite não tem, por si só, a força de dissolver a sociedade conjugal, o que só por sentença se consuma.

Do mesmo modo, a anulação ou rescisão de ato jurídico pressupõe além de exercício de direito formativo extintivo, decisão judiciária. O pedido de transcrição, no Registro de Imóveis, é, também, exercício de direito formativo gerador: de direito a formar direito real. Apenas com a transcrição, que é ato de direito público, efetiva-se a transmissão de domínio.

### III

Sinalou Seckel que o conceito de direito formativo não se adscrive só ao direito privado, tendo, até, um papel maior a desempenhar no campo do direito público<sup>14</sup>. Para que sua definição de direitos formativos se adaptasse a essa outra área, sugeriu que se substituísse o negócio jurídico pelo ato estatal, como meio de exercício dos direitos formativos de direito público<sup>15</sup>. Vê-se, assim, que Seckel considerava mais importantes os direitos formativos que tem o Estado com relação aos indivíduos, do que os que estes possuem contra aquele. Tal entendimento talvez induzisse a crer que o poder de desapropriar ou de efetuar requisições, nas circunstâncias constitucionalmente previstas - para ficar apenas em dois exemplos - fosse direito formativo, de que o Estado seria titular. Impõe-se, aqui, que se torne a insistir na distinção entre faculdade e direito subjetivo. O conceito de direito subjetivo serve enquanto explica a diferenciação de poderes jurídicos que têm as pessoas, em situações determinadas. Os direitos subjetivos são círculos menores traçados dentro do círculo das faculdades. O poder concreto que nasceu em favor de alguém é sempre diverso dos poderes que os outros possuem. A noção de direito subjetivo surpreende essa diversidade de poderes concretos, atenta ao momento em que uma vantagem especial se acrescenta, se individualiza, no patri-

<sup>14</sup> Op. cit., pág 13.

<sup>15</sup> Op. cit., pág 13, nota 20.

mônio jurídico do sujeito de direito. Afirma-se, por outro lado, que o direito subjetivo é um poder concreto e determinado, porque êle é efeito de fato jurídico. Não deriva o direito subjetivo exclusivamente da norma, nem só de fato do mundo natural, mas da união de norma e fato ou, melhor, da incidência da norma jurídica sobre fato<sup>16</sup>. Ora, os fatos são sempre concretos e, ao ingressarem no mundo jurídico, geram, também, relações jurídicas concretas. O direito de propriedade, encarado abstratamente, é só direito objetivo. O direito de propriedade que X tem sobre a casa Y é um poder concreto, que resultou da incidência de regra de direito objetivo sobre determinada situação da vida. Como essas situações são distintas umas das outras, a cada incidência do direito objetivo, que é sempre igual para todos, diversificam-se os direitos, particularizando-se ou subjetivando-se.

Diferenciam-se, portanto, os direitos subjetivos das faculdades, por serem poderes que já surgem especializados, como vantagens concretas inseridas em relações jurídicas igualmente concretas ou determinadas. As faculdades, diversamente, só ao serem postas in actu é que se especializam. Antes disso são poderes genéricos e abstratos. Os indivíduos têm o poder genérico de propor contrato; o Estado tem o poder genérico de desapropriar. Ambos esses poderes são, pois, faculdades e não direitos subjetivos.

Por certo, ao lado das inúmeras faculdades que possui, é o Estado ainda titular de direitos subjetivos com relação aos singuli. Muitos desses direitos são direitos formativos. Dentro dessa categoria, p. ex., classifica-se o direito de exonerar determinado funcionário, ou de removê-lo, transferi-lo ou demiti-lo.

Entretanto, a conceituação desses direitos subjetivos do Estado, como direitos formativos, ao contrário do que deixou entrever Seckel, não parece ter a mesma importância, na solução de problemas práticos, do que a caracterização, também como direitos formativos, de certos atos praticados por particulares, na esfera do direito administrativo.

Tais atos jurídicos de direito público, realizado por particulares, que se subsumem no quadro dogmático dos direitos formativos, não adquirem, à sua vez, relevo exclusivamente no campo dos contratos de direito público (onde, aliás, se submetem aos mesmos princípios que regem os direitos formativos, do direito privado), mas têm especial significação naqueles atos administrativos que necessitam da cooperação dos particulares para adquirirem eficácia. A cooperação prestada pelos indivíduos, nesses casos, constitui, sempre, exercício de direito formativo.

Essa cooperação efetiva-se, em verdade, invariavelmente, através de manifestação ou declaração unilateral de vontade, que tem o efeito de (a) ou criar, modificar ou extinguir, desde logo, relação jurídica de direito administrativo ou (b) fazer nascer para o Estado dever de exarar ato administrativo pelo qual se cria, se modifica ou se extingue relação jurídica de direito administrativo.

A aceitação de nomeação cria, de imediato, a relação jurídica de emprego pú-

<sup>16</sup> Pontes de Miranda, op. cit., VI, passim.

blico. O direito formativo gerador nasce com o ato administrativo de nomeação. O ato administrativo, nessa hipótese, coloca o interessado em posição jurídica de poder criar por exteriorização unilateral de sua vontade, vínculo funcional com o Estado. O pedido de aposentadoria, que é exercício de direito formativo modificativo, não altera, por si, a relação jurídica existente entre o funcionário e o Estado, mas tão somente dá origem ao direito a aposentar-se (os direitos formativos são direitos a formar direitos!) a que se contrapõe o dever da administração de aposentar. A modificação da relação jurídica, em tal caso, só se opera com o ato administrativo que concede a aposentadoria pleiteada.

Do mesmo modo como os direitos formativos, no direito privado, os direitos formativos, no direito público, podem ser geradores, modificativos ou extintivos, conforme o resultado que o seu exercício produz, criando, modificando ou extinguindo relação jurídica ou constituindo para o Estado dever de criar, modificar ou extinguir relação jurídica. Constituem exemplos de direitos formativos geradores, no direito administrativo, o direito a inscrever-se em concurso público, o direito a apresentar proposta em concorrência pública, o direito a aceitar nomeação para cargo público, o direito a postular reintegração em cargo público (Lei n. 1.711, art. 58, § 2º), o direito a ser reenquadrado quando lei, ao reorganizar os serviços, possibilita alteração das posições funcionais, mediante requerimento dos interessados. Com relação ao direito de inscrever-se em concurso público e de apresentar proposta em concorrência pública, trata-se inquestionavelmente de direito, e não de mera faculdade. A publicação do edital é que causa a esse direito, fazendo surgir uma vantagem concreta para todas as pessoas que preenchem os requisitos legais para a inscrição no concurso. A abertura do certame, esta sim é faculdade, que tem o Estado.

São, igualmente, direitos formativos geradores os direitos a requerer licenças, autorizações, permissões, quando seu deferimento é dever da administração e não simples poder. As vedações ou proibições administrativas são de duas espécies, preventivas e repressivas. No primeiro caso, a lei não torna juridicamente impossível o exercício de determinada atividade, mas apenas a submete a controle estatal. Cabe, assim, aos interessados requererem licença, autorização ou permissão para desempenhá-la, apresentando, de regra, com o pedido, prova da implementação dos requisitos exigidos.

Falam os alemães nessas hipóteses, em “proibição geral com reserva de licença” (generelles Verbot mit Erlaubnisvorbehalt)<sup>17</sup>. Normalmente, os particulares que preenchem as condições legais têm, aqui, direito formativo gerador a pleitear a licença, autorização ou permissão. É o que ocorre, entre outros inúmeros exemplos, com as licenças para construir ou habitar prédio construído (o chamado “habite-se”) e com as licenças de importação e exportação que os comerciantes, inscritos como importadores ou exportadores, podem requerer e têm direito a que sejam concedidas, dentro dos limites da lei.

<sup>17</sup>Ernest Rudolf Huber, “Wirtschaftsverwaltungsrecht”, I, Tübingen, 1953 págs. 71 e 696 e segs - Veja-se Ruy Cirne Lima, op. Cit., pág. 113 e segs.

O ato administrativo que concede tais medidas é, a seu turno, ato vinculado à lei, e não ato discricionário. No segundo caso de vedações repressivas, certas atividades são, desde logo, proibidas, levantando-se, entretanto, em situações especiais, quando oportuno ou conveniente ao interesse público, a proibição (*Verbot mit Dispensationsmöglichkeit*)<sup>18</sup>. O ato administrativo de dispensa é, nesta hipótese, geralmente discricionário.

Os direitos formativos geradores de pedir licença, autorização ou permissão tem significado especial no direito administrativo da economia, que sujeita à fiscalização ou controle estatal inúmeras atividades dos indivíduos, ligadas à política creditícia; de investimentos, de divisas, anti-trust, de exportação e importação de minérios, de preços, etc.

No direito tributário, estreitamente vinculado com o direito administrativo, as espécies mais importantes de direitos formativos são as isenções, quando a lei as faz depender de requerimento. O pedido de isenção não é, porém como à primeira vista poderia parecer, exercício de direito formativo gerador, mas sim direito formativo extintivo. Formulado o requerimento, e estando observadas as exigências legais, formase o direito à isenção e o dever do Estado de isentar. Com o ato administrativo concessivo da isenção, extingue-se a relação jurídica de direito tributário desaparecendo, por consequência, os direitos de crédito, pretensões e ações do Estado e os deveres e obrigações do contribuinte<sup>19</sup>. Porque o pedido de isenção é direito formativo, extintivo é que se torna possível, a repetição do tributo de que se fora declarado isento, e pago por equívoco, o que não ocorreria tratando-se de exceção<sup>20</sup>.

Os direitos formativos modificativos são mais facilmente verificáveis na relação de emprego público. A essa classe pertence os direitos a pedir licença para tratamento de saúde, licença à gestante, à funcionária quando o marido for mandado servir, ex-ofício, em outro ponto do território nacional ou no estrangeiro, licença especial ou licença prêmio (Lei nº 1.711, arts. 97, 107, 115, 116), pois, em todos esses casos, observados os requisitos legais, o pedido do funcionário cria, para administração, o dever de conceder a licença, ficando suspensos de outra parte, os deveres de assiduidade e de comparecimento ao trabalho, que ordinariamente tem o funcionário. Tais licenças alteram, portanto, a relação de emprego público: sem que haja durante o tempo de sua

18 Cf. Huber, op. cit. pág. 71, nota 12

19 Alfredo Augusto Becker ("Teoria Geral do Direito Tributário", São Paulo, 1963, pags. 276/7) sustenta que a regra jurídica de isenção impede o surgimento de relação jurídica tributária, criticando entendimento dominante, segundo o qual "na isenção a tributo é devido, porque existe a obrigação, mas a lei dispensa o seu pagamento". (Rubens Gomes de Souza, "Compêndio de Legislação Tributária", Rio, 1960, pág. 76, cf. Becker, op. cit., pág. 276). A observação de Alfredo Augusto Becker é procedente só para aqueles casos em que a isenção prescinde de requerimento do interessado. Então é claro que não se pode falar em existência de relação tributária, pois a lei mesma exclui possibilidade de constituir-se relação dessa natureza. Nos casos, porém, em que a isenção depende de requerimento, há relação jurídica de direito tributário, mas a lei concede ao contribuinte o direito de extinguir tal relação, através de declaração unilateral de vontade; pelo exercício, portanto, de direito formativo extintivo.

20 Sobre a diferença entre direito formativo e exceção, Seckel, op. cit., vol. V pág. 19, mas, sobretudo, Pontes de Miranda, op. cit. vol. V, págs. 309 e segs.

duração, prestação de trabalho, subsiste o dever do Estado à prestação patrimonial.

Direito formativo modificativo é, ainda, o que tem a pessoa provida em, cargo público de prorrogar, por mais trinta dias, o prazo para a posse (Lei n. 1.711, art. 27 e parágrafo único). Pode-se, também, considerar como direito formativo modificativo, pelas alterações que produz no tratamento pecuniário, o direito a pedir salário-família (Lei nº 1.711, art. 138).

Direito formativo extintivo, por excelência é o direito a pedir exoneração de cargo público. É de indagar-se se o direito a requerer aposentadoria é direito formativo extintivo ou meramente modificativo. A questão está em saber se o ato administrativo de aposentadoria corta a relação de emprego público ou simplesmente a altera. A aposentadoria não corta a relação jurídica. Por ela há a dispensa dos deveres do funcionário de comparecer ao serviço e de desempenhar as atribuições do cargo, sem que desapareçam os deveres do Estado de dar-lhe prestação patrimonial, sob o nome de proventos. Persistem, entretanto, para o inativo, além de certos deveres de fidelidade ao Estado, insitos à relação de emprego público, como, p. ex., o de não revelar segredos ligados ao cargo que titulava, também os de não aceitar, ilegalmente, cargo ou função pública, ou representação de Estado estrangeiro sem, nesta última hipótese, prévia autorização do Presidente da República, e não de praticar a usura em qualquer de suas formas (Lei nº, 1.711, art. 212). O direito a requerer aposentadoria é, portanto, direito formativo modificativo. Contrariamente, a opção que cabe ao funcionário, nos casos de acumulação proibida, verificada em processo administrativo, em que ficou provada sua boa fê (Lei n. 1.711, art. 193) é direito formativo extintivo. Certa compulsão, que aí é inegável, não desnatura o direito formativo<sup>21</sup>.

Exercida a opção, extingue-se uma das relações jurídicas de direito público, que prendiam o funcionário ao Estado.

#### IV

Não se explica, porém, o exame dos direitos formativos no direito público em geral, e no direito administrativo em especial, pela circunstância meramente externa de surgirem eles, nessa área, em número muitíssimo maior do que o verificado no direito privado, como sobretudo se impõe a análise pela significativa razão de assumirem os direitos formativos, no direito público, características em muitos pontos diversas das que a doutrina fixou para essa classe de direitos, assim como se apresentam no campo do direito privado.

1. Enquanto os direitos formativos, no direito privado, têm origem sempre em lei ou em negócio jurídico anterior, os direitos formativos, no direito público, nascem ope legis ou de ato administrativo. O direito formativo modificativo de requerer aposentadoria p. ex. surge ao se implementarem os requisitos estabelecidos em lei; o

21 Wolff, H.J. op. cit. II, p. 357; Tribunal de Justiça do RS, Revista Jurídica, v. 11 (1954), p. 120/1.

direito formativo gerador de aceitar nomeação constitui-se, precisamente, com o ato administrativo de nomeação.

2. No direito privado, o meio de exercício dos direitos formativos pode ser ato jurídico *stricto sensu* e mesmo ato-fato jurídico, embora o negócio jurídico seja o instrumento normal. No direito administrativo não há, ou pelo menos dificilmente poderá haver, hipótese de exercício de direito formativo através de ato-fato jurídico.

De outro lado, os atos jurídicos *strictu sensu* são, frequentemente, no direito administrativo, a via pela qual se exercitam os direitos formativos. Pense-se na aceitação de nomeação, nos pedidos de aposentadoria, de inscrição em concurso, de exoneração, de isenção para nos restringirmos apenas a algumas hipóteses importantes. Em todos esses casos, o interessado, através da exteriorização de sua vontade, não pode escolher ou predeterminar os efeitos do ato jurídico, que são só os fixados em lei. Não se admite, p. ex., que tais atos sejam praticados sob condição ou termo. A impossibilidade de fazer com que a vontade, entrando no mundo jurídico, produza os efeitos pretendidos, que não sejam os efeitos da lei, impõe que se afaste a idéia de negócio jurídico. As manifestações e declarações de vontade tomam, nessas circunstâncias, claramente a feição de atos jurídicos *strictu sensu*.

Em certos pedidos de licença, autorização, permissão, quando os particulares, dentro dos limites legais, podem, de certo modo, eleger os termos em que a medida deverá ser concedida (geralmente só o prazo de sua duração), há negócio jurídico. Nota-se, no entanto, que esta categoria de atos jurídicos não possui o mesmo relevo que lhe é reconhecido no direito privado, como exercício de direitos formativos, cedendo passo, na órbita do direito administrativo, os atos jurídicos *stricto sensu*.

3. No direito privado, os direitos formativos que necessitavam, para criar, modificar ou extinguir relações jurídicas, que ao ato de seu exercício se junte outro ato jurídico, de regra estatal, são em número maior dos que exigem para esse efeito, ato ulterior. No direito administrativo, com o exercício dos direitos formativos que cabem aos particulares apenas expressa a cooperação indispensável à atribuição de eficácia ao ato administrativo, é claro que a manifestação ou declaração unilateral de vontade dos indivíduos não é, por si só, suficiente para criar, modificar ou extinguir relação jurídica de direito administrativo. Além dessas manifestações ou declarações de vontade é preciso, ainda, que haja ato administrativo, anterior ou posterior.

Deve-se, neste ponto, entretanto, fazer uma distinção. Quando o ato administrativo é anterior ao exercício do direito formativo, mas não prescinde desse exercício para sua eficácia, é o ato administrativo, em geral, a causa do direito formativo. Já vimos que essa é a hipótese da nomeação para cargo público, ato administrativo que dá origem ao direito formativo gerador de aceitar a nomeação.

Em tal caso, o ato administrativo coloca a pessoa nomeada em posição jurídica (Kohler) de, exteriorizando vontade de fazer, nascer a relação jurídica de emprego

público. Essa situação guarda simetria, no direito privado, com aquelas em que o direito formativo resulta de negócio jurídico, como o direito a formar contrato, pela aceitação da proposta.

A semelhança levou a vislumbrar-se, por muito tempo, até Otto Mayer, na relação de emprego público um vínculo de natureza contratual, constituído através dos típicos elementos da proposta e aceitação. Com Otto Mayer, o ato de investidura em cargo público passou a ser considerado, como todos os demais atos administrativos, ato unilateral. Em outras palavras, a mudança da concepção deslocou a aceitação, do plano dos requisitos de existência de ato administrativo para o plano dos requisitos de eficácia.

O ato de nomeação, antes de aceita a investidura pelo destinatário, é ato administrativo, que tem o efeito único de criar direito formativo gerador, mas que é ineficaz para estabelecer a relação funcional. Basta, porém, a exteriorização, em forma própria, da vontade do nomeado, para que o ato administrativo adquira toda a sua eficácia.

Diversa é a hipótese em que o direito formativo, embora exercido, necessita de ato administrativo ulterior, para que todos os seus fins sejam alcançados.

Nos pedidos de autorização, permissão, licença ou isenção, é indispensável que ao requerimento se siga o ato administrativo que licencie, autorize, permita ou isente. O pedido, se implementadas estiverem todas as exigências impostas em lei, cria, apenas, para a administração, o dever jurídico de exarar a medida, mas, antes que essa se realize, não há ainda licença, autorização, permissão ou isenção. Idêntico é o caso do pedido de aposentadoria ou de exoneração. Requerida a aposentadoria ou exoneração, a partir da data em que o requerimento chegue ao conhecimento da administração, surge para esta o dever de aposentar ou exonerar, mas o funcionário só estará aposentado ou exonerado quando for lavrado o ato administrativo respectivo<sup>22</sup>.

4. Quando o exercício do direito formativo apenas gera o dever do Estado de exarar ato administrativo, admite-se a revogação da manifestação, ou declaração de vontade pela qual se exercitou o direito desde que ainda não exista o ato administrativo<sup>23</sup>. Quem, p. ex., requereu certa autorização ou pediu aposentadoria, antes do ato concessivo do pedido, pode revogar a sua declaração de vontade. Neste ponto distinguem-se os direitos formativos, do direito administrativo, daqueles do direito privado. Os direitos formativos, no direito privado, uma vez exercitados, consomem-se e são, em consequência, irrevogáveis os atos pelos quais foram eles exercidos. Para que desapareçam os efeitos jurídicos produzidos pelo exercício dos direitos formativos e sejam estes direitos restabelecidos, é indispensável a cooperação outro termo da relação jurídica; geralmente, é indispensável negócio jurídico bilateral. No direito administrativo, nas hipóteses em exame, a revogação da manifestação ou declaração de vontade faz revi-

<sup>22</sup> Esgotados os prazos legais para o exame do pedido pela administração, sem que tenha êle merecido despacho, pode o interessado recorrer ao Judiciário, até pela impetração de mandado de segurança, para compelir a autoridade competente a exarar o ato administrativo.

<sup>23</sup> H.J Wolff, *op. cit.*, I, pág 231.

ver o direito formativo, sem que haja necessidade de qualquer ato da administração.

Poder-se-ia pensar, entretanto, que não se trataria, propriamente de revogação, mas sim de renúncia ao direito formado. Se assim se entendesse, não se compreenderia, porém, como a renúncia ao direito formado pelo exercício do direito formativo implicaria no renascimento deste. De resto, há certos direitos, como o direito à aposentadoria, que são irrenunciáveis. O funcionário que, depois de haver requerido aposentadoria, e antes de ter sido a mesma concedida, pede que seu requerimento não seja considerado, não renúncia ao direito a aposentar-se, mas simplesmente revoga a declaração de vontade anterior. O requerimento, por si só, em tais situações, não cria vinculação jurídica para quem o formulou. O requerente não está obrigado a mantê-lo. Ele pode revogar sua declaração de vontade, desde que a revogação chegue ao conhecimento da administração antes de lavrado o ato administrativo.

5. Quer nos casos em que o direito formativo é anterior ao ato administrativo, quer naqueles em que lhe é posterior, surgem problemas de delicada solução, ligadas ao direito intertemporal.

Suponha-se essa hipótese: depois do ato administrativo de nomeação e antes do exercício do direito formativo gerador de aceitar a nomeação, foi editada lei extinguindo o cargo no qual se dera o provimento. Ou esta outra: vigorava lei que permita aposentadoria aos trinta anos de serviço. Certo funcionário preenchia tal requisito, mas não havia ainda postulado a aposentadoria quando entrou em vigor lei que dilatou para trinta e cinco anos tempo de serviço necessário à aposentadoria voluntária. E ainda uma terceira: depois de formulado pedido de autorização e antes de ser a mesma concedida, veio a lei nova proibindo autorização do tipo da requerida.

Até agora a doutrina não se deteve na análise das questões que o direito intertemporal suscita, em tema de direitos formativos. Talvez a matéria não tenha merecido a atenção de Seckel, em virtude da estabilidade maior que tem o direito privado, se comparado com o direito público, constitucional ou administrativo<sup>24</sup>.

Entretanto, algumas características dos direitos formativos, doutrinariamente reconhecidos, servem de auxílio para responder a essas indagações. Possuindo os direitos formativos a natureza de direito a que não correspondem deveres nem obrigações, por serem, também, despidos de pretensão não seria admissível que criassem uma sujeição por tempo indefinido, para a pessoa contra a qual se dirigissem. Os direitos formativos foram já chamados de direitos potestativos ou de direitos do poder jurídico, exatamente porque a criação, modificação ou extinção da relação jurídica depende de ato unilateral do seu titular. O nascimento, ou não, do direito formado, a que corresponderão deveres do termo passivo da relação jurídica, está, assim subordinado à vontade do titular de direito formativo. Manifestada ou declarada essa vontade, vale dizer, exercido o direito

<sup>24</sup> É célebre a frase de Otto Mayer: "Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht" Mas, apesar do direito administrativo ser menos sujeito a alterações do que o direito constitucional, é ele ainda muito mais mutável do que o direito privado.

formativo, nesse momento é que se constituirão os deveres para a outra parte. Antes disso, fica esta apenas sujeita ou exposta a que o exercício do direito formativo faça gerar, para ela, deveres jurídicos, semelhantemente ao que ocorre com o proponente antes da aceitação da proposta.

Essas peculiaridades dos direitos formativos fazem compreensível que o transcurso do tempo, associado à inação do titular do direito formativo possa atingir a esse mesmo direito, extinguindo-o, já pela preclusão, já porque seus fins foram alcançados por outros meios, já ainda porque esses fins se tornam impossíveis<sup>25</sup>. Aliás, com relação a esse último modo de extinção dos direitos formativos, sinalou Seckel<sup>26</sup> que, com as obrigações, se destinam sempre os direitos formativos a um fim: são direitos finalísticos (Zweckrechte). Tais fins podem tornar-se impossíveis. Se isso ocorrer, antes de exercido o direito formativo, importará na extinção do direito. Assim, falecendo o cônjuge, desaparece o direito formativo extintivo de pedir desquite, como perecendo ambos os objetos, nas obrigações alternativas, ou mesmo um só deles, extingue-se o direito formativo modificativo de escolha<sup>27</sup>. Cuida-se, na sua linguagem, de “impossibilidade ulterior da formação” (nachtragliche unmöglichkeit der Gestaltung)<sup>28</sup>.

Cresce, todavia, a complexidade da questão, quando a “impossibilidade ulterior da formação” - formação a que tendem os direitos formativos - não decorre de modificações fácticas, mas alterações introduzidas no próprio ordenamento jurídico, em virtude de lei nova que abrogou lei anterior.

Ainda nesta hipótese, se o direito formativo não fora exercido, quando editada a lei nova, esta implica em sua extinção. Há de se entender, porém, que a força extintiva da lei nova sobre os direitos formativos não opera em via direta, mas por modo reflexo. A lei nova, a rigor, impede o nascimento do direito formado, que é o fim do direito formativo. Antes do exercício do direito formativo, como é óbvio, não há o direito formado, de sorte que a lei nova, impedindo o nascimento deste, acarreta o desaparecimento daquele, por tornar impossível o seu fim.

Dir-se-á, talvez, em objeção, que os direitos adquiridos são constitucionalmente protegidos contra a eficácia retroativa da lei, quer essa eficácia se produza in modo recto ou in modo obliquo. Se os direitos formativos são espécies de direitos subjetivos que, ao nascerem qualificam-se desde logo como adquiridos, a lei nova não os poderia alcançar. Seria de reconhecer-se, pois, que a lei nova, existindo direito formativo, não teria jamais o efeito de impedir o nascimento do direito formado, ao exercer-se já estando ela em vigor, o direito formativo.

Verifiquemos, porém, a procedência desse argumento em hipótese que pode surgir concretamente.

Imagine-se que a lei haja instituído uma isenção de tributo, dependente de

25 Seckel, op. Cit.pags. 36 e segs.

26 Op. cit., pág. 41.

27 Op. cit., pág. 43.

28 Op. cit., pág. 43.

requerimento. Suponha-se, ainda, que posteriormente outra lei extinguiu tal isenção. Poderia o contribuinte que no antigo regime nada requereu, embora tivesse direito a isso, vir reclamar o benefício, já ao tempo da lei nova, alegando ser titular de direito subjetivo à isenção, durante o prazo em que esta vigorou? A resposta é manifestamente negativa. O dever do Estado de isentar e o direito subjetivo do contribuinte à isenção só se constituem com o requerimento, uma vez que estejam preenchidos os requisitos legalmente determinados. O requerimento não tem, se a contrário não estabeleceu a lei, eficácia *ex tunc*, mas apenas *ex nunc*, como aliás ordinariamente ocorre com os atos de exercício de direitos formativos. Não havendo o contribuinte exercitado o direito formativo, não se gerou, também, o dever jurídico da administração de outorgar-lhe a vantagem, a qual, com a lei nova, tornou-se juridicamente impossível.

Ressalta nessa situação, de forma nítida, que a proteção que a Constituição garante ao direito adquirido, contra a eficácia retroativa da lei, explica-se, sobretudo, pelo lado dos deveres que geralmente lhe correspondem.

Ao resguardarem-se deveres jurídicos, resguardam-se, por igual, os direitos adquiridos que a eles se vinculam. Todavia, só direitos formados têm correlação em deveres. Os direitos a formar direitos, quais os direitos formativos, não apresentando essa peculiaridade, podem ter consecução dos seus objetivos frustrada por lei nova que veio impossibilitar a formação a que se endereçavam, obstaculizando o nascimento do direito que nasceria com o seu exercício.

A idéia de que o princípio da irretroatividade das leis mais se afirme pela manutenção de deveres jurídicos do que, propriamente, pela existência de direito adquirido, nada tem de nova ou de insólita. Basta recordar que a regra ética que justifica o princípio da irretroatividade das leis, com pertinência ao *ius quaesitum*, é a da proteção à *fides*<sup>29</sup>. “*Fundamentum autem est iustitiae fides, id est ditorum conventorumque constantis et veritas*”, afirmava Cícero<sup>30</sup>. A preservação da palavra empenhada, do *fit quod dicitur*, em que consiste a *fides*, não é outra coisa do que a subsistência dos deveres assumidos. A lei nova, quando desconhece esses deveres e os elimina, torna-se injusta, porque com isso fraudava a confiança que o titular do direito adquirido tinha na sua realização e infirma a crença de que a outra parte procederia como se comprometera. Essa confiança ou essa crença não dizem respeito, porém, exclusivamente, ao comportamento do termo passivo da relação jurídica, mas se endereçam, igualmente, ao Estado, que

29 Sobre os pressupostos axiológicos do princípio da irretroatividade das leis, veja: se, por último, Brogini, “La Retroattività della Lege nella Prospettiva Romanistica”, in “Coniectanea”, Milão, 1966, págs. 343 e segs.

30 -“De Officiis”, I, 7.23. Quanto ao direito romano, agudamente observou Fritz Schutz: “The exclusion of the retroactivity of a legal rule, Whether it rests on an edict, a lex or a senatus consultum or an imperial decree is a postulate attributable to fides. The creator of a rule must keep his word; one must be able to rely on the law as it is, the legalconsequences of one’s act must be predictable. A new legal rule, therefore must never be applied to events wich occurred under the old law; it is applicable onlv to events happening post hanc legem rogatam” (“principles of Roman Law”, Oxford, 1956, pág. 230). A idéia reaparece, ainda que de modo implícito, em Baldo (Ad. Dig. I, 1.9) : “Statuto cavetur quod, qui venit ad habitandum in tali castro habeat cimmunitatem perpetuo. Quidam venerunt Nunc civitas vult revocare statutum et vult ne ille gaudeant immunitate Certe praeiudicium eorum qui iam venerut, non potest revocari; secus in his quo nondum venerut . Nam disctum statutum transivit in contractum do ut facias vel facio ut facias, id est; concedo tibi immunitatem ut venias; si aliquis vnerut ex utraque parte perfectus est contractus it ideo non est locus penitenteae. Se antequam veniant sic”. Cf. Brogini op.cit., pág 406.

não há de intervir para, alterando as regras jurídicas por ele editadas, alterar também direitos e deveres já constituídos.

Ora, como os direitos formativos não têm correspectividade em deveres jurídicos, ao impossibilitar a lei nova a formação a que se destinam, em pouco ou nada lesa a noção de fides.

A lei nova não faz mais do que libertar a quem estava exposto a ter deveres, se eventualmente fosse exercitado o direito formativo, dessa situação de sujeição.

Assim, na hipótese de antes do funcionário aceitar a nomeação ser editada lei extingüindo o cargo, ou na hipótese de lei nova dilatar o tempo de serviço exigido para a aposentadoria voluntaria, sem que o funcionário que já era titular de direito formativo o tivesse exercitado, esses direitos formativos, de aceitar nomeação e de pleitear aposentadoria, extinguem-se, em virtude de impossibilidade jurídica superveniente, de serem conseguidos os fins a que tendiam<sup>31</sup>.

Diferentemente, se houve exercício de direito formativo, pois então nasce o direito formado, que a Constituição protege contra a eficácia retroativa da lei. No

31 Diante desses pressupostos, é absolutamente correto o, que está declarado na Súmula 359, do Supremo Tribunal Federal: “Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários, inclusive a apresentação do requerimento, quando a inatividade for voluntária”. Variando-se os termos, aí se diz que antes do exercício do direito formativo modificativo de requerer a aposentadoria, não há direito formado a essa mesma aposentadoria, nem há, por consequência, dever jurídico da administração de aposentar. De modo que, se nova lei estabelecer requisitos mais rigorosos, o direito formativo de que era titular o funcionário extingue-se, por impossibilidade do fim a que destinava. Denunciadora das dificuldades que os direitos formativos dão causa na área do direito intertemporal, é a orientação posteriormente adotada pelo Supremo Tribunal Federal, em clara divergência com o consignado na Súmula 356. Por voto de desempate do Ministro Presidente, ao decidir-se o recurso de mandado de segurança n. 11.395, predominou o seguinte entendimento, expresso na ementa do acórdão: “Se, na vigência de lei anterior, o impetrante preencher todos os requisitos exigidos, o lato de, na sua vigência não haver requerido a aposentadoria, não o faz perder o seu direito, que já estava adquirido. Um direito já adquirido não se pode transmutar em expectativa de direito, só porque o titular preferiu continuar trabalhando e não requerer a aposentadoria antes de revogada a lei em cuja vigência ocorrerá a aquisição, do direito. Expectativa de direito é algo que antecede à sua aquisição; e não pode ser posterior a esta. Uma coisa é a aquisição do direito; outra diversa é o seu uso ou exercício. Não devem as duas ser confundidas. (RTJ, vol. 33, pág. 255), o equívoco esta em não haver percebido que o direito, a requerer aposentadoria voluntária, é direito formativo, ou seja, direito a formar direito, par ato unilateral de vontade. Antes da manifestação ou declaração de vontade, meios pelos quais se exercitm os direitos formativos, não há direita formado à aposentadoria, nem dever jurídico da administração de aposentar. Os direitos que não podem ser alcançados pela lei nova não são os direitos formados, porque a eles correspondem deveres. Contrariamente, os direitos formativos, como simples direitos a formar direitos, se extinguem, se a lei nova impossibilitou a realização dos fins a que se destinavam. Apenas não se opera essa extinção, quando a lei nova expressamente de determina a sobrevivência dos direitos formativos e autoriza que seus objetivos ainda possam ser atingidos, no novo regime. É a hipótese da art. 177, § 1., da Constituição do Brasil: “O servidor que já estiver satisfeito ou vier a satisfazer, dentro de um ano, as condições necessárias para a aposentadoria, nos termos da legislação vigente na data desta Constituição, aposentar-se-á com os direito e vantagens previstos nessa legislação.” Não se afirma, na disposição constitucional, que o servidor que já tivesse satisfeito a condições para a aposentadoria, deveria require-la, dentro de um ano, mas, diversamente, a êle foi assegurado o direito de pedi-la a qualquer tempo, regendo-se a aposentadoria pela lei antiga. Quanto aos servidores que; à data da Constituição, não houvessem, ainda, adquirido o direito a requerer aposentadoria, o art. 177, § 1º, estabeleceu uma distinção. A lei antiga, para êsse efeito, vigoraria pelo prazo de um ano. Quem, em tal lapso de tempo, implementasse os requisitos que eram exigidos no regime anterior à Constituição, teria sempre no futuro, o direito de pleiteá-la e obtê-la, em conformidade com a lei antiga. O ar 177, § 1º, importou, portanto, neste particular, naquilo que Roubier chama de la loi ancienne” (“Le D’oit Transitoire”, 2. ed., págs. 350 e segs., Cf. Brogгинi op. cit., pag. 361 ). Com relação aos demais servidores, suas aposentadorias se regeriam pelos princípios fixados na Constituição. Em suma, ao lado da sobrevivência, pelo prazo de um ano, da lei abrogada, o art. 177, § 1º, garantiu, também; a possibilidade em qualquer tempo, de serem alcançados os fins dos direitos formativos a requerer aposentadoria, nascidos anteriormente. ou que viessem a nascer dentro de um ano, a contar da data da Constituição.

caso, portanto, de haver direito subjetivo a requerer autorização, e o pedido tiver sido formulado, muito embora, antes de exarado o ato administrativo, venha lei nova, vedando a autorização, estará a administração obrigada a concedê-la, pois já existia dever jurídico do Estado<sup>32</sup>.

Nem é admissível tratar os direitos formativos que têm os particulares, no direito administrativo, do mesmo modo como aqueles direito formativos do direito privado que, além do seu exercício, necessitam, de sentença, para criar modificar ou extinguir relação jurídica. Certo, há alguma similitude entre as duas espécies, que se manifesta na circunstância de estarem ambas ligadas a ato estatal. A diferença que as extrema reside, porém, o fato desses direitos formativos do direito privado serem exercidos processualmente. Sem a sentença não se constituem, os fins a que se destinam, nem, o que é relevante, nascem deveres para o termo passivo da relação jurídica, de sorte que o Tatbestand da formação é duplo, como acentuou Seckel<sup>33</sup>. Pelo simples exercício do direito formativo, nenhum efeito se opera, desde logo na relação jurídica de direito material. Esses efeitos ficam suspensos, até a sentença.

Portanto, se lei nova, p. ex., abrogou lei anterior, que permitia o divórcio ainda que a ação de divórcio já houvesse sido intentada, não poderia o juiz decretá-lo, pois essa eficácia formativa que se reconhecia, à sentença foi vedada, tornando-se impossível. Não se cogitava de causa finita e, neste particular, só a coisa Julgada e protegida contra a eficácia retroativa da lei.

De modo distinto, os direitos formativos, do direito administrativo quando o ato administrativo é posterior ao seu exercício, tem a manifestação de vontade do titular e eficácia imediata de dar origem ao direito formado e aos correspondentes deveres jurídicos da administração. O ato administrativo é, nessas circunstâncias, mero cumprimento de dever jurídico. Formado o direito, pelo exercício do direito formativo, é ele inatacável pela lei nova<sup>34</sup>.

Ainda uma última observação, quanto aos direitos formativos no Direito administrativo. É curial que a prescrição não extingue o direito, mas apenas neutraliza ou encobre a pretensão<sup>35</sup>. Direitos não prescrevem, precluem. Os direitos formativos, porém, são despidos de pretensão. Quer isso dizer que neles não se contém poder de exigir uma ação ou omissão, um fazer ou não fazer de outrem. Torna-se, assim, evidente que a prescrição nenhum reflexo possui sobre os direitos formativos, os quais se

32 A menos, é claro, que a lei fôsse daquelas chamadas de ordem pública ou fôsse de natureza constitucional, e determinasse a extinção de tôdas as autorizações já concedidas e idênticas à que havia sido requerida. Contra lei de ordem pública ou disposição constitucional, entende-se, desde Savigny ("System des heutigen Römischen Rechts", 2º ed., 1849, § 398), que não cabe a invocação de direito adquirido (sôbre. o pensamento de Savigny, veja-se Affolter, "Geschichte des intertemporalen privatrechts", Leipzig, 1902, págs. 611 e ségs.; e, recentemente, Brogini, op. cit., 350 e ségs.). Mas a norma Jurídica não desfêz as situações já plenamente estabelecidas no passado e apenas vedou que certas autorizações não fôsem mais concedidas, no futuro, o pedido de autorização, realizado antes do advento da lei, gera o direito formado e o dever jurídico da administração de exarar o ato administrativo.

33 Op. cit., pág.49

34 Vd. Nota 33.

35 Pontes de Miranda, op. cit., v. VI', págs. 241 e ségs.

extinguem pela preclusão<sup>36</sup>.

O estabelecimento de prazo preclusivo dos direitos formativos submete-se, contudo, a princípios diversos dos que vigoram para as demais espécies de direitos subjetivos. Com relação a estes últimos, somente a lei federal pode determiná-los, do mesmo modo como ocorre com os prazos prescricionais. Tratando-se, no entanto, de direitos formativos, já vimos que, no direito privado, seus prazos preclusivos podem ser fixados em negócio jurídico (p. ex., direito de opção), ou até resultar de exercício de direito formativo de que seja titular a outra parte (CPC, art. 900).

No direito administrativo, admite-se que os prazos preclusivos dos direitos formativos sejam instituídos por lei estadual ou municipal, ou ainda por ato administrativo. Nada impede, p. ex., que lei estadual fixe em 10 dias o prazo para a posse em cargo público. De outro lado, o prazo de inscrição em concurso público é determinado no ato administrativo, no edital, que abriu o certame. E trata-se, inequivocamente, em ambas as hipóteses, de prazo preclusivo.

Na prática, surgem, com frequência, alegações de inconstitucionalidade de lei estadual ou municipal, por haver a disposição legislativa estabelecido prazo preclusivo, muitas vezes sob o nome de prazo de prescrição. O conceito de direito formativo é, aí, de enorme valor. Se o direito a que se assinou prazo para o exercício não pertencer a categoria dos direitos formativos, mas for, digamos, direito formado, inconstitucional, em verdade, será lei pois a disciplina dessa matéria é reservada à legislação federal.

Cogitando-se, no entanto, de direito formativo, diversa será a solução. Ao outorgar a lei estadual ou municipal aos particulares um poder jurídico, como o que é conteúdo dos direitos formativos, nada mais natural e compreensível do que reconhecer à lei a possibilidade de fixar prazo, dentro do qual esse direito deverá ser exercido, para que a administração não fique, indefinidamente, sujeita ou exposta a que, por ato unilateral de vontade do titular do direito formativo, para ela se constituam deveres jurídicos. A mesma idéia justifica, aliás, no direito privado, que prazos preclusivos de direitos formativos sejam determinados negocialmente.

<sup>36</sup> Será o prazo de cinco anos, estabelecido pelo Decreto-lei n. 20.910, de 6 de janeiro de 1932, também prazo preclusivo de direitos formativos? O art. 2º instituiu, claramente, prazo preclusivo, mas limitado aos direitos às pensões vencidas ou por vencerem, ao meio-soldo, ao montepio civil ou militar e a quaisquer restituições ou diferenças. Nenhum desses direitos é direito formativo, pois a todos eles correspondem deveres da administração. No art. 1º há a expressão “bem assim todo e qualquer direito”, que faz parecer que o prazo ali marcado seja de preclusão. Alguns sustentam, como Pontes de Miranda (op. cit., v. VI, pág. 394), que a palavra direito “está em vez de pretensão decorrente de dívida contra a Fazenda Pública — não o que é não é relativo a interesse pecuniário”. Outros afirmam, em contraposição, que o Decreto-lei n. 4597, de 19 de agosto de 1942, ao estender o benefícios do Decreto-lei n. 20.910 às autarquias e entidades paraestatais, eliminou as dúvidas que anteriormente poderiam existir, tornando explícito que o transcurso do quinquênio afetaria a “todo e qualquer direito e ação”. fôsse, ou não, de natureza patrimonial (João Leitão de Abreu, “Da Prescrição em Direito Administrativo”, Porto Alegre, 1961, págs. 19 e segs.). Sem querer entrar nessa controvérsia, que nos afastaria muito do tema, parece-nos, contudo, que nem o Decreto-lei n. 20.910, nem o Decreto-lei n. 4597, instituíram prazos preclusivos de direitos formativos. Seria, por certo, inadmissível que o funcionário que preenchesse os pressupostos para requerer licença especial, também chamada de licença prêmio, tivesse o prazo de cinco anos para pedi-la, precluindo o seu direito, nessa faixa de tempo. Do mesmo modo, não estabelecendo a lei prazo para postular certa autorização ou permissão, pode esse direito ser exercido em qualquer tempo. Uma vez, porém, exercido, constitui-se direito formado, provido de pretensão, passível de ser neutralizado pela prescrição quinquênária. Em outras palavras, o Decreto-lei n. 20.910 e o Decreto-lei n. 4597, mesmo que se entendesse que suas disposições abrangeriam direitos e pretensões de cunho não patrimonial, não se referem a direitos formativos, mas só a direitos que tenham correspondência em deveres jurídicos.



## PODER DISCRICIONÁRIO NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

### I. O ESTADO E A VINCULAÇÃO À LEI

1. A noção de poder discricionário está ligada ao princípio da legalidade, que é, por sua vez, conatural ao Estado de Direito e um dos seus principais pilares de sustentação. No Estado de Direito há necessariamente a submissão de toda atividade pública a uma rede ou malha legal, cujo tecido não é, entretanto, homogêneo. Por vezes ela é composta por fios tão estreitos, que não deixa qualquer espaço aos órgãos e agentes públicos que lhes estão submetidos. Outras vezes, porém, os fios dessa rede são mais abertos, de modo a permitir que entre eles exista liberdade de deliberação e ação. Certo, num modelo ideal, o Estado de Direito estaria a exigir que os executores da lei, fossem eles juízes, administradores ou legisladores (suposta, neste último caso, a existência de uma lei superior), se limitassem a ser aplicadores mecânicos dos comandos contidos na norma. A metáfora da boca que pronuncia as palavras da lei, da passagem célebre de Montesquieu, exprime esse anseio de onisciência e de onipresença, a um tempo só, do legislador e da lei. Esta, mesmo nas minúcias da sua aplicação concreta, do executor só deveria ter o braço e a voz, mas nunca o cérebro, a colaboração integradora da sua inteligência e da sua vontade. Na submissão dos órgãos e dos agentes públicos à “vontade geral” expressa na lei estaria assim eliminada (como também de resto, de toda a superfície do Estado), de forma absoluta, a voluntas individual do governante, do administrador, do juiz e, em certas hipóteses, até mesmo do legislador (quando houvesse uma lei mais alta a respeitar), substituída sempre por uma ratio objetiva, que lhe é preeminente e condicionante, contida na norma legal.

2. Essa é, no entanto, uma imagem do Estado de Direito que só existe no mundo platônico das idéias puras. O Estado de Direito que é conhecido da experiência histórica é aquele em que a sujeição da ação estatal à lei não significa sempre execução automática dos preceitos que a integram. É preciso distinguir, neste particular, diversos graus de liberdade de ação que, diante da lei, têm os órgãos do Estado. Assim, a liberdade do Poder Legislativo é consideravelmente maior da que a concedida aos órgãos do Poder Executivo ou da que tem o Poder Judiciário. O Poder Legislativo, no exercício de sua função típica, não está, em princípio, obrigado a agir. Conquanto haja uma tendência recente a restringir essa liberdade, como o revela o instituto da inconstitucionalidade por omissão - construção jurisprudencial do Tribunal Federal

Constitucional, da República Federal da Alemanha, incorporado às Constituições

de Portugal (art. 283, 29) e do Brasil (art. 103, 29), que o complementou ao criar o mandado de injunção (art. 59, LXXI) - mesmo assim não se admite que qualquer outro Poder do Estado, e muito menos que os indivíduos, obriguem o Legislativo a legislar.

3. No outro extremo do quadro, como Poder de mais estrita vinculação à Lei, está o Judiciário. É por todos sabido, entretanto, que a vinculação do juiz à lei não faz dele um robô. A aplicação da norma ao caso concreto abre espaço, frequentemente, a uma atividade criadora do juiz ou do intérprete. A imensa obra de construção jurisprudencial do Conselho de Estado, na França, é exemplo eloquente do que acabamos de afirmar. Tornou-se uma obviedade dizer que criar direito é função que não foi apenas exercida pelos magistrados romanos, ou que não é apenas exercida pelos juízes dos sistemas jurídicos da common law, mas é função ínsita ao desempenho da tarefa judicante. Nas últimas décadas voltaram a mostrar isso, de forma mais extensa e precisa do que tinha sido feito no passado, os inúmeros trabalhos produzidos na esteira das investigações de Viehweg, Esser, Larenz e Perelman.

Por outro lado, a própria forma jurídica, por vezes, concede ao juiz o poder de escolher ou mesmo de criar, como remédio para a situação concreta, a medida que lhe pareça mais conveniente e oportuna. Exemplo disso - além dos exemplos escolares da jurisdição graciosa e da graduação da pena no direito criminal - é o art. 798 do Código de Processo Civil Brasileiro, que concede ao juiz o poder cautelar geral, ou seja, o poder de adotar, na defesa do interesse dos litigantes, a providência acauteladora que considere, para esse efeito, mais adequada, mesmo sem provocação de qualquer das partes.

4. No que diz respeito ao Poder Executivo, quanto à vinculação à lei, é ele, por certo, menos livre do que o Poder Legislativo, mas, se comparado com o Judiciário, goza de uma margem de liberdade incomparavelmente maior. O Judiciário age, ordinariamente, por provocação das partes. Ele atua, por assim dizer, sobre o passado, resolvendo litígios entre os sujeitos de direito. Em razão disso, e como decorrência do princípio da segurança jurídica, cuidam as leis de definir com a máxima precisão possível as normas de direito formal que hão de ser observadas pelo Poder Judiciário. A função criadora do juiz, fora das hipóteses excepcionais, algumas delas aqui já referidas, pode-se dizer que se exaure na atividade interpretativa, não sendo dado ao julgador, em princípio, pelo menos nos sistemas chamados de Direito Romano, diante do caso concreto, escolher qual a solução que, a seu juízo, seria a mais conveniente, adequada e oportuna. Tudo se passa diferentemente com o Poder Executivo, a quem incumbe, primordialmente, o exercício da função administrativa. A administração pública é voltada para o futuro. No Estado contemporâneo, extremamente complexo, seria impensável que a lei sempre determinasse, até os últimos pormenores, qual deveria ser o comportamento e a atuação dos diferentes agentes administrativos. A noção de que a Administração Pública é meramente aplicadora das leis é tão anacrônica e ultrapassada quanto a de que o direito seria apenas um limite para o administrador.

Por certo, não prescinde a Administração Pública de uma base ou de uma

autorização legal para agir, mas, no exercício da competência legalmente definida, têm os agentes públicos, se visualizado o Estado globalmente, um dilatado campo de liberdade para desempenhar a função formadora, que é hoje universalmente reconhecida ao Poder Público.

5. Evidentemente, há setores dentro do Poder Executivo em que a vinculação à lei é mais estreita e outro em que ela é mais frouxa. Na Administração Pública, que se realiza exclusivamente sob regras de Direito Público, como é o caso da chamada administração coercitiva (a Eingriffsverwaltung, do direito alemão), a que se contrapõe a Administração prestadora de benefícios (a Leistungsverwaltung), a vinculação à lei e à submissão ao princípio da legalidade são consideravelmente maiores e mais intensas do que as que se verificam quando a Administração Pública atua sob o comando de regras do Direito Privado Administrativo (i.e., do regime jurídico em que as normas que o integram são predominantemente de Direito Privado, mas a que se misturam, também, alguns princípios e regras de Direito público. Ao Direito Privado Administrativo sujeita-se, por exemplo, no Brasil, boa parte da administração prestadora de benefícios, a qual muitas vezes tem como instrumentos pessoas jurídicas de Direito Privado, como as sociedades de economia mista, as empresas públicas e muitas fundações instituídas pelo Poder Público. Os órgãos e entidades da Administração Pública, centralizada ou descentralizada, quando atuam sob regras de Direito Privado não estão, como sustentaram alguns, em terreno onde o princípio dominante é o da autonomia da vontade e libertos, por conseguinte, do princípio da legalidade. Tem-se hoje como assente que o princípio da legalidade cobre e compreende toda a Administração Pública, seja ela exercida com vestes de Direito Público ou de Direito Privado. Apenas, como já foi aqui ressaltado, neste último caso a rede legal é mais aberta, deixando mais espaço à contribuição criadora dos agentes públicos na realização das tarefas do Estado.

## II. CONCEITO DE PODER DISCRICIONÁRIO

6. Ao fixarem as leis as diferentes competências dos órgãos do Estado, se muitas vezes indicam com exatidão milimétrica qual deverá ser a conduta do agente público, em numerosíssimas outras lhes outorgam considerável faixa de liberdade, a qual pode consistir não só na faculdade de praticar ou de deixar de praticar certo ato, como também no poder, dentro dos limites legais, de escolher no rol das providências possíveis aquela que lhe parecer mais adequada à situação concreta. O elenco de providências, conforme dispuser a norma, poderá ser maior ou menor. Determinada norma estabelecerá, por exemplo, a possibilidade de eleição entre as medidas de A até Z; outra apenas entre as medidas de A até F; outra entre as medidas A, B e C; outra entre A e B; e outra, finalmente, apenas a possibilidade de escolher entre praticar ou não praticar o ato.

7. Esse poder de escolha que, dentro dos limites legalmente estabelecidos, tem

o agente do Estado entre duas ou mais alternativas, na realização da ação estatal, é que se chama poder discricionário. Poder discricionário é poder, mas poder sob a lei e que só será válida e legitimamente exercido dentro da área cujas fronteiras a lei demarca. O poder ilimitado é arbítrio, noção que briga com a do Estado de Direito e com o princípio da legalidade que é dela decorrente.

O poder discricionário vem, geralmente, indicado nas leis que definem a competência dos órgãos e agentes públicos pelas expressões “poderá”, “é autorizado”, “permite-se”, ou semelhantes. Ao conceito de poder discricionário contrapõe-se o de competência vinculada ou ligada, referido aos casos e situações em que o Estado está estritamente submetido à lei, não cabendo ao agente público qualquer margem de liberdade.

8. Estabelecido sinteticamente o que seja poder discricionário, será necessário precisar melhor os contornos da noção. Dir-se-á, talvez, que poder discricionário existe tanto no Legislativo, quanto no Judiciário e no Executivo. , porém, ocasião de mostrar que não tem o legislador uma competência vinculada, no exercício da sua função precípua. Não pode ser, em nenhuma hipótese compelido a legislar. Cabe-lhe sempre, por conseguinte, a liberdade de decidir. Ora, o conceito de poder discricionário só tem sentido e só adquire expressão prática quando posto em contraste com outras situações em que o agente do Estado tem o dever jurídico de atuar ou de omitir-se, e pode ser compelido a isso. Relativamente ao Judiciário também já dissemos que a tarefa dos seus agentes consiste ordinariamente na aplicação de regras jurídicas a que estão vinculados de forma estrita, competindo-lhes interpretá-las e fazer a subsunção da situação concreta na generalidade do preceito. Excepcionalmente, tem o juiz, entretanto, possibilidade de eleger a alternativa que, considere mais consentânea com a realização da justiça material e mais adequada ao caso concreto, utilizando-se dos critérios de oportunidade e de conveniência, como, por igual, registramos anteriormente. Há aí, a rigor, poder discricionário. Trata-se, porém, repita-se, de exceção. O exercício do poder discricionário, por mais relevantes que sejam as situações em que ele se manifeste, é sempre uma atividade secundária, marginal ou periférica desempenhada pelos órgãos judiciários. Além disso, o problema do poder discricionário é tratado e definido sob dois ângulos. Um deles, é o da vinculação do Estado à lei; outro é o da impossibilidade de controle, pelo Poder Judiciário, dos atos que dele resultem. No pertinente aos atos de exercício de poder discricionário praticados pelos juízes no desempenho da função judiciária, são eles geralmente revisáveis pela instância superior, o que os faz, quando menos neste aspecto, diferentes dos atos administrativos que expressam aquele mesmo poder.

Já se vê , portanto, que é o Executivo, cujos órgãos se ocupam predominantemente da função administrativa, o campo por excelência do poder discricionário, onde coexiste harmoniosamente com a chamada competência vinculada ou ligada. 9. O poder de escolha, característico do poder discricionário, relaciona-se com o “se” e com o “como” da ação administrativa ou com ambos. O Poder de eleição entre prati-

car ou deixar de praticar determinado ato (escolha quanto ao “se”) exprime a margem mínima de poder discricionário.

Costumam os autores alemães afirmar que o poder discricionário manifesta-se sempre no plano da conseqüência jurídica ou dos efeitos jurídicos (Rechtsfolge), havendo uma espécie de poder discricionário que se verifica na decisão referente à adoção ou não de uma medida determinada (Entschliessungssermessen) e outra que se relaciona apenas com a escolha do ato a ser praticado, dentre as alternativas possíveis (Auswahlmessen). Quanto a esta última distinção, ela corresponde à que aqui já foi feita, quando falamos do poder discricionário pertinente ao “se” e ao “como” do ato da administração. A rigorosa separação realizada pela doutrina alemã entre suporte fático legal (Tatbestand) e conseqüência jurídica ou efeito jurídico (Rechtsfolge) revela, entretanto, uma visão positivista e excessivamente mecanicista do processo de aplicação da norma aos fatos, como se existisse uma nítida linha divisória entre o plano jurídico e o plano dos fatos e como se o direito não resultasse de um processo interintegrativo ou de uma tensão dialética entre norma e fato. Feito este reparo, é forçoso reconhecer, entretanto, a natureza silogística da norma jurídica, que se expressa na fórmula “se A, então B”, em que A é o suporte fático legal e B a conseqüência jurídica ou efeito jurídico. Quanto ao poder discricionário, a fórmula assumiria este aspecto: “se A, então B, C, D, E ou F”, cabendo à autoridade competente escolher qualquer uma delas, sem violação à lei.

A regra sobre competência poderá estatuir que, do elenco de atos legalmente possíveis, tenha o administrador a faculdade de escolher aquele que julgue mais conveniente e oportuno, bem como de determinar a feição concreta que o ato deverá ter. Tome-se, por exemplo, o uso privativo de bem público. Suponhamos que A requereu o uso privativo de determinado espaço da rua X, no centro da cidade, para ali instalar um quiosque de venda de revistas e jornais. À autoridade competente caberá decidir, em primeiro lugar, se irá ou não autorizar o uso privativo. Decidindo-se pela afirmativa, poderá ainda escolher, dentre as espécies de atos administrativos legalmente possíveis para a concretização da sua deliberação, aquela que entenda mais adequada.

Poderá, assim, eleger entre a permissão de uso ou determinar que seja feita concorrência, visando a celebração de contrato de concessão de uso. Na hipótese de ter sido escolhida a permissão de uso, haveria ainda o poder discricionário de definir, dentro dessa categoria jurídica, se o ato seria a termo, sob condição ou puro e, pois, no último caso, revogável a qualquer tempo. Nos chamados atos administrativos de duplo grau, quando, na relação jurídica, há ato administrativo a que se liga negócio jurídico de Direito Privado (p. ex., concessão de empréstimo público ou de subvenção), o poder de determinação do conteúdo do ato administrativo que autoriza o empréstimo ou a subvenção é amplíssimo. Assim, uma vez decidido que a subvenção será concedida, pode a autoridade administrativa determinar que o seu valor será de NCz\$ 10.000,00 ou de NCz\$ 100.000,00 ou de NCz\$ 1.000.000,00, que os juros serão os do mercado ou

subsidiados, que deverão ser atendidas tais ou quais condições, que toda a importância ou só uma parte dela será a fundo perdido, etc. A liberdade do agente público aproxima-se, aí, sem com ela entretanto confundir-se, da liberdade que têm os particulares de determinar o conteúdo dos negócios jurídicos de Direito Privado.

10. É questionado na doutrina se além de existir poder discricionário quanto ao “se” e ao “como” do ato administrativo. ou seja. quanto à escolha da categoria jurídica e à definição do seu conteúdo, haveria ainda poder discricionário quanto ao fim do ato. É sabido que a atividade do Estado é sempre polarizada por um fim de utilidade pública. A vinculação a esse fim genérico, não transforma, porém, todo o ato administrativo em ato de cumprimento de dever jurídico, de sorte a eliminar qualquer margem de poder conferido ao agente. É evidente que o entendimento contrário, se levado às últimas consequências, teria como resultado a negação do poder discricionário, como tem sido sustentado, aliás, por alguns autores integrados na corrente objetivista mais radical. A par do fim genérico, a que tende toda a atividade estatal, pode existir, e geralmente existe, um fim especial, que é o fim imediato do ato administrativo. O título de cidadão de Porto Alegre que a Câmara Municipal desta cidade concede anualmente a pessoas nascidas fora do município que tenham se distinguido em diferentes setores de atividades tem uma finalidade específica, que se inscreve no quadro da moldura mais ampla da utilidade ou do interesse público. Por vezes, o agente público tem a possibilidade de escolher a finalidade específica do ato, dependendo, é claro, da margem de poder que a lei lhe confere ao fixar a competência.

Se a lei, por exemplo, ao constituir poder de polícia, limita-se a declarar que os agentes públicos deverão tomar as medidas necessárias à preservação da ordem e da segurança pública, as providências que forem tomadas para a prevenção de incêndios, atingirão de uma só vez o fim específico do ato, fixado pela autoridade administrativa, e o fim genérico, expresso na lei ou que é inseparável da atividade do Estado.

### III. PODER DISCRICIONÁRIO E CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

11. A discussão de poder discricionário e conceitos jurídicos indeterminados têm em comum, ou não, o estabelecimento de uma área de livre apreciação, dentro dos limites legais, na realização da ação administrativa, é hoje mais do que centenária. Remonta ao confronto, estabelecido no direito austríaco, entre as posições de Bernazik e Tezner. O primeiro sustentava a existência de uma discricionariedade técnica, pretendendo com isso referir-se à extrema complexidade com que frequentemente se apresentam os problemas administrativos. Estes suscitarão várias opiniões ou propostas de solução, a respeito das quais, porém - muito embora no plano estritamente lógico só possa existir uma única correta -, será frequentemente difícil ou mesmo impossível afirmar qual a mais acertada. Essa deficiência cognitiva é que estaria a impedir que o

Poder Judiciário, nesses casos, exerça controle, substituindo o juízo da administração pelo seu. Foi Tezner, entretanto, quem primeiro, na verdade, estabeleceu o discrimine entre poder discrecionário e conceitos jurídicos indeterminados. A distinção foi por ele realizada ao criticar a Corte Administrativa da Áustria, que considerara como poder discrecionário da Administração Pública e insuscetíveis de revisão judicial casos de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, como “interesse público”, “paz e ordem pública”, “conveniência”, “necessidade”, etc.

A polêmica a propósito desse tema atravessa toda a República de Weimar e é retomada, com novo vigor, após a edição da Lei Fundamental, na Alemanha Federal.

A orientação hoje dominante no direito germânico é a de que os conceitos jurídicos indeterminados estão insertos no suporte fático legal (Tatbestand) e os problemas com eles relacionados resumem-se todos - ou pelo menos predominantemente - à interpretação da regra jurídica, diferentemente do que se passa com o poder discrecionário, que se constitui num poder de eleição da consequência ou do efeito jurídico (Rechtsfolge). Sendo assim, os conceitos jurídicos indeterminados são, em princípio, suscetíveis de exame judicial quanto à correção ou incorreção de sua aplicação, ou da subsunção do caso concreto no preceito abstrato, pois logicamente só existirá uma única aplicação certa.

12. O conceito jurídico indeterminado, exatamente por ser vago e impreciso, pode ser preenchido por vários conteúdos diversos (p. ex., “injúria grave”, “falta grave”, “conduta desonrosa”, “segurança nacional”, “utilidade pública”, “perigo”, “noite”, “moralidade pública”, “interesse social”), em contraste com outros conceitos jurídicos definidos e exatos (p. ex., a velocidade de 80 km horários; o prazo de 24 horas).

A respeito dos conceitos jurídicos indeterminados costuma-se referir à imagem extremamente plástica de Philipp Heck, segundo a qual eles teriam um núcleo de significação preciso e um halo periférico vago e nebuloso. Ninguém hesitaria, assim, em qualificar como falta grave a violenta agressão física praticada pelo funcionário subalterno contra o seu chefe que, cortesmente, apontara um erro no trabalho do subordinado. Por outro lado, a ninguém ocorreria considerar como falta grave o fato de o funcionário comparecer dois dias ao trabalho sem barbear-se. Na zona cinza, que é o limite entre o “conceito” e o “não-conceito”, isto é, entre o campo coberto pela norma jurídica e a área que por ela não é atingida, é que surgem todas as dificuldades.

13. Alguns dos conceitos jurídicos indeterminados são conceitos empíricos, pois referem-se a fatos, estados ou situações de natureza ou da realidade (p. ex. “escuridão”, “noite”, “perigo”, “perturbação”, “ruído”, “velocidade”, “morte”), outros são conceitos de valor (também chamados de conceitos normativos), pois exigem do intérprete ou do aplicador da norma uma apreciação em termos valorativos (p. ex., “conduta desonrosa”, “motivo torpe”, “culpa grave”, “falta grave”, “moralidade pública”, “interesse público”, “segurança nacional”).

Tanto os conceitos empíricos (especialmente quando sua aplicação envolve um

prognóstico, uma avaliação dos efeitos ou conseqüências que a medida terá no futuro), quanto os conceitos de valor, ao realizar-se a operação de subsunção frequentemente dão causa a dúvidas e perplexidades, determinando diversidade de opiniões. É comum, em torno de questões técnicas com que trata quotidianamente a Administração Pública (p. ex., no julgamento de licitação de uma obra pública, ao escolher-se a proposta “mais conveniente ao interesse público”) dividirem-se as opiniões dos expertos. Algo parecido ocorre com os conceitos de valor. Assim, na avaliação quanto à moralidade de um filme ou de um programa de televisão é habitual formarem-se posições diversas e contraditórias no meio da opinião pública e dos próprios órgãos administrativos do Estado.

14. Bem por isso é que na doutrina e na jurisprudência tem sido sustentado que, em tais casos, pode haver um controle jurisdicional limitado da aplicação pela Administração Pública de conceitos jurídicos indeterminados. Reconhece-se, desse modo, em favor dos órgãos administrativos do Estado, a existência de uma “área de apreciação” (Beurteilungsspielraum), como quer Bachof, ou a impossibilidade de o Judiciário substituir a decisão tomada pela Administração Pública ao eleger uma das várias soluções “sustentáveis” (Vertretbaren) ou razoáveis, como pretende Ule, pois em todas essas situações teria a Administração Pública o que Hans Julius Wolf chama de “prerrogativas de avaliação” (Einschützungsprerogative). Nesses casos altamente duvidosos, como a Administração Pública está mais perto dos problemas e, de regra, está mais bem aparelhada para resolvê-los, parece que só a ela deve caber a decisão final, não indo, pois, excepcionalmente, o controle judicial ao ponto de modificar ou de substituir a decisão administrativa.

Essa impossibilidade relativa do controle judicial da aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados pela Administração Pública não os transforma, entretanto, em fonte de poder discricionário. A diferença fundamental que há entre poder discricionário e conceito jurídico indeterminado, no que se liga ao controle jurisdicional, está em que, no primeiro o controle restringe-se aos aspectos formais, externos, do ato resultante do seu exercício, ou aos seus pressupostos de validade (competência do agente, forma, desvio de poder, etc.), mas não entra na apreciação do juízo de conveniência ou oportunidade da medida - no mérito do ato administrativo, como se costuma dizer no direito brasileiro. Todavia, no pertinente aos atos de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, o controle judicial é, em princípio, total, só esbarrando na fronteira da impossibilidade cognitiva de declarar se a aplicação foi correta ou equivocada. Ilustremos isso com dois exemplos. O ato do Governador do Estado que nomeia juiz para o Tribunal de Alçada, escolhendo-o da lista tríplice que lhe foi apresentada pelo Tribunal (CF, art. 94, parágrafo único), é típico exercício de poder discricionário. Não cabe ao Judiciário dizer que atenderia melhor ao interesse público a nomeação de A ou B, que seriam mais capacitados para a função do que C, que foi o nomeado. Competirá, porém, ao Judiciário examinar inteiramente o ato administrativo que proibiu a venda de certo agrotóxico, por considerá-lo prejudicial à saúde pública, só restringindo sua

apreciação caso venha o próprio julgador a verificar que, a propósito da nocividade do produto, há várias opiniões técnicas divergentes, não podendo ele dizer qual seria a mais acertada.

15. Em conclusão, relativamente à diferença, quanto à sindicabilidade judicial, dos atos administrativos que aplicam conceitos jurídicos indeterminados e dos que envolvem exercício de poder discricionário é possível resumir tudo do seguinte modo:

(a) - O exame judicial dos atos administrativos de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados não está sujeito a um limite a priori estabelecido na lei. O próprio julgador, no instante de decidir, é que verificará se há um limite, ou não, ao controle judicial. Haverá limite se, em face da complexidade do caso, da diversidade de opiniões e pareceres, não podendo ver com clareza qual a melhor solução, não lhe couber outra alternativa senão a de pronunciar um non liquet, deixando intocada a decisão administrativa.

(b) - O exame judicial de atos administrativos que envolvem exercício de poder discricionário está, a priori, limitado pela lei, a qual fixou desde logo as linhas dentro das quais poderá a autoridade administrativa livremente tomar suas decisões. Dentro daquele espaço, qualquer uma delas será juridicamente incensurável e inexaminável pela autoridade judiciária.

Notadamente no que respeita à avaliação de exames, na apreciação da correção de questões formuladas em provas, para a verificação de conhecimento, em situações assemelhadas a estas e ainda naquelas que envolvem, também, a avaliação de funcionários ou servidores públicos, encontram-se exemplos na jurisprudência, tanto nacional quanto estrangeira, de controle limitado da aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, os quais, aliás, aparecem freqüentemente confundidos com poder discricionário. A limitação tem causa na existência de juízo altamente pessoal ou no entrelaçamento do ato administrativo com aspectos pedagógicos.

16. É de registrar-se, finalmente, que muitas vezes, na mesma norma jurídica há a conexão de conceito jurídico indeterminado com poder discricionário. Nisso não há nada de singular. O intérprete deverá separar os dois conceitos e tratá-los de acordo com os princípios e regras que lhe são peculiares.

#### IV. EXERCÍCIO E LIMITES DO PODER DISCRICIONÁRIO

17. Os limites do poder discricionário são os traçados na lei que o instituiu ou os que resultam da ratio legis e do fim geral de utilidade pública, bem como das normas e princípios constitucionais conformadores da ação do Estado.

Dentro desses limites jurídicos estende-se a área de livre apreciação da Administração Pública, guiada pelos critérios da conveniência e oportunidade. É o território do mérito de ato administrativo, em que não é dado intrometer-se o Judiciário.

Poder-se-á criticar as decisões tomadas dentro dos limites da discricionariedade

ou entender que uma outra decisão seria melhor do que a escolhida. No entanto, uma vez que sejam observados os limites, as diferentes decisões ou atos possíveis são, sob o ângulo jurídico, intercambiáveis e fungíveis. Qualquer um deles satisfaz ao direito.

Em numerosas situações, designadamente quando se cuida do exercício do poder de polícia, a definição concreta dos limites do poder discricionário não está estabelecida previamente. Tem o agente público apenas uma indicação extremamente vaga de que deve existir uma proporção entre a ação e a reação, entre a perturbação do interesse público, da ordem, da segurança ou da saúde pública e a medida de polícia que se destina a afastá-la. medida de polícia utilizada, é que se verificará, concretamente, se os limites do poder discricionário foram ou não respeitados.

18. Aliás, em alguns casos, quando diante do fato concreto só cabe uma única medida possível, não se poderá sequer falar em poder discricionário. A discricionariedade fica, aí, reduzida a nada, a zero, pela eliminação da possibilidade de escolha.

19. Hipótese interessante de modificação dos limites do poder discricionário, ou até mesmo de sua eliminação, é aquela em que, apesar de a lei haver instituído o poder discricionário, a uniformidade da conduta dos agentes públicos provoca a incidência de princípios constitucionais, como o da igualdade ou o da segurança jurídica ou boa-fé. O problema, no Brasil, tem sido escassamente tratado na doutrina e ainda não apareceu, ao que nos conste, na nossa jurisprudência. No direito estrangeiro, notadamente no francês e no alemão, tem dado causa, no entanto, a acesas discussões, especialmente no campo do direito administrativo da economia. A este propósito, já tivemos ocasião de observar: “No planeamento econômico é comum conceder-se ampla faixa de discricção ao administrador na concessão de estímulos, consistentes sobretudo em vantagens financeiras aos particulares. A distribuição desses benefícios nem sempre atende, no entanto, estritamente, ao preceito da igualdade. No direito francês, a orientação adotada, como não poderia deixar de ser, foi a de preservar, tanto quanto possível, a regra da igualdade, pela atenta comparação dos casos. Distinguem os franceses, a esse propósito, entre “situations comparables et non comparables” (Laubadere, André de, *Droit Public Economique*, Paris, Dalloz, 1980, p. 287 e segs.). Mas, indaga Laubadere, “que gênero e que grau de diferença dever-se-á considerar como critério da não comparabilidade das situações e que fazem com que medidas aparentemente discriminatórias não violem o princípio da igualdade de tratamento”. E é o mesmo autor quem responde: “Conquanto a jurisprudência seja extremamente abundante nesta matéria, não é possível extrair dela uma definição ou um fio condutor” (id., *ibid.*, p. 288). Admite-se, contudo, no direito francês a desigualdade de comportamento da Administração Pública, desde que a medida tenha sido tomada no interesse geral. É ainda Laubadere quem sinala haver o Conselho de Estado se recusado, em numerosos casos, anular atos discriminatórios do Poder

Público sob o argumento de que “não ficou estabelecido que a medida criticada inspirou-se em considerações estranhas ao interesse geral” (id., *ibid.*, p. 290-1). O direito público alemão parece ter avançado mais, no resguardo do princípio superior

da igualdade. Enquanto, como acabamos de observar, no direito francês o Conselho de Estado admite francamente a ruptura do princípio, desde que as providências da

Administração Pública, no exercício do poder discricionário, tenham perseguido o interesse geral, e não hajam resultado, portanto, de causas ou razões subalternas (o que caracterizaria, aliás, o desvio de poder), no direito germânico firmou-se modernamente a orientação de que a reiterada conduta da Administração Pública num determinado sentido, ainda que no exercício do poder discricionário, implica uma “auto-vinculação” (Selbstbindung). Comentando este entendimento, que é hoje indiscutido no Direito Alemão, diz o constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho que “a igualdade imposta pelo princípio do Estado de Direito, é constitucionalmente consagrada, é a igualdade perante todos os atos do poder público.

É nesse contexto que se fala hoje no princípio da auto-vinculação da administração. Mesmo nos espaços de exercício discricionário (Ermessensrichtlinie), o princípio de igualdade constitucional impõe que se a administração tem repetidamente ligado certos efeitos jurídicos a certas situações de fato, o mesmo comportamento deverá adotar em casos futuros semelhantes. O comportamento interno transforma-se, por força do princípio da igualdade, numa relação externa, geradora de direitos subjetivos dos cidadãos. A praxe administrativa ou o uso administrativo serão aqui um elemento importante para a demonstração de violação ou não do princípio da igualdade. Com razão se caracterizou o princípio da igualdade, nestes casos, como norma de comutação (Umschaltnorm), isto é, uma norma que opera a comutação de linhas de orientação interna discricionária em preceitos jurídicos externos, juridicamente vinculados” (Direito Constitucional, Coimbra, Almedina, 1971, v, 2, p.51). Esta parece ser a correta solução para o problema, tendo-se presente que o agente público, no exercício do poder discricionário, não é absolutamente livre” (Problemas Jurídicos do Planeamento, RDA, 170:1-17, Rio de Janeiro, out/dez. 1987).

20. Os vícios relacionados com o exercício do poder discricionário podem ser de várias espécies:

(a) - transgressão dos limites do poder discricionário - verifica-se quando o agente público desrespeita as balizas legais fixadas ao seu poder discricionário. (p. ex., se a lei estabelece competência para aplicar multa entre Cr\$ 100,00 e Cr\$ 500,00 e a multa imposta foi de Cr\$ 600,00 ou de Cr\$ 50,00) .

(b) - abuso ou desvio do poder discricionário - caracteriza-se quando o agente público pratica o ato visando a um fim - público ou privado, pouco importa - diverso daquele previsto na regra de competência ou para a qual o poder discricionário foi instituído (p. ex., transferência de funcionário, não por necessidade de serviço, mas por vingança pessoal; desapropriação de um bem porque o proprietário faz oposição ao governo; utilização do poder de polícia para fins fiscais). É o caso clássico de desvio de finalidade ou de détournement de pouvoir do direito francês.

(c) - não-exercício ou exercício deficiente do poder discricionário, por erro do

agente - ocorre quando o agente público acredita que sua faixa de escolha é menor do que a lei efetivamente lhe concede ou que sua competência é vinculada, ou que simplesmente não dispõe de competência alguma, quando em realidade está investido de poder discricionário. O erro poderá decorrer, em princípio, tanto de um equivocado entendimento da norma quanto de uma inexata apreciação dos fatos. Poderá ser, portanto, tanto de direito, quanto de fato.

21. Nas hipóteses a e b a consequência jurídica será a absoluta invalidade do ato. Na hipótese c o erro da autoridade que praticou o ato, se consistir em *error iuris* será, via de regra, juridicamente irrelevante e, se for *error facti*, poderá dar causa à anulação de ato jurídico, o qual, entretanto, não será nulo de pleno direito. A omissão do agente, que se crê incompetente, poderá ser interpretada como denegatória de pedido de particular, caso transcorra prazo razoável, que, no Direito Brasileiro, se tem entendido que é de 30 dias.

## V. CONTROLE JUDICIAL DO PODER DISCRICIONÁRIO

22. A história, no Brasil, do controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, tem evidenciado uma constante ampliação da revisão judicial.

Neste particular, os lineamentos básicos da judicial review no Direito Brasileiro foram postos, nos primórdios da República, apesar de algumas imprecisões técnicas evidentes e de algumas repetições inúteis, pela Lei nº 221, de 1894, que, ao estabelecer a organização da Justiça Federal, assim dispunha, no art. 13, 9º:

“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.”

Afirmava-se, desse modo, que os limites do controle judicial começavam onde se iniciava o mérito ou o merecimento do ato administrativo - expressões tomadas de empréstimo ao direito italiano, mas que deitaram raízes sólidas no nosso direito - não se permitindo que o exame se estendesse aos aspectos da conveniência ou oportunidade.

É certo que, num primeiro momento, logo após a edição da Lei nº 221, entraram em conflito concepções de duas vertentes distintas: uma inspirada no Direito Constitucional dos Estados Unidos, que estendia o controle dos tribunais comuns sobre todos os atos da Administração Pública e outra inspirada no Direito Francês, então largamente conhecido pelos nossos publicistas, que adota, como é sabido, o princípio da dupla jurisdição, impedindo que os tribunais comuns examinem os atos do Executivo.

Conquanto a Constituição de 1891, então vigente, seguisse, quanto ao controle judicial, o modelo americano, houve quem sustentasse, com abundantes citações de autores franceses e belgas, em discursos parlamentares e em obras de doutrina, a impossibilidade de o Judiciário pronunciar-se sobre a invalidade de ato administrativo, pelo vício de incompetência, pois isto seria hostil ao princípio da separação e harmonia dos poderes constitucionalmente assegurado (Viveiros de Castro, *Tratado de Ciência da Administração e Direito Administrativo*, Rio, 1914, p. 679 e ss.).

23. Não foi esta, entretanto, a orientação observada pelo Supremo Tribunal Federal que, desde cedo, fixou o entendimento de que os limites de investigação do Poder Judiciário eram os levantados pelo mérito dos atos administrativos.

Tudo estava, entretanto, em definir o que fosse o mérito do ato administrativo.

Assim, por longo tempo, decidiram nossos tribunais que o ato administrativo de demissão de funcionário público, embora a lei previsse causas perfeitamente definidas, só poderia ser apreciado sob os aspectos externos (competência do agente, observância da forma, regularidade do inquérito, etc.), mas que não caberia ao Judiciário analisar a prova para verificar se efetivamente estava caracterizada a hipótese legal a que a norma vinculava a consequência jurídica de demissão. Isso seria pronunciar-se sobre a justiça ou injustiça ou sobre o mérito do ato administrativo. Ainda em 10 de junho de 1942 decidia o Supremo Tribunal Federal que, apurada “falta administrativa em processo regular, contra a qual nada se arguiu, não cabe ao Poder Judiciário examinar a prova nele produzida para saber se a pena de admissão foi exagerada ou não” (RDA, 3:92; Seabra Fagundes, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, Rio de Janeiro, 1950, p. 180) .

Os protestos da doutrina e que eram formulados também em votos vencidos de alguns ministros do Supremo Tribunal Federal acabaram modificando, na década de 1950, aquela equivocada interpretação que transformava um ato administrativo vinculado em ato administrativo de exercício de poder discrecionário.

24. Bem mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal negou a existência de poder discrecionário dos Tribunais de excluir, imotivadamente e por deliberação tomada em sessão secreta, qualquer candidato ao cargo de juiz da lista dos concorrentes (RDP, 85: 175, 1988) .Tratava-se de prática antiga e abusiva dos tribunais brasileiros, até não faz muito por eles utilizada para impedir o acesso das mulheres aos cargos da judicatura, em franca violação do princípio geral da isonomia e da igualdade de acesso aos cargos públicos.

25. Ainda com relação ao ingresso no serviço público, o Judiciário brasileiro tem sujeitado ao seu controle, sempre com a ressalva de que não está se intrometendo no mérito do ato administrativo, casos em que, em prova realizada em concurso público, a resposta reputada como certa pela Administração Pública é manifestamente errada (TJRS, 79:272, 1980) ou quando, constando de Edital que as questões seriam de escolha simples (uma única resposta correta), verificou-se que havia, pelo menos,

duas respostas que seriam corretas (TJRS, 71:225, 1978; 73:297, 1979; 74:261, 1979; 97:270, 1983); ou quando, na valorização de títulos, a Administração Pública adota critérios desiguais para os candidatos (TJRS, 114:222, 1986). Decidiu, porém, o STF que a adoção de critério de correção, que consiste em atribuir nota negativa às questões objetivas respondidas erradamente, “não contraria nenhuma disposição legal ou regulamentar”, não ferindo, portanto, qualquer direito subjetivo dos concorrentes (RTJ, 104:993, 1983).

Na verdade, questões formuladas em prova que só admitem, objetivamente, uma única resposta certa, não abrem espaço à Administração Pública para considerar como correta outra resposta que não aquela. Não há, nestes casos, qualquer poder discricionário. De resto, seria absurdo admitir a existência do poder discricionário de transformar o falso em verdadeiro e vice-versa. O que ordinariamente ocorre é hipótese de aplicação de conceito jurídico indeterminado, onde, como se viu, o controle judicial é amplo e total, só se restringindo em face das peculiaridades do caso concreto, quando faleçam elemento ao julgadores para identificar, dentre as várias soluções razoáveis possíveis, qual delas seria a melhor. Nada impede assim, como já foi aliás, decidido, que o Judiciário proceda à verificação da existência, ou não, de “valor histórico e artístico” de determinado bem, para examinar a legalidade do ato jurídico de tombamento (RDA. II. fasc. I: 124, 1945).

26. Modernamente surgiu, em toda parte, a tendência a apertar o controle judicial sobre os atos administrativos, fundada no argumento de que quando a norma jurídica concede poder discricionário ao administrador, tal poder há de ser exercido de forma que a decisão seja a que melhor atenda ao interesse público.

Por mais sedutora que possa parecer esta idéia, tem ela contra si, desde logo, as numerosas situações em que a própria lei claramente equipara as alternativas possíveis (p. ex., nomeação de juiz ou servidor mediante escolha de uma lista de nomes; nomeação para cargo em comissão; concessão de títulos e condecorações; outorga de autorização). Nas demais hipóteses, o que se há de verificar são os reais limites do poder discricionário. Já vimos que a definição desses limites consiste, freqüentemente, numa tarefa complexa, pela multiplicidade de elementos que devem ser levados em conta: o fim perseguido pela lei; os princípios e regras constitucionais; os princípios fundamentais do direito administrativo; a proporcionalidade entre o ato administrativo e o fato que o determinou. etc. O espaço que restar, após a consideração desses variados fatores, será o poder discricionário dos agentes administrativos. Nesse campo, diferentemente do que se passa com a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, não poderá o Poder Judiciário imiscuir-se. Não será, aliás, inoportuno lembrar que a distinção hoje plenamente consolidada entre poder discricionário e conceitos jurídicos indeterminados teve a conseqüência prática de sujeitar de forma integral, na generalidade dos casos, uma larga fatia do que antes se considerava poder discricionário ao controle judicial.

27. O poder discricionário, não é, em conclusão, um resíduo do absolutismo

### Poder Discrecionário...

---

que ficou no Estado de Direito, nem um anacronismo autoritário incrustado no Estado contemporâneo. Ele não pode ser visto como uma anomalia ou como um vírus que deva ser combatido até a extinção. Trata-se, simplesmente, de um poder contido pela lei e pelo controle judicial dos pressupostos formais do seu exercício, um poder sem o qual seria impossível a atividade criadora e plasmadora do futuro exercida pela Administração Pública.



## PRESCRIÇÃO QUINQUENÁRIA DA PRETENSÃO ANULATÓRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COM RELAÇÃO A SEUS ATOS ADMINISTRATIVOS

### I. INTRODUÇÃO

Os autores de Direito Administrativo não costumam examinar de forma exaustiva o instituto da prescrição, no duplo aspecto das pretensões dos particulares contra o Poder Público e das pretensões deste contra aqueles. Via de regra, tocam na questão da prescrição quando relacionada com o poder disciplinar ou limitam-se a comentar as disposições especiais pertinentes à prescrição quinquenal das pretensões dos particulares contra o Poder Público e a jurisprudência que se consolidou em torno desse tema<sup>1</sup>, Ruy Cirne Lima<sup>2</sup> e, após, João Leitão de Abreu<sup>3</sup> são, entre os nossos administrativistas, os que de maneira mais ampla cuidaram de precisar as linhas fundamentais do instituto da prescrição nos seus dois desdobramentos dominantes,

Não conhecemos, entretanto, trabalho em que se procurasse investigar as conseqüências, em todos os seus pormenores, da regra sobre prescrição enunciada no art. 21 da Lei da Ação Popular<sup>4</sup>, notadamente no que diz com a prescrição da pretensão anulatória das pessoas jurídicas da Administração Pública no pertinente aos atos administrativos por elas próprias praticados<sup>5</sup>.

Sobre a prescrição em Direito Administrativo pode-se dizer que o entendimento até hoje basicamente prevalecente é o mesmo que acabou por cristalizar-se na interpretação que a doutrina e a jurisprudência deram às disposições do nosso Código Civil. Em outras palavras e em termos práticos, o prazo geral de prescrição a que se sujeita a Administração Pública, relativamente as suas pretensões contra os particulares, é o de vinte anos, se prazo menor não tiver sido especialmente previsto em lei federal.

1 O Decreto nº 20.910, de 6.01.1932 e o Decreto-Lei nº 4.597, de 19.08.1942 constituem a legislação básica. A jurisprudência mais importante é a expressa na Súmula 443 do STF e a que se refere à chamada prescrição do fundo de direito, que fixou orientação hoje sempre repetida pelos nossos tribunais

2 Princípios de Direito Administrativo. São Paulo, RT, 1982. p. 97 e ss.

3 Da Prescrição em Direito Administrativo. Porto Alegre, 1961, publicação do Conselho do Serviço Público. republicado na Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul, vol. 6, p. 15 e ss.

4 Lei nº 4.717, de 29.06.1965.

5 Lúcia Valle Figueiredo, Curso de Direito Administrativo, São Paulo, Malheiros, 1995, p. 152, sustenta, por outras razões, a prescrição quinquenária da pretensão da Administração Pública a invalidar seus próprios atos administrativos. Trata-se, porém, de uma voz isolada. Diz a eminente administrativista: "O Direito repele, sem dúvida, situações pendentes. Deveras, o instituto da prescrição visa, exatamente, à estabilidade das situações constituídas pelo decurso do tempo. Entendemos ser de cinco anos o prazo prescricional para se atacar as relações travadas pela Administração Pública. Não endossamos, pois, com todo respeito pela opinião de outros conceituados autores, o prazo prescricional de vinte anos. Temos afirmado que as situações jamais são de 'mão única'. Assim como as ações contra a Administração Pública devem respeitar o prazo prescricional de cinco anos, também entendemos que a invalidação do ato não se possa dar em prazo maior".

É de acrescentar-se, nesse contexto, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sintetizada nas Súmulas 346 e 473, reconhece à Administração Pública o poder de decretar a invalidade de seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tomem ilegais, ou de revogá-los, por razões de oportunidade e conveniência, respeitados, porém, nesta última hipótese, os direitos adquiridos. Ambas as Súmulas, entretanto, nada esclarecem sobre a prescrição da pretensão anulatória de que está investido o Poder Público. Em se tratando de nulidade absoluta, tal pretensão anulatória seria imprescritível, como sustentam alguns? Ou estaria sujeita ao prazo geral previsto nas leis civis, e que, hoje é de vinte anos, como pensam outros?

Creemos que, desde a vigência da Lei da Ação Popular o prazo prescricional das pretensões invalidantes da Administração Pública, no que concerne a seus atos administrativos, é de cinco anos. É isto que pretendemos demonstrar neste artigo.

Se correta essa conclusão, como pensamos que seja, seu interesse cresce de ponto quando se atenta para a circunstância de que a nossa jurisprudência, salvo algumas decisões isoladas<sup>6</sup>, não tem acolhido, com a amplitude que seria de esperar em razão dos ricos e numerosos exemplos do direito comparado, a sanatória ou o convalidamento da nulidade dos atos administrativos, pela incidência do princípio da segurança jurídica, quando a Administração Pública, inexistindo má-fé dos destinatários, deixa que transcorra considerável lapsode tempo sem invalidá-los. É bem verdade, porém, que, em contraste com isso, na nossa doutrina de Direito Administrativo essa tese tem obtido sempre maior número de aplausos de prestigiosos autores, o que, certamente, acabará por retletir-se nas decisões dos tribunais<sup>7</sup>.

## II. A POSIÇÃO TRADICIONAL

No seu excelente estudo sobre a prescrição em Direito Administrativo, que seguimos em todo este tópico, observa João Leitão de Abreu que, no Direito romano primitivo, imperava o princípio da imprescritibilidade das pretensões, o que se exprimia na perpetuidade das ações, nas *actiones perpetuae*. Introduzida pelo Direito pretoriano a prescrição, “já então se frisava, porém, que a *praescriptio temporis* tolhia a *actio* mas deixava incólume o direito”<sup>8</sup>. Lembra ainda Leitão de Abreu, invocando lição de Savigny, que “as ações especiais do fisco sujeitavam-se à prescrição em época

6 O leading case, neste particular, é a decisão do STF, relator Bilac Pinto, no RE nº 85. 179-RJ (RTJ 83/921), com remissões a outras decisões (RTJ 37/248 e 45/589). Veja-se, ainda, RDA 114/288, 134/217; RTFR 26/110; RJTJSP 38/318. Mais recentemente, o Tribunal Federal Regional da 4ª Região pronunciou-se, pela sua 3ª Turma, também no mesmo sentido (RTRF 4ª Região, 6/270 e 6/345). Igualmente o STJ, na Resp. nº 6.518-RJ, DJU de 16.09.91, p. 12.621).

7 Miguel de Seabra Fagundes, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, Rio, Konfino, 1950, p. 50-51; e Parecer, in RDP 16/99, Miguel Reale, *Anulamento e Revogação dos Atos Administrativos*, Rio, Forense, 1968, p. 81 e ss., Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, RT, 1990, p. 182, Weida Zancaner, *Convalidação e Invalidação dos Atos Administrativos*, São Paulo, Malheiros, 1993, p. 90; Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 1993, p. 236; Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, São Paulo, Atlas, 1992, p. 179, embora com restrições; Lúcia Valle de Figueiredo, *op. cit.*, p. 15 e ss.

8 *op. cit.*, p. 20.

na qual as ações em geral eram imprescritíveis<sup>9</sup>, sendo o prazo de vinte anos, como está expresso em fragmento de Hermogeniano<sup>10</sup>. E registra, ainda o mesmo autor: “De qualquer forma, não deixa de ser curioso o fenômeno de haver precedido a consagração, embora parcial, da prescrição das ações fiscais à das demais ações. Tanto mais é isso para estranhar, quanto é exato que a evolução posterior do direito, até os tempos modernos, propende para inverter a posição anterior, pois, enquanto se mantinha a prescrição das ações em geral, recalçava-se em admitir que as ações fiscais prescrevessem. No período regalista essa tendência ganhou foros de cidade, sendo expressão dela, no velho direito francês, o brocardo: qui mange ia vache du roi en paye ies os e, no direito saxão, nullum tempus occurrit regi<sup>11</sup>”.

No Brasil, antes do Código Civil, a prescrição ordinária das dívidas ativas da Fazenda nacional era de quarenta anos e, após o Código Civil, sustentava Clóvis Bevilacqua sua imprescritibilidade, deduzida da inalienabilidade dos bens públicos<sup>12</sup>.

Tal entendimento, porém, não mereceu acolhida. Como mostrou Ruy Cirne Lima, a razão principal de não haver vingado foi a de que a inalienabilidade dos bens públicos não é absoluta, podendo ser afastada por lei da órbita da pessoa administrativa a que pertençam. E, em se tratando de prescrição, somente à lei federal cabe dispor sobre ela. Assim, diz o mestre gaúcho, “reduz-se, pois, a opinião de Bevilacqua à afirmativa de que nenhuma lei federal regula e estabelece a prescrição de direitos da União, dos Estados e Municípios<sup>13</sup>”.

Como ficaria, pois, a prescrição de Direito Administrativo? A essa indagação respondeu definitivamente Luiz Carpenter ao sinalar que o Código Civil, diferentente do tratamento que dispensou ao Direito Comercial, quanto ao Direito Administrativo e ao Direito Processual “estabeleceu prescrições especiais ou mais curtas do que a ordinária que, de outra sorte, cairiam na esfera das leis administrativas e das leis processuais. Daí e do que diz o art. 179 do mesmo Código Civil brasileiro, concluimos que a prescrição de trinta anos ‘(hoje, de vinte anos, acrescentamos nós)’ é também a prescrição ordinária vigente no Direito Administrativo e no Direito Processual do Brasil<sup>14</sup>”.

Desse modo, e segundo o entendimento até hoje plenamente uniforme, seria, essa, pois, a prescrição a que devem sujeitar-se, na ausência de lei que disponha diferentemente as pretensões anulatórias do Poder Público, com relação aos próprios atos administrativos. Caberá, ainda, perquirir se algumas pretensões da Administração Pública, relacionadas com atos inválidos, são ou não imprescritíveis, antes de encetarmos a análise da alegação que pensamos ter sido introduzida pela Lei da Ação Popular, no seu art. 21, quanto ao prazo geral para as pretensões anulatórias do Poder Público.

9 op. e p. cit.

10 D. 44, 3, 13

11 op.cit.,p.20-21.

12 CC, art. 66, III, combinado com o art. 67.

13 op. cit., p. 98-99

14 Manual do Código Civil Brasileiro, de Paulo de Lacerda, Rio, s.d.t. IV, n!l. 186, p. 368; Ruy Cirne Lima, op. cit., p. 99.

### III. SEGURANÇA JURÍDICA E IMPRESCRITIBILIDADE

Um dos temas mais fascinantes do Direito Público neste século é o do crescimento da importância do princípio da segurança jurídica, entendido como princípio da boa-fé dos administrados ou da proteção da confiança. A ele está visceralmente ligada a exigência de maior estabilidade das situações jurídicas, mesmo daquelas que na origem apresentam vícios de ilegalidade<sup>15</sup>. A segurança jurídica é geralmente caracterizada como uma das vigas mestras do Estado de Direito. É ela, ao lado da legalidade, um dos subprincípios integradores do próprio conceito de Estado de Direito<sup>16</sup>.

A consagração dessa idéia importou que se formasse obstáculo intransponível à integral transposição para o Direito Administrativo da teoria das invalidades do Direito privado. É sabido que, desde o Direito romano, prevalece no Direito privado a regra de que o ato jurídico nulo de pleno direito jamais pode gerar efeitos jurídicos: *quod nullum est nullum producit effectum*. Daí se extrai o corolário de que a nulidade absoluta é perpétua. Ela é insuscetível de sanar ou de convalescer. A essas características associam muitos autores a imprescritibilidade da pretensão à decretação de invalidade do ato absolutamente nulo. E é por isso, também, que, em face de deficiência tão grave, pode o juiz decretar de ofício a nulidade, enquanto que, em se tratando de anulabilidade, seu pronunciamento fica condicionado à provocação dos interessados.

Ora, esses traços que compõem o quadro geral da invalidade dos atos jurídicos no direito privado não podem ser deslocados por inteiro para o direito público porque a noção de interesse público ou de utilidade pública, em torno da qual se estrutura e gira todo aquele setor do direito, pode exigir, em certas situações, a permanência no mundo jurídico do ato originariamente inválido, pela incidência do princípio da segurança jurídica<sup>17</sup>. Quer isso significar, em outras palavras, que no direito público, não constitui uma excrescência ou uma aberração admitir-se a sanatória ou o convalecimento do nulo. Ao contrário, em muitas hipóteses o interesse público prevalecente estará precisamente na conservação do ato que nasceu viciado mas que, após, pela omissão do Poder Público em invalidá-lo, por prolongado período de tempo, consolidou nos destinatários a crença firme na legitimidade do ato. Alterar esse estado de coisas, sob o pretexto de restabelecer a legalidade, causará mal maior do que preservar o status quo. Ou seja, em tais circunstâncias, no cotejo dos dois subprincípios do Estado de Direito, o da legalidade e o da segurança jurídica, este

último prevalece sobre o outro, como imposição da justiça material. Pode-se dizer que é esta a solução que tem sido dada em todo o mundo, com pequenas modificações de país para país<sup>18</sup>.

15 Para uma visão panorâmica da importância do princípio no direito comparado, veja-se Almiro do Couto e Silva. Os Princípios da Legalidade e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo, RDP 84/46.

16 J.J. Gomes Canotilho, Direito Constitucional, Coimbra, Almedina, 1991, p. 384 e ss.

17 Miguel Seabra Fagundes. O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário. p. cit.

Bem se vê, portanto, que iguais razões militam no sentido de repelir-se, via de regra, no Direito Administrativo, a imprescritibilidade das pretensões do Poder Público com relação aos particulares<sup>19</sup>, especialmente no que se refere à decretação de nulidade de seus atos administrativos que tenham aqueles por destinatários. Aliás, mesmo nas relações de direito privado, a tendência jurisprudencial tem sido no sentido de sujeitar à prescrição vintenária as pretensões que visam a obter a decretação de nulidade de ato jurídico, quando não se cogita de direito real.

#### IV. O ART. 21 DA LEI DA AÇÃO POPULAR

A Lei nº 4.717, de 29.06.65, declara, no seu art. 21, que a ação nela prevista prescreve em cinco anos. Em termos mais rigorosos há de ler-se essa disposição como se nela estivesse escrito que a pretensão e a ação a pleitear a anulação ou a declaração de nulidade dos atos lesivos aos bens, valores e interesses protegidos pelo art. 52, LXXIII, da Constituição Federal e art. 1º, daquela Lei prescrevem em cinco anos.

Como é sabido, o que é atingido pela prescrição são as pretensões e as ações. A prescrição é instituto de direito material que, diferentemente do que sucede com a preclusão ou decadência, não afeta o direito subjetivo, mas sim encobre ou bloqueia a pretensão<sup>20</sup>. Por via de consequência, encobrirá ou bloqueará, igualmente, a ação de direito material e a ação processual<sup>21</sup>.

Poderia pensar-se, num primeiro momento, que o prazo prescricional estabelecido na Lei da Ação Popular só diria respeito aos cidadãos, que são os que têm legitimação ativa para a propositura daquela ação.

Há de se ponderar, entretanto, que o princípio democrático é um dos princípios estruturantes da nossa Constituição, consagrado na fórmula clássica de que “todo o poder emana do povo e em seu nome será exercido”.

A ação popular é um instrumento de participação democrática no controle da atividade do Estado, função que também é exercida, por certo dentro de limites bem mais exíguos, pelos direitos subjetivos públicos, como já lembrava Georg Jellinek<sup>22</sup>.

A ação popular visa a resguardar interesses que não são pessoais do autor, mas, sim, de toda a coletividade. O autor age pro populo<sup>23</sup>. A pretensão anulatória que tem

18 cf. notas 7 e 15, supra.

19 Uma das exceções a esta regra é a imprescritibilidade da pretensão à decretação de nulidade de venda de bem público, dado o regime especial a que essa classe de bens está sujeita e que se caracteriza, precisamente, pela inalienabilidade, impenhorabilidade e imprescritibilidade. Assim, por exemplo, STJ, RE nº 11.831-PA, DJ de 17.05.93. Veja-se, a propósito, Ruy Cime Lima, op. cit., p. 78 e ss.

20 Entre nós, por todos, Pontes de Miranda, op. e vol. cit., p. 98 e ss.

21 O reconhecimento legislativo de que a prescrição é instituto de direito material está no Código Civil, (arts. 177 e ss.) e no art. 269 do Código de Processo Civil, que, ao prever as hipóteses de extinção do processo com julgamento de mérito, arrola entre elas a de o juiz decretar a decadência ou a prescrição (inciso IV).

22 System des Effentlichen Subjektiven Rechte. Tübingen, Scientia Aalen, 1919.1979, p. 67 e ss.

23 A doutrina tem sustentado que o sujeito ativo da relação jurídica é a coletividade (Seabra Fagundes, Paulo Barbosa Campos Filho) e que o cidadão é mero substituto processual (Moacyr Amaral Santos e Ephraim de Campos Jr., apud Ruy

qualquer um do povo com relação aos atos administrativos (e aos atos jurídicos em geral) lesivos dos interesses constitucionalmente protegidos não deve ser, assim, diversa da pretensão anulatória que tem o Poder Público.

Até o reconhecimento da ação popular em nosso sistema jurídico, quem se incumbia de zelar pelos interesses públicos era exclusivamente o Estado. Os particulares só poderiam recorrer ao Poder Judiciário, para reclamar contra algum ato do Estado, quando deles resultasse lesão a seus direitos subjetivos. Fora dessa hipótese não havia como pleitear a invalidação de qualquer medida da Administração Pública, porquanto sempre se configuraria falta de legitimação.

O contencioso que se estabelecia era, portanto, de caráter puramente subjetivo, para usar distinção feita por Duguit<sup>24</sup>. Inexistia ainda, no Brasil, o contencioso objetivo, como há muito já conhecia o direito francês com o recurso por excesso de poder. No contencioso objetivo o dado que é realmente relevante é a violação do ordenamento jurídico, do direito objetivo, podendo inexistir qualquer lesão a direito subjetivo de quem recorre aos tribunais.

A introdução da ação popular no direito nacional inaugurou forma de contencioso ou de jurisdição objetiva. Mas, enquanto no direito francês exige-se para o recurso por excesso de poder que tenha sido atingido um interesse legítimo do autor da ação<sup>25</sup>, na nossa ação popular qualquer cidadão é legitimado a propô-la. Vê-se, pois, que o nosso controle objetivo é consideravelmente mais amplo do que o vigorante na França ou, poderia dizer-se, ainda bem mais despojado de elementos de subjetividade do que aquele. Aqui admite-se que o cidadão, só por esta condição, tenha interesse jurídico na proteção de bens e valores públicos, dando-se a ele instrumentos para provocar o controle pelo Poder Judiciário dos atos inválidos lesivos daqueles bens e valores.

Desse modo, o povo, por seus cidadãos, cuida para que o Estado não se desvie das normas jurídicas a que está sujeito, sendo titular, para a consecução desses objetivos, de direito, pretensão e ação.

Forçoso é concluir, portanto, que a pretensão à invalidação de atos administrativos, de que o povo, por seus cidadãos, está investido, não é e nem pode ser diferente da pretensão que tem o Poder Público de invalidar aqueles mesmos atos jurídicos.

É sob esta luz que deve ser lido e interpretado o art. 6º, § 3º, da Lei nº 4.717/65, ao estatuir que “a pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente”.

A faculdade de a entidade “atuar ao lado do autor”, que a lei concede, gerou dúvida quanto à posição processual que a pessoa jurídica assume no processo. Cremos,

---

Armando Gessinger, Da Ação Popular Constitucional, Porto Alegre, Col Ajuris, 1988, p. 29.

24 Léon Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, Paris, Boccard, 1923, vol. II, p. 458 e ss.

25 Sobre a noção de interesse no recurso por excesso de poder. George Vedel/Pierre Delvolve. *Droit Administratif*, Paris, PUF, 1992, vol. II, p. 268 e ss.

entretanto, que essa discussão teórica tem pequena consequência prática”, pois a sentença, na ação popular, possui eficácia de coisa julgada oponível erga omnes, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova (art. 18). Por outro lado, como já lembramos, a ação popular inaugurou, entre nós, uma espécie do que Duguit chamava de contencioso objetivo, no qual o autor reclama contra a lesão ao direito objetivo, e não a violação de um direito subjetivo de que seja titular, situação, esta última, que o jurista francês designava como contencioso subjetivo.

Essa particularidade faz com que as figuras processuais da assistência simples, ou mesmo da assistência litisconsorcial, moldadas sobre relações jurídicas de direito privado, não se adaptem inteiramente à ação popular, e de forma muito especial no que se refere à possibilidade que tem a pessoa jurídica que praticou o ato de tomar posição ao lado do autor.

Na verdade, na ação popular a entidade que praticou o ato é sempre parte e se situa, originariamente, no pólo passivo da relação jurídica (art. 6º). Uma vez citada, porém, pode ela ou (a) contestar a ação, ou (b) não contestá-la, ou ainda (c) passar a atuar ao lado do autor. Na última hipótese, a pessoa jurídica muda de posição processual, para postular, junto com o autor, a invalidação do ato.

Isso nada tem de insólito, mas, bem ao contrário, encontra correspondência no comportamento que a Administração Pública pode adotar com relação a seus próprios atos administrativos. Geralmente ela os mantém por acreditar na sua validade, mas cabe-lhe, também, quando convencida dos vícios que os afetam, invalidá-los. Nesse caso goza a Administração pública de um privilégio que não é outorgado aos particulares com relação a seus atos jurídicos. Ela tem, nessa situação, direito, pretensão e ação de direito material a decretar a invalidade dos seus próprios atos administrativos, não sendo obrigada a exercer a prestação jurisdicional para conseguir esse resultado. Basta exercer a ação de direito material.

Com maior concisão, será lícito afirmar-se que a Administração Pública, com relação a seus atos, pode defendê-los ou a eles contrapor-se, invalidando-os diretamente e sem intermediação do Poder Judiciário, quando nulos.

Algo semelhante se verifica na ação popular, com essa possibilidade de variação de posição que se permite à pessoa jurídica, de tal sorte que a ela será dado defender o ato, contestando a ação, ou não defendê-lo, quer deixando de contestar, quer postulando, ao lado do autor, sua invalidade.

Questiona-se, entretanto, no último caso, se a hipótese será de assistência adesiva simples, de litisconsórcio ativo facultativo ou de assistência litisconsorcial. Conquanto tenhamos advertido que, em razão dos efeitos erga omnes da sentença, essa disquisição em termos práticos pouco signifique, não nos furtaremos a examinar o problema, ainda que de modo sucinto.

A primeira observação a fazer-se, nesse particular, é que, cogitando-se de contencioso objetivo, não tem o autor popular qualquer relação jurídica material com os

réus da ação. A Constituição Federal outorgou ao cidadão um meio de participação política, ao permitir-lhe, mesmo sem lesão a direito subjetivo seu, mas na defesa dos interesses superiores da coletividade, o recurso àquele remédio constitucional.

Fica difícil conceber, assim que no pólo ativo da relação processual possam existir meros assistentes, isto é, sujeitos de direito que tenham relações jurídicas com o adversário do autor e que estariam juridicamente interessados em que o autor saísse vitorioso na demanda, porquanto uma sentença adversa lhe poderia causar prejuízo.

Creemos que no pólo ativo outros cidadãos só poderão figurar como litisconsortes e não como assistentes. Em se tratando, porém, da entidade que praticou o ato cuja invalidação é objeto da ação popular, a questão é mais complexa.

Também neste caso parece que será de descartar-se, desde logo, a assistência adesiva simples. Não há, na ação popular, uma relação jurídica condicionante entre o autor popular e a entidade que praticou o ato jurídico e outra, daquela dependente ou por ela condicionada, entre a pessoa jurídica e o benefício do ato atacado, como sucede nos exemplos clássicos da locação e da sublocação, ou da obrigação principal e da fiança. Já dissemos, mais de uma vez, que o contencioso é objetivo.

Seria também inaceitável admitir que a pessoa jurídica que praticou o ato e que é originariamente parte, situando-se no pólo passivo da relação processual, se transforme depois em terceiro juridicamente interessado, caso decida figurar ao lado do autor na ação. Seria mais lógico que ela permanecesse parte, ainda quando se transferisse para o pólo ativo da relação processual, sem deixar, contudo, de assistir ao autor.

A hipótese se enquadraria na assistência litisconsorcial prevista no art. 54 do CPC, o qual determina que o assistente da parte principal seja considerado litisconsorte “toda a vez que a sentença houver de influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistente”.

Sendo nulo o ato, tanto o cidadão como a pessoa jurídica que o praticou têm direito, pretensão e ação a invalidá-lo. Proposta a ação popular, tolhe-se a possibilidade de a pessoa jurídica invalidar o ato pelo simples exercício da ação de direito material.

Se pretender que o ato seja invalidado, caberá a ela, como se viu, ou não contestar a ação (permanecendo, portanto, no pólo passivo da relação jurídica) ou assumir posição ao lado do autor, no exercício, já agora, de ação de direito processual à invalidação. Geralmente a Administração Pública não utiliza a ação de direito processual para invalidar os atos administrativos que pratica, pois goza do privilégio, já ressaltado, de exercer ação de direito fuateriál para alcançar aquele objetivo. Mas nada impede que o faça, o que poderia ocorrer, por exemplo, em casos dúbios, em que a invalidade não fosse tão evidente ou manifesta ou, ainda, na ação popular, mas aqui não como autor, mas sim como assistente litisconsorcial do autor. Em litisconsórcio ativo facultativo, em sentido próprio, parece-me que não se poderia falar, uma vez que desistindo o autor da ação popular, não fica assegurado à pessoa jurídica que praticou o ato -diferentemente do que a lei determina quanto a qualquer cidadão ou a representante do Ministério

## Prescrição Quinquenária...

---

Público - promover o prosseguimento da ação (art. 9º).

Tal peculiaridade acentua o matiz de assistência, ainda que litisconsorcial. Assim, ao transferir-se para o pólo ativo da relação jurídica processual, a pessoa jurídica que exarou o ato combatido na ação popular figura ao lado do autor como litisconsorte, portanto como parte, e não terceiro e, ao mesmo tempo, como assistente. É esta a posição de Pontes de Miranda, fiel à expressão literal do art. 54 do CPC<sup>26</sup>. Seja como for, quer se cogite de litisconsórcio ativo facultativo ou de assistência litisconsorcial, ou até mesmo de assistência simples, em todas as situações a pessoa jurídica que praticou o ato está inteiramente submetida aos efeitos da coisa julgada, dada a eficácia erga omnes da sentença proferida na ação popular, exceto quando julgada improcedente por insuficiência de provas.

Nessa conformidade, reconhecida na ação popular a ocorrência da exceção de prescrição, a pretensão da Administração Pública à invalidação do ato administrativo fica encoberta ou bloqueada pela prescrição em todas as hipóteses, ou seja, tenha ela, ou não, contestado a ação ou haja preferido tomar posição ao lado do autor. Isto significa, pois, que não poderá mais invalidar o ato administrativo, invocando, por exemplo, as Súmulas 346 e 473 do STF, uma vez que a sentença considerou prescritas as pretensões do autor da ação e do Poder Público, seja qual for a posição que este haja assumido no processo.

Como prescrição é matéria de mérito (CPC, art. 269, IV), também não haverá como pretender aplicar o art. 268 do CPC, que é restrito aos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito.

Ora, a lógica que se predica ao sistema jurídico, como a qualquer sistema, está a exigir que se, na ação popular, a pretensão da Administração Pública a invalidar seus próprios atos prescreve em cinco anos, a mesma solução se deverá dar quanto a toda e qualquer pretensão da Administração Pública no pertinente à anulação de seus atos administrativos. Nenhuma razão justificaria que, nas situações em que não tenha sido proposta a ação popular, a prescrição fosse de vinte anos, encurtando para cinco se eventualmente proposta aquela ação.

Não se cuida, aqui, de prescrição de um determinado tipo de ação, como sucede, por exemplo, com a ação executiva, o que não impedirá o credor, entretanto, de fazer valer o seu crédito na ação ordinária de cobrança. Na ação popular, prescrita a pretensão e a ação, não será mais possível exercê-las em outra via processual.

Assim, por interpretação extensiva da regra do art. 21 da Lei da Ação Popular, ou por analogia, a fim de que se preserve a harmonia do sistema, mantendo-o como um todo tanto quanto possível coerente, lógico e racional, a conclusão necessária será a de que a prescrição de toda e qualquer pretensão que tenha a Administração

Pública com relação à invalidação de seus atos administrativos deverá ter o prazo de cinco anos.

---

<sup>26</sup> Comentários ao C.P.C. Rio, Forense, Rio, vol. II. p. 69.

Penso que não seja esta, ainda, a solução ideal, na afirmação do princípio da segurança jurídica. Outros sistemas normativos estabelecem prazos preclusivos ou decadenciais para o exercício do direito de a Administração invalidar seus atos administrativos. A caracterização do prazo como preclusivo, e não como prescricional, tem a vantagem de permitir a declaração de ofício da ocorrência da preclusão. Caso se cogitasse de prescrição, como exceção que é, deveria ser, de regra, argüida.

No direito francês, desde o *affaire Dame Cachet*, de 1922, esse prazo é de sessenta dias, o mesmo estabelecido para a interposição do recurso por excesso de poder<sup>27</sup>. Na Alemanha, a Lei de Procedimento Administrativo de 26 de maio de 1976, fixou, no seu art. 48, o prazo de um ano<sup>28</sup>. No Brasil, José Frederico Marques havia proposto que esse prazo fosse, por semelhança com o direito francês, o mesmo assinado à impetração do mandado de segurança, ou seja, de cento e vinte dias. A doutrina entendeu, creio que com inteiro acerto, que esse prazo seria extremamente curto<sup>29</sup>.

O prazo de cinco anos, que é o prazo prescricional previsto na Lei da Ação Popular, seria, no meu entender, razoável e adequado para que se operasse a sanção da invalidade e, por consequência, a preclusão ou decadência do direito e da pretensão de invalidar, salvo nos casos de má-fé dos interessados. A isso poder-se-ia chegar por elaboração doutrinária e por construção jurisprudencial. Dadas, porém, as resistências que, nesse particular, existem no nosso Direito, como tive ocasião de observar, a matéria seria de lege ferenda. É tempo, na verdade, de editar-se norma legal instituindo prazo preclusivo do direito da Administração Pública a invalidar seus próprios atos administrativos, a fim de que se reforce, no nosso país, o princípio da segurança jurídica, que tem aqui um relevo modesto e desproporcionado, se posto em cotejo com o princípio da legalidade.

Enquanto tal não sucede, que pelo menos se abandone o velho entendimento de que a prescrição da pretensão da Administração Pública a invalidar seus próprios atos administrativos é de vinte anos. Estou convencido que tal posição tomou-se insustentável desde o advento da Lei da Ação Popular. Contudo, por um desses fenômenos, tão frequentes como inexplicáveis, de inércia do direito antigo, que, apesar de revogado, acaba preponderando sobre o direito novo, é ela que continua ainda largamente dominante na nossa doutrina e na nossa jurisprudência.

Ficáramos mais próximos da realização do ideal de justiça material se, enfim, simplesmente aplicássemos o preceito de ordem geral, que está no nosso sistema jurídico há mais de três décadas, e que impõe o prazo prescricional de cinco anos para o exercício da pretensão do Poder Público à anulação dos seus próprios atos administrativos.

27 Long/WeiVBraibant/Delvolvé/Genovois, *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*, Paris, Sirey, 1993, p. 221 e ss. Vd. nota 15, supra, e Miguel Reale, op. cit., p. 87.

28 Pela regra do art. 48, § 42, a invalidação do ato administrativo só é possível, após o transcurso do prazo de um ano, quando esteja caracterizada a má-fé do beneficiário. Não há dúvida, também, na doutrina, que se trata de prazo preclusivo e não de prazo prescricional. Veja-se StelkeslBonk/Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz -Kommentar* -C.H.Beck, Miinchen, 1993, p. 1.096.

29 Miguel Reale, op. cit., p. 87.

## **RESPONSABILIDADE DO ESTADO E PROBLEMAS JURÍDICOS RESULTANTES DO PLANEJAMENTO**

1 .No século passado o Estado tinha poucos admiradores. Hegel, que nele via a superação do indivíduo e, ao mesmo tempo, a realização plena da liberdade humana<sup>1</sup>, constitui uma exceção ilustre a essa regra. O pensamento liberal dominante, em afirmação polêmica contra o autoritarismo ainda recente das monarquias absolutas, cuidava de travar o poder do Estado ou até mesmo destruí-lo. Liberais, que pelos rótulos de hoje talvez fossem chamados de direita, consideravam o Estado um empecilho ao livre desenvolvimento das forças existentes na sociedade, as quais, conduzidas pela “mão invisível” a que se referia Adam Smith, acabariam encontrando naturalmente seu ponto de equilíbrio. Outros liberais, à época chamados de radicais e que em nossos dias são identificados como de esquerda, em suas projeções históricas anunciavam o desaparecimento do Estado. Isso aconteceria logo após o triunfo do proletariado sobre a burguesia, como pretendiam os anarquistas, ou após um período intermediário de ditadura do proletariado<sup>2</sup>.

2. A experiência histórica encaminhou-se, contudo, por outros rumos. Apesar dos seus inimigos e da multiplicidade de instrumentos engendrados para limitar o poder estatal (a divisão de poderes, a idéia do Estado de Direito e o princípio da legalidade, o conceito de direito subjetivo público e os elencos de direitos e garantias inscritos nas constituições, bem como o sistema federativo são os exemplos mais eminentes). nunca

---

<sup>1</sup> Principes de la Philosophie du Droit, Gallimard, 1940, pp. 240-2.

<sup>2</sup> Karl Marx, Le Manifeste Communiste, Oeuvres, Gallimard-Pléiade, vol. I, pp. 18-2.

se verificou tão impressionante crescimento da área de atuação do Estado. mesmo nos regimes mais marcadamente democráticos e liberais. A expansão dos serviços públicos, a que o progresso tecnológico deu e continua a dar significativo impulso, tornou o homem moderno extremamente dependente da Administração Pública, especialmente nos grandes centros urbanos. O Estado social, o Estado do bem-estar, o Estado prestador de benefícios ou o Estado-providência, com o qual se identificam, em maior ou menor proporção, os Estados democráticos modernos, tem nessa dependência uma das principais vertentes da sua força, pois a ninguém interessará a destruição do Estado, tal a desorganização social que fatalmente se estabeleceria<sup>3</sup>.

3. Nos regimes totalitários, de esquerda ou de direita, é óbvio que a ingerência do Estado na vida das pessoas tem um realce e uma importância ainda consideravelmente maiores. As cláusulas vagas do interesse do povo, da utilidade pública ou da segurança do Estado, indispensáveis, aliás, em qualquer sistema de Direito Público atual, são ali noções incontrastáveis, diante das quais nada contam os interesses individuais. Não causa surpresa, portanto, que o planejamento estatal tivesse sido e continue sendo amplamente utilizado nesses regimes. Como instrumento de ação pública o planejamento não é, porém, exclusivo dos regimes totalitários. No passado questionou-se a viabilidade do planejamento em sistemas abertos, de estilo democrático. Cabe notar, todavia, que a função administrativa, por natureza, implica atividade racional, que se destina a obter um máximo de resultados com um mínimo de ônus ou de inconvenientes. Deve ser, por conseguinte uma atividade planejada<sup>4</sup>. Planejamento há, pois, em qualquer regime político de nossos dias. A intensidade do planejamento, seu tipo ou seu grau de imperatividade é que se alterarão, conforme tenham, ou não, de ser respeitados

3 Ernst Forsthoft, *Sociedad Industrial y Administración Pública*, título da tradução espanhola que reúne os ensaios *Rechtsfragen der Leistenden Verwaltung e Der Staat als Auftraggeber*, Madrid, 1967, p. 51. E. certo que ultimamente verificou-se o ressurgimento do pensamento liberal, sendo líderes dessa tendência, por um lado, os componentes da chamada escola de Chicago, com Milton Friedmann à frente e, por outro, Friederich Hayeck. Postulam eles, em suma, o retraimento da intervenção estatal na economia, a substancial redução dos programas sociais do Estado, a diminuição dos impostos, tudo fundado na crença otimista de que a livre iniciativa, sem a mão do Estado, ajustará naturalmente as tensões existentes na sociedade, produzindo mais benefícios sociais do que os que são hoje proporcionados pelo Poder Público. No plano econômico é uma reação às teorias de Keynes, implantadas nos EUA com o New Deal e, no plano político, uma oposição ao Estado Social, em que se transformou o Estado liberal burguês do século XIX (excelente condensação das idéias que informam este movimento encontra-se nas obras de Henri Le Page, *Demain Le Capitalisme e Demain Le Liberalisme*. Paris, 1978 e 1980, respectivamente). O altíssimo custo do Estado social tornou os governantes de alguns dos principais países desenvolvidos simpáticos a esse neoliberalismo. A Inglaterra de Margareth Thatcher, que se confessa admiradora de Hayeck; e os EUA, na gestão Reagan, estão aplicando receitas neoliberais. Na área social as conseqüências imediatas geradas por essa política na Inglaterra são conhecidas: desemprego e tumulto. Nos EUA os efeitos são de difícil avaliação, por tratar-se de uma experiência ainda muito recente. De qualquer maneira, mesmo que o Estado social venha a sofrer, nos próximos tempos, uma revisão crítica e submeter-se a algumas modificações setoriais, parece-me fora de cogitação o retorno. a uma linha de pensamento que conduziu ao chamado capitalismo selvagem. Confiar plenamente na livre iniciativa é uma ingenuidade. Basta lembrar que na primeira década deste século, o liberalismo exacerbado expressava-se ainda em decisão da Suprema Corte dos EUA que julgou inconstitucional lei que limitava em dez horas a jornada de trabalho das p-darias, sob o argumento de que infringia o princípio constitucional que assegura a liberdade de contratar. Na segunda metade do século passado inúmeras decisões de tribunais americanos pronunciaram-se pelo mesmo fundamento. pela inconstitucionalidade de leis fixadoras de salário-mínimo ou disciplinadoras das condições de trabalho de mulheres e crianças (sobre isso, W. Friedmann, *The State and The Rule of Law in Mixed Economy*, London, 1971. pp. 21 e 32).

4 Wolff-Bachoff, *Verwaltungsrecht*, Miinchen, 1974, vol. I, pp. 8 e SS.

direitos subjetivos públicos.

4. Fica assim claramente visto que, nos regimes de corte democrático, o primeiro problema jurídico que o planejamento projeta no plano lógico - o da sua admissibilidade em face da Constituição - é hoje, senão uma indagação de valor puramente histórico, pelo menos uma questão de simples medida. Efetivamente, não se discute mais que o planejamento seja possível dentro dos regimes democráticos. O que se pode discutir é se determinado plano, sob suspeita de violar direitos e garantias individuais, será ou não conciliável com a Constituição.

No caso brasileiro, a Constituição Federal alude ao planejamento em diversos preceitos. A ele se refere, entre outros, o art. 8º em três itens: no item V, ao atribuir competência à União para “planejar a promover o desenvolvimento e a segurança nacional”, no item IX, ao dizer que é também da competência da União “estabelecer o plano nacional de viação” e no item XIV, no qual declara competir, igualmente, à União “estabelecer e executar planos nacionais de educação e saúde, bem como planos regionais de desenvolvimento”. O conflito entre planos financeiros e econômicos dos Estados com os planos nacionais ou regionais de desenvolvimento, cujas diretrizes estejam estabelecidas em lei federal, é hipótese de intervenção nos Estados (CF, art. 10, V, “c”), o que põe em evidência a energia com que a Constituição brasileira defende o planejamento econômico, tornando inquestionável sua legitimidade.

5. Outro reflexo do planejamento na área do Direito foi a modificação do conceito tradicional de lei. É sabido que no primitivo Direito Romano a lei era apenas a vinculação que se estabelecia mediante a palavra. Os vínculos que os particulares constituíam, ao manifestar vontade na regulação de seus interesses privados, chamavam-se *leges privatae*. *Leges publicae*, a sua vez, eram as vinculações instituídas pelo povo reunido em assembléia. O casuismo do pensamento romano, o seu pendor a raciocinar em torno de problemas e situações concretas transparece no fato de que as primeiras *leges publicae* tinham por objeto casos isolados e consistiam, basicamente, na celebração ou homologação de negócios jurídicos, cujos efeitos eram primordialmente de direito privado. Tal a hipótese do *testamentum calatis comitiis* e da *ad rogatio*<sup>5</sup>.

O contato com o pensamento grego, caracteristicamente inclinado à abstração, é que fez penetrar no Direito Romano a idéia de que a lei deveria ser geral<sup>6</sup>. A isonomia, a necessidade de que os iguais sejam tratados igualmente, e os desiguais desigualmente, é uma exigência da justiça, sobre a qual muito pensaram os gregos<sup>7</sup>.

A generalidade da lei, enquanto dado material da sua própria definição, é o modo pelo qual se restringe o arbítrio e se estabelece o primado da razão sobre a pura vontade. O antagonismo entre *ratio* e *voluntas* divide os escolásticos e a ele recorre Hobbes, no *Leviatã*, ao cunhar a fórmula pela qual, nas monarquias absolutas, se reafirma que o

5 Sobre o antigo conceito de *lex*, por todos, Max Kaser, *Altrö misches Jus*, 1949, pp. 64 e ss

6 Franz Wieacker, *Vom Römischen Recht*, 1961, p. 52.

7 *Id.*, *ib.*

monarca é a *legibus solutus*: *autoritas non veritas facit legem*<sup>8</sup>.

O essencial na lei seria o comando, o poder de quem emana, e não a conformidade interna do preceito com a razão.

Ultrapassada essa fase, o conceito de lei que prevalece é o fixado por Rousseau, para quem a lei deveria ser geral num duplo sentido: como manifestação da vontade comum do povo e quanto ao objeto e aos destinatários<sup>9</sup>. A esses requisitos prende-se a célebre distinção feita por Laband entre lei em sentido formal e lei em sentido material<sup>10</sup>. Para que se pudesse falar em lei na última acepção impunha-se que o preceito fosse genérico, abstrato e impessoal, do contrário a lei só seria lei em sentido formal, o que vale dizer que seria ato administrativo com roupagem de lei.

Nesse discrimine, assim como no que mais tarde faz Carl Schmitt entre lei e medida (*Gesetz* e *Massnahme*)<sup>11</sup> percebe-se a preocupação de manter, tão nítidas quanto possível as linhas divisórias entre as funções do Estado, de sorte que o legislativo não se confunda com o Executivo, muito embora funções de um possam ser eventualmente exercidas por órgãos de outro.

A divisão dos poderes ou funções do Estado, com a pureza sonhada por Montesquieu, é, no entanto, meramente ideal, sendo irrealizável no plano prático. O sistema parlamentar de governo, a técnica de delegação legislativa, a outorga de competência à Administração mediante cláusulas gerais consignadas nos textos legislativos, são algumas das instituições político-jurídicas de grande utilização no nosso tempo e que servem para esfumar os traços de separação entre a função legislativa e a administrativa. Ao lado delas existe, ainda, a que consagra os regulamentos autônomos, conferindo por essa via ao Poder Executivo competência para dispor normativamente e com exclusividade, sobre campos de maior ou menor extensão, com o mesmo vigor e eficácia dos atos típicos emanados do Poder Legislativo<sup>12</sup>.

Além de tudo isso, notadamente em matéria de planejamento, passou o Legislativo a editar soluções para problemas concretos, sob a forma de lei. Tão intensa e frequente tem sido essa prática que a doutrina, ao lado do conceito clássico de lei, aqui já esboçado, elaborou a noção de lei-medida (*Massnahmegesetz*), lei-providência ou lei de efeitos concretos<sup>13</sup>. Tais leis seriam, em última análise, uma mistura de lei e ato administrativo, contendo em parte princípios gerais e em parte soluções para situações bem definidas e isoladas.

8 Sobre a evolução do conceito material de lei, Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, Berlin, 1954, pp. 139 e ss.

9 *Contrat Social*, liv. II, c. VI.

10 *Droit Public de L'Empire Allemand*, vol. II, pp. 342 e ss.

11 *Ob. e p. citis*

12 No Brasil não há, em princípio, limite à ação legislativa sendo o regulamento subordinado à lei. Uma exceção a esse princípio, na linha da tradição jurídica alemã, desde Laband, é a consignada no art. 81, V, da Constituição Federal, pelo qual se atribui ao Presidente da República competência privativa para "dispor sobre a estruturação, atribuições e funcionamento dos órgãos da administração federal".

13 O conceito de lei medida (*Massnahmegesetz*) foi criado e especialmente trabalhado por Forsthooff (*Traité de Droit Adminlstratif*, Bruxelles, 1968, p. 495 e nota 48).

As leis que aprovam os planos urbanísticos talvez constituam os exemplos mais perfeitos das leis-medidas ou leis de efeitos concretos. Realmente, os planos municipais que disciplinam o uso do solo urbano e o desenvolvimento das cidades, ao estabelecerem regras sobre zoneamento, gabaritos, índices de ocupação, recuos etc., têm endereço preciso, incidindo com absoluta exatidão sobre o espaço geográfico e produzindo, desse modo, efeitos diretos sobre os proprietários dos imóveis a que se referem. Se a lei com essas características afeta gravemente a propriedade privada, esvaziando ou diminuindo substancialmente o próprio conteúdo do direito. entende-se que a medida tem caráter expropriatório, gerando para o Estado o dever de indenizar. No planejamento econômico, embora em grau menor. são também frequentes as leis-medidas ou as leis de efeitos concretos. E do mesmo modo como o plano urbanístico, o plano econômico suscita problemas jurídicos complexos, quer quanto à igualdade, quer quanto ao dever do Estado de indenizar. Com relação à igualdade, muitas vezes é da índole do plano ser discriminatório, em razão dos próprios fins visados (o que ocorre especialmente quando é utilizada a técnica das subvenções)<sup>14</sup>.

Nenhum, porém, dos problemas jurídicos relacionados com o planejamento oferece maior interesse, a nosso juízo. do que o pertinente à responsabilidade do Estado pela alteração do plano.

6. Compreende-se que ao Poder Público seja dado, a qualquer momento modificar seus planos. A relação que se estabelece entre o Estado e o particular, em razão da lei que aprovou plano econômico, não é de natureza contratual. Não tem, portanto, o particular, direito subjetivo público a exigir que o Estado mantenha o plano. Assim a eventual alteração que sobrevier não encontrará barreira no princípio constitucional que impede tenha a lei efeito retroativo, pela razão fácil de que inexiste, em tais hipóteses, como se disse, direito adquirido. Conquanto possa sempre o Estado alterar seus planos, há situações, contudo, em que a modificação causa tal prejuízo aos particulares e desmente de forma tão acentuada as promessas firmemente feitas pelo Poder Público que importaria grave lesão à justiça material não reconhecer direito à indenização. Em que casos, porém, isso ocorre e qual seria o fundamento jurídico no qual se assentaria o dever de indenizar do Estado e, correspectivamente, o direito subjetivo público dos prejudicados?

7. A responsabilidade patrimonial do Estado é disciplinada pelo art. 107 da CF. Forte corrente doutrinária e jurisprudencial entende que a responsabilidade que esse preceito consagra é objetiva<sup>15</sup>. Assim seria, realmente, se em todos os casos a perquirição da culpa do agente público fosse irrelevante. Há situações, contudo, em que esse exame é ineliminável. Frequentemente não basta a afirmação de que o particular lesado agiu com culpa para excluir-se a responsabilidade do Estado, mas é ainda indispensá-

<sup>14</sup> Laubadère, *Droit Public Economique*, 1980. pp. 286 e ss.

<sup>15</sup> Sobre as diferentes correntes, no Direito brasileiro, por último, Celso Antônio Bandeira de Mello, *Elementos de Direito Administrativo*, pp. 266 e ss.

vel que se comprove que os agentes do Poder Público procederam sem culpa, pois se houver culpa recíproca ou concorrência de culpa, existirá, também, responsabilidade do Estado, ainda que diminuída.

Em outras hipóteses, no entanto, a responsabilidade do Estado é realmente objetiva, dispensando, portanto, a verificação se o lesado teria ou não agido com culpa. A simples existência de nexos causal ou, mais tecnicamente, de “causalidade adequada”, entre a ação do Poder Público e o dano produzido no particular é suficiente para determinar a responsabilidade do Estado. e o que sucede, por exemplo, quando o normal funcionamento de um serviço público, do qual decorre algum perigo, ou a realização de uma obra pública que, em princípio não seria perigosa, acarreta prejuízo aos particulares. Nesses casos, a responsabilidade funda-se no risco administrativo ou no princípio geral de que o sacrifício do patrimônio ou de direitos individuais em benefício da coletividade dá azo a ressarcimento. No direito francês a responsabilidade objetiva parece ter atingido seu ponto culminante naqueles casos em que os tribunais reconhecem existir dever de indenizar do Estado por prejuízos provocados por lei<sup>16</sup>. Trata-se aí, como observa Rivero, de responsabilidade objetiva em estado puro, pois, evidentemente, não se cogita de culpa, nem de risco, decorrendo a responsabilidade, apenas, da aplicação do princípio da igualdade perante os encargos públicos.<sup>17</sup> É certo, também, que a jurisprudência francesa tem estabelecido exigências estritas, na hipótese de responsabilidade puramente objetiva<sup>18</sup>.

Percebe-se, pois, que a responsabilidade extracontratual do Estado deriva, hoje em dia, de três situações básicas. Ela decorre, efetivamente, do dano causado:

a) com violação culposa de dever jurídico que não tenha origem em negócio jurídico;

b) por atividade exercida com risco; c) por atividade lícita do Estado, a qual, apesar de não ser perigosa, produz inconvenientes, desvantagens ou prejuízos a determinados particulares, acima dos padrões normais, tolerados nas relações sociais.

No primeiro caso o fundamento da responsabilidade é a culpa, aliada à infração de dever jurídico; no segundo o risco e no terceiro o princípio da igualdade dos indivíduos perante os encargos públicos. Obviamente, nos dois últimos há responsabilidade objetiva. Na hipótese de responsabilidade derivada da culpa a doutrina francesa distinguiu duas espécies: a culpa imputável a algum agente ou a alguns agentes da Administração e a culpa (faute) ou falha do serviço, quando o dano relaciona-se com o mau funcionamento de um serviço público e não se pode apontar quais os agentes que teriam procedido culposamente. Não será preciso realçar que a designação de culpa ou falha do serviço só se explica tendo-se presente que, desde o arrêt Blanco (no qual se discutia, aliás, precisamente um caso de responsabilidade patrimonial do Estado)

<sup>16</sup> Jean Rivero, *Droit Administratif*, 1973, pp. 271 e 283.

<sup>17</sup> *Id.*, ib.

<sup>18</sup> *Id.*, ib.

## Responsabilidade do Estado...

---

o conceito dominante no direito francês, apesar das críticas que lhe tem sido feitas, é o de serviço público<sup>19</sup>.

Parece-me, porém, que no nosso sistema de Direito Administrativo, onde a noção de serviço público não tem a relevância que possui no direito francês, mais adequado seria denominar-se essa espécie de responsabilidade de responsabilidade por falha da Administração Pública, o que faria refletir-se na designação a generalidade que o conceito realmente apresenta.

De outro lado, como a responsabilidade por culpa exige, ainda, a violação de um dever jurídico, é de indagar se princípios que, no nosso direito, não se expressam em textos legislativos de forma literal ou explícita e que têm origem no plano ético, como por exemplo, o da boa fé, são, não obstante isso, geradores de deveres jurídicos, cuja inobservância implica, em determinadas circunstâncias, a responsabilidade do Estado.

O princípio da boa fé sempre possuiu enorme significado no Direito Privado. No direito romano característica das *actiones bonae fidei* era a determinação que se continha na fórmula de que o iudex apreciasse o comportamento das partes, sua lisura e correção no estabelecimento e no desdobrar da relação jurídica<sup>20</sup>. A *exceptio doli*, de tão larga aplicação no direito comum, era, também, uma decorrência do princípio da boa fé. Na esteira desses antecedentes históricos é que o Código Civil alemão erigiu o princípio da boa fé em princípio supremo, que informa todo o direito das obrigações, sendo fontes de deveres, quer na fase posterior ao contrato, quer na fase das tratativas. Com relação a este último ponto, a matéria foi pela primeira vez versada por Ihering, ao lançar, em célebre artigo, os fundamentos da culpa *in contrahendo*<sup>21</sup>, hipótese que, no direito francês, vem geralmente tratada sob o nome de responsabilidade pré-contratual. O comportamento de uma das partes, na fase das tratativas, induzindo a confiança da outra de que tal procedimento seria adotado, ou omitindo informações de importância capital para que a outra parte possa decidir com relação ao negócio jurídico a ser realizado, ou ainda deixando de mencionar circunstâncias que acabariam forçosamente por produzir a invalidade do contrato, dá ensejo ao dever de indenizar. No caso do contrato nulo fica evidente que a responsabilidade não deflui de negócio jurídico, pois, curialmente, o que é nulo não produz efeitos. Nas hipóteses de culpa *in contrahendo*, ainda que se imponha às partes, na fase pré-contratual, deveres de confiança e lealdade semelhantes aos que derivam do contrato<sup>22</sup>, a responsabilidade tem sua raiz em ato ilícito e implica, geralmente, o ressarcimento do interesse negativo, cingindo-se a reparação aos gastos feitos pela parte no período das tratativas (despesas com viagens, com projetos, etc.). Mais modernamente alguns autores tem ensaiado dar independência à responsabilidade de nos casos da culpa *in contrahendo*, tornando-a uma espécie nova, a meio caminho

19 A análise crítica mais ampla é ainda a de J. L. de Corail, *La Crise de la Notion de Service Public*, Paris, 1954.

20 Sobre os *bonae fidei iudicia* e a *exceptio doli* no Direito Romano, Max Kaser, *Das Römische Zivilprozessrecht*, München, 1966, pp. 109 e ss., e 194 e ss.

21 *Culpa in contrahendo* oder *Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen*, Iherings Jb, 4 (1861), pp. 1 e ss.

22 Lehman-Hübner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, Berlin, 1966, p.238.

entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extra-contratual ou por atos ilícitos, e identificável sob o rótulo genérico de responsabilidade por danos decorrentes da confiança (Vertrauensschadens).<sup>23</sup> Seja como for, o importante é a aceitação, hoje por ninguém posta em dúvida, de que o descumprimento de deveres decorrentes da boa fé pode dar lugar à responsabilidade<sup>24</sup>.

8. Sendo o princípio da boa fé princípio geral de direito, é irrecusável que a ele também se submete o Estado. Já vimos, no entanto, que a supremacia do interesse público sobre os interesses individuais toma admissível que, via de regra, o Estado modifique os rumos de sua política e possa, igualmente, alterar seus planos. A frustração de expectativas é, pois, algo ineliminável na atividade estatal. Há situações, contudo, em que o Estado incentiva de forma tão nítida e positiva os indivíduos a um determinado comportamento, mediante promessas concretas de vantagens e benefícios, que a violação dessas promessas implica infringência ao princípio da boa fé, cabendo ao Estado indenizar os danos decorrentes da confiança. Por certo isso não acontece nos planos meramente informativos, nos quais o Poder Público simplesmente coleta dados ou faz prognósticos e projeções, cabendo ao particular assumir os riscos pela adoção de alguns dos caminhos antevistos pelo plano, mas sim naqueles de caráter incitativo, em cuja implantação ou execução o Estado se compromete firmemente a propiciar benefícios de qualquer natureza, inclusive de índole fiscal. Deve-se esclarecer, porém, que a responsabilidade do Estado raramente poderá derivar do plano em si, estando geralmente ligada ao procedimento da Administração Pública na fase da execução do plano, e aos atos concretos que pratica visando a esse fim<sup>25</sup>.

A responsabilidade do Estado, relacionada com o planejamento, assume singular realce nos casos de "administração concertada", quando entre o particular e o Estado há assunção de compromissos recíprocos, depois quebrados pelo Estado.

Decisivo para concluir-se se os atos do Estado geram mera expectativa ou se deram causa a direito subjetivo é saber se as promessas foram realmente firmes, precisas e concretas. Caso as promessas tenham se revestido dessas características, a alteração posterior do plano, ainda que efetuada mediante lei, implica o dever de indenizar os danos decorrentes da confiança, abrangendo, à semelhança da que sucede no direito privado, em princípio, apenas a reparação do interesse negativo e não dos lucros que o particular teria caso fossem mantidas as mesmas condições.

Nesse sentido tem sido as soluções dadas pelo direito alemão e pelo direito francês<sup>26</sup>. Cuidando-se de aplicação de princípio genérico, como é o da boa fé que

23 Esser-Schmidt, *Schuldrecht*, 1976, vol. II, pp. 95 e ss.

24 Clóvis V. do Couto e Silva, *A Obrigação como Processo*, 1964, pp. 28 e ss.

25 A propósito, escreve Forsthoft: "Esta proteção da confiança e somente ela fundamenta um direito à garantia do plano ou, dito de outro modo, um direito à indenização no caso de uma modificação que resulte prejudicial. Por conseguinte, o plano, como tal, não origina semelhante proteção da confiança. Esta proteção há de vir justificada por circunstâncias especiais, que normalmente são promessas e acordos (Sobre Medios y Métodos de la Planificación Moderna, Joseph Kaiser, Planificación, vol. I, Madrid, 1974, pp. 101 e ss.).

26 Refere Forsthoft (ob. cit., na nota anterior, pp. 100 e ss.) decisão do Supremo Tribunal Federal alemão no qual se declara o direito dos lesados a serem indenizados no caso de o Estado reduzir drasticamente direitos aduaneiros de caráter

não comporta incidência imediata, não é possível ultrapassar, como diretriz para sua realização concreta, os limites estabelecidos pelos requisitos ainda muito abstratos de que a responsabilidade do Estado só surge em razão de promessas firmes e feitas de forma clara e precisa pelo Estado, induzindo os particulares a efetivar investimentos e despesas que, após, se converteram em prejuízo, pela alteração do plano.

9. Na doutrina e na jurisprudência brasileiras tem sido pouco examinado o problema da responsabilidade do Estado nos casos de alteração de plano. Cremos, contudo, que essa responsabilidade existe, embora se afirme em função das peculiaridades das situações concretas, sempre que o Estado causa dano ao violar os deveres decorrentes da boa fé, infringindo o princípio de que ninguém pode impunemente venire contra factum proprium, depois de haver estimulado, com promessas firmes de vantagens, um determinado comportamento.

Em conclusão: a) Entre os problemas jurídicos relacionados com o planejamento poucos suscitam hoje maior interesse do que aqueles que dizem com a responsabilidade do Estado pela alteração dos planos.

Há essa responsabilidade sempre que o Estado, na implantação do plano ou no seu processo de execução acena, mediante promessas firmes, com benefícios e vantagens, induzindo os particulares a um determinado comportamento e ocasionando dano a eles, pela ulterior modificação do plano, mesmo quando realizada mediante lei. A hipótese verifica-se, sobretudo, nos casos de “administração concertada”.

b) A responsabilidade do Estado nessas circunstâncias tem seu fundamento específico na quebra da confiança, com a violação de deveres jurídicos decorrentes do princípio da boa fé.

c) A responsabilidade do Estado, em tais casos, limita-se em princípio, à reparação do interesse negativo do particular, adstringindo-se à reparação do dano emergente.

---

protecionista, em função dos quais os particulares tinham sido levados a realizar grandes investimentos. A jurisprudência francesa é mais extensa, segundo relata Laubadere (ob. cit., pp. 458 e 459). Entre os casos a que alude estão as decisões do Conselho de Estado, reconhecendo o dever de indenizar, por parte do Poder Público, por haver o Estado estimulado empresa a desenvolver consideravelmente suas usinas leiteiras, negligenciando, posteriormente, a previsão de um plano geral de implantação; por haver prometido contingentes de importação que após não foram entregues ou ter prometido garantias contra a repercussão de baixas que a Administração não teve condições de manter. A diferença fundamental entre o direito alemão e o direito francês, neste particular, é que aquele identifica em todas essas situações hipóteses subsumíveis nos danos causados na confiança, enquanto que o último tende a considerar a responsabilidade do Estado, em tais circunstâncias, dentro dos marcos usuais em que essa responsabilidade é afirmada (Laubadere, ob. e p. cit.).



## PROBLEMAS JURÍDICOS DO PLANEJAMENTO\*

1. Antes de abordar o tema central deste trabalho, exporemos a noção de plano e planejamento, examinando, após, as diferentes espécies de plano (item I). No que se refere especificamente aos problemas jurídicos do planejamento, eles podem ser reunidos em três grupos. O primeiro diz respeito à natureza jurídica do plano (item II); o segundo, às implicações da estrutura federativa sobre o planejamento e os planos (item III); o terceiro (e o mais importante de todos), às interferências dos planos nos direitos dos administrados, à questão da existência de um direito de os administrados exigirem o cumprimento do plano, e à responsabilidade civil do Estado por atos relacionados com o plano e sua implantação (item IV).

### I. NOÇÃO E ESPÉCIES DE PLANO

2. Toda atividade humana visa a determinados objetivos. E o homem emprega meios racionais para a consecução desses objetivos. Planejar é isso: estabelecer metas e eleger os meios que serão utilizados para que elas sejam atingidas. Fixada esta primeira noção, será necessário distinguir entre planejamento e plano; palavras que são muitas vezes usadas como se fossem sinônimas, mas não são. O planejamento é uma atividade: o plano, o resultado dessa atividade<sup>1</sup>. O planejamento conduz ao plano. É este o produto daquele, o fim que polariza a atividade do planejamento.

Se planejar é fixar objetivos e eleger os meios mais adequados à sua realização, será forçoso concluir que nunca a administração pública prescindiu do planejamento. Na verdade, quando se cogita de definir a função administrativa pelo ângulo material

---

<sup>1</sup> Maurer, Hartmut. Allgemeines Verwaltungsrecht, München, C. H. Beckl, 1982. p. 308.

ou de destacar os seus traços mais característicos, aponta-se ordinariamente como um dos elementos mais marcantes da atividade administrativa o de que ela é uma atividade racional<sup>2</sup> Tal afirmação importa dizer que o administrador deve buscar obter o máximo de resultado com o mínimo de meios. Ao proceder desse modo, estará planejando e, por conseqüência, produzindo planos. Assim, embora antigamente as palavras planejamento e plano não fossem empregadas com relação ao desempenho das funções públicas, nunca foi possível dirigir o Estado sem que houvesse planejamento e, portanto, planos. Desde que o Estado existe o homem planeja suas guerras. Lembre-se, igualmente, que há muito não prescinde o Estado do orçamento. E o que é o orçamento senão um plano? Planos urbanísticos também são realidade comprovada até mesmo em antiquíssimas civilizações. Com o advento da máquina a vapor, conheceu o século XIX em toda a parte, numerosos planos ferroviários. A própria Constituição, enquanto instrumento principal para a definição da organização do, Estado e instituidor dos grandes princípios disciplinadores do relacionamento entre este e os indivíduos, é, igualmente, lato sensu, um plano: um documento básico, fundamental, que vincula a Nação e a sociedade aos objetivos nele fixados<sup>3</sup>.

Com o crescimento do Estado, em razão de sua transformação de Estado liberal em Estado social, desenvolveu-se enormemente a intervenção do Poder Público na área econômica e social. O Estado que, no século passado, cuidava quase que exclusivamente da manutenção da ordem e da segurança públicas, assumiu funções ativas, modeladoras da própria sociedade. Criaram-se novos serviços, ampliaram-se os existentes e, diante dos recursos financeiros limitados, houve necessidade, mais do que nunca, de planejar melhor a aplicação desses recursos escassos, para com eles obter o máximo de benefício e de resultado.

A Revolução Russa, ao adotar pela primeira vez um planejamento global da economia, e as duas grandes guerras verificadas neste século, ao exigirem um esforço econômico concentrado e dirigido, foram fatores poderosos que contribuíram para disseminar amplamente, em todo o mundo, independente mente de regime econômico ou político, as idéias de planejamento e de plano. Hoje o planejamento tornou-se uma atividade estatal não só imprescindível como também da máxima importância.

3. A administração pública, no Estado moderno, exerce um imenso leque de atividades. Analogamente, são tantos e tão diversos os fins a perseguir, tão diferentes os destinatários e tão variados os meios à disposição de quem planeja, que não é possível estabelecer um modelo de plano a priori, imutável, rígido.

Contudo, apesar da imensa variedade de planos, são eles geralmente classificados em três grandes grupos, diferenciados pelo critério da força vinculativa de que são dotados. Temos, assim:

a) planos indicativos - consistem em dados, projeções e prognósticos sobre al-

<sup>2</sup> Wolff, Hans Julius & Bachof, Otto. *Verwaltungsrecht*. München, C. H. Beck, 1974. v. 1, p. 8 e segs.

<sup>3</sup> Achterberg, Norbert. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. Heidelberg, C. F. Müller, 1982.

gum campo ou diversos campos de atividade, colocados pelo Estado à disposição dos interessados, para que estes possam melhor orientar-se. É claro que têm os indivíduos e as empresas plena liberdade de escolha e de decisão, não havendo, por parte do Estado, qualquer traço de cogência nem, igualmente, o oferecimento de qualquer vantagem concreta, com o intuito de influenciar as decisões ou de incentivar ou estimular os particulares a uma determinada atitude ou comportamento;

b) planos incitativos - por eles busca o Estado obter dos particulares uma forma de atuar e de proceder que afine com os objetivos estabelecidos no plano. Para tanto, utiliza-se o Poder Público de estímulos e incentivos, como subvenções, vantagens fiscais, créditos, fixação de preços mínimos, compromisso de aquisição de safra, melhoramentos da infra-estrutura mediante construção de estradas, fornecimento de energia elétrica, etc., ou, inversamente, desestimulando certas situações ou iniciativas pela imposição, por exemplo, de encargos fiscais mais pesados;

c) planos imperativos - Se, nos dois tipos anteriores, têm os particulares liberdade de escolher a orientação que mais lhes parecer conveniente, apesar dos benefícios que lhes possam ser oferecidos ou dos ônus que eventualmente possam incidir (o que é característico, já o vimos, dos planos incitativos), nos planos imperativos a nota saliente é a cogência. Os particulares ficam submetidos às regras do plano e obrigados a uma determinada conduta, sob pena de conseqüências até mesmo de caráter criminal ou de multas e outras sanções administrativas. Os planos imperativos são muito empregados nos países socialistas, onde a economia é inteiramente programada e planejada: Contudo, em países capitalistas, de regime democrático, são, por vezes, igualmente utilizados. Os planos urbanísticos integram a categoria dos planos imperativos. Na história brasileira, o Plano Cruzado I foi o maior e mais abrangente exemplo de plano econômico imperativo, com o congelamento geral de preços e salários e a substituição da economia de mercado por uma economia, em grande parte, dirigida e controlada pelo Estado.

4. Outra divisão dos planos pode ser feita tomando-se como critério seus destinatários principais. Sob esta luz, os planos podem ser externos ou internos. São externos os que têm como destinatários principais os particulares, e internos os que se endereçam à própria administração pública.

Não será necessário dizer que a importância jurídica dos últimos, por produzirem, freqüentemente, reflexos sobre os indivíduos, interferindo em sua liberdade ou em seu direito de propriedade, é consideravelmente maior do que a dos primeiros.

## II. NATUREZA JURÍDICA DO PLANO

5. Será o plano uma nova forma de atuação jurídica do Estado? Ou apenas uma idéia ou um conceito que ganhou realce pelas circunstâncias históricas que modelaram o perfil do Estado no mundo em que vivemos, a cujo serviço se colocam, todavia, as formas conhecidas de atuação estatal, como as leis, os regulamentos, os demais atos

normativos infralegais, os atos administrativos e até mesmo os atos de direito privado? São questões que têm intrigado os doutrinadores em toda a parte. A resposta que hoje mais frequentemente se dá a essas interrogações é a de que não constitui o plano uma forma nova de atuação jurídica do Estado, mas antes implica a utilização do já conhecido repertório de atos do direito público e do direito privado, a que o Estado recorre para a realização dos seus objetivos<sup>4</sup>.

6. No Estado de direito é evidente que planejar supõe a lei e diz respeito, assim, em primeiro lugar, à função legislativa. De resto, como observa Hartmut Maurer, a maioria das leis é resultante de um planejamento, sendo elas, pois, planos<sup>5</sup>. Deve-se ter presente, ainda, que a administração pública, ao planejar, ao fixar planos e executá-los, está, como sempre, sujeita ao princípio da legalidade. Os laços que devem existir entre o planejamento, o plano e as medidas que o irão implementar (de um lado) e a lei (de outro) não obedecem, contudo, a padrões uniformes. Por vezes a lei é o próprio plano, nada ou pouco restando para ser complementado ou tornado mais específico, pela via do regulamento, do ato administrativo ou de outra qualquer forma de atuação ao alcance do Poder Público. Outras vezes, no entanto, a lei apenas define as competências ou autoriza, orçamentariamente, a utilização dos recursos com que o plano será realizado. No entanto, na última hipótese, a escolha dos objetivos e dos meios adequados (ou seja, numa palavra, a elaboração do plano) é feita pela própria administração pública, dentro da faixa, neste caso muito ampla, de poder discricionário que a lei lhe confere. Para ilustrar o que acabamos de afirmar, pense-se nas leis orçamentárias ou nos planos diretores das cidades brasileiras, geralmente instituídos por leis que - senão na generalidade dos casos, pelo menos nas mais das vezes - são o próprio plano; ou então, no outro extremo, na possibilidade que tem um banco estatal de promover e executar o plano de desenvolvimento de determinado setor agrícola utilizando apenas o crédito público, com prazos especiais ou a juros subsidiados; ou, ainda, no emprego por uma repartição pública de verbas destinadas a subvenções, caso em que, para atender ao princípio da legalidade da administração pública, entende-se que basta existir uma autorização orçamentária<sup>6</sup>.

4 Maurer, Hartmut. op. cit. p. 307 e segs.; Von Münch, Ingo. In: Erichsen-Martens. Allgemeines Verwaltungsrecht. Berlin, Walter de Gruyter, 1986. p. 271

5 Id. *ibid*

6 Jesch, Dieter. Ley y Administración. Madrid, 1978. p. 224 e segs. O problema reconduz à questão da submissão da chamada "administração prestadora de benefícios" ao princípio da legalidade. A distinção entre administração coercitiva ou intervencionista (Eingriffsverwaltung) e administração prestadora de benefícios (Leistungsverwaltung) é corrente no direito alemão. Pela primeira, o Poder Público estabelece restrições e vedações, impõe penas, etc., tendo sido em razão dela que se estabeleceu o princípio da reserva legal. A outra, a administração prestadora de benefícios, é típica do Estado-Providência ou do Estado social. Por ela o Poder Público, em vez de constringer a liberdade ou interferir na propriedade dos administrados, concede vantagens e benefícios aos particulares. Num primeiro momento questionou-se se a administração prestadora de benefícios estaria submetida ao princípio da legalidade da administração pública. Tal controvérsia encontra-se hoje completamente superada, havendo consenso sobre sua sujeição àquele princípio. É inegável, porém, que, ordinariamente, a malha legal que cai sobre a administração prestadora de benefícios é bem mais aberta e bem mais frouxa do que a que incide sobre a administração coercitiva. Em matéria de subvenções, embora a discussão não tenha terminado e esteja ainda muito acesa, a orientação dominante é a de que basta, por vezes, a regra instituidora da competência para conceder essas vantagens, ou então a simples lei orçamentária, para que se considere observado o princípio da reserva legal, A ampla

Em matéria de plano é possível, pois, imaginar, entre essas duas hipóteses, combinações diversas, com vasta gama de nuances, de atividade vinculada e poder discricionário. É também fácil de verificar, dos exemplos aqui trazidos à consideração, a correção da assertiva antes feita de que os planos do Estado e os respectivos atos de execução, se considerados em sua globalidade, podem envolver todas as formas de atuação do Poder Público, desde a lei até os atos jurídicos de direito privado. De atos jurídicos de direito privado serve-se o Estado quando realiza, v. g., subvenção, que não é outra coisa do que doação, ou, pelo menos, negócio jurídico mixtum cum donatione. É curioso observar que, quando a subvenção é concedida por entidade de direito público, o ato que autoriza a subvenção é ato administrativo (de direito público, portanto) e os atos que, posteriormente, concretizam a subvenção (por exemplo, um empréstimo a juros subsidiados) são típicos negócios jurídicos de direito privado.

Note-se, porém, que a finalidade perseguida pelo Estado ao subvencionar não é a mesma que tem em mira o indivíduo quando realiza um contrato de doação. A subvenção concedida a Pedro, como medida de execução de um plano de incremento do plantio de arroz, não tem como objetivo favorecer Pedro ou dar-lhe condições privilegiadas de concorrer com outros orizicultores. O que se busca não é o caso isolado, a situação de A, B ou C, mas fazer com que, pelo estímulo, da subvenção, aumente a produção de arroz, em toda uma região ou em todo o país. Em outras palavras: a finalidade imediata da subvenção, conquanto ela se materialize num ato de direito privado, é de interesse público, o que faz com que as normas de direito privado aplicáveis a esses casos não sejam de direito privado em estado puro, mas sim de direito privado administrativo, como tem sido reconhecido pela doutrina, especialmente pela alemã<sup>7</sup>.

7. No direito moderno, uma das realidades novas tem sido a adoção de formas jurídicas de cooperação entre o Estado e os administrados, para a realização de fins públicos. No século passado, as linhas entre o direito público (especialmente o direito administrativo) e o direito privado eram bem marcadas. As atividades de administração pública que perseguiram fins imediatamente públicos eram realizadas por meios de direito público, especialmente por atos administrativos, que têm uma de suas principais características no poder que possuem de criar deveres e obrigações para os administrados, como expressão de decisão unilateral da autoridade com competência para praticá-los. Entendia-se, então, que a relação jurídica de direito público era de subordinação, e não de cooperação, como se definia e define a relação jurídica de direito privado. Na

---

discrção assim geralmente concedida aos agentes administrativos com competência para conceder subvenções dá azo ao surgimento de problemas jurídicos relacionados com a igualdade dos administrados em face do Estado, como se verá no item IV. Sobre o status quaestionis, além de Jesch, veja-se Maurer Hartmut. op. cit. p. 79 e segs. Maurer entende que, na maior parte dos casos, a simples autorização orçamentária não seria suficiente, devendo exigir-se uma base legal mais ampla e minuciosa, pois o favorecimento de uma pessoa ou de uma empresa, mediante subvenção, pode vir em detrimento de outra, concorrente daquela. Isso mostraria, também, que a distinção entre Eingriffsverwaltung e Leistungsverwaltung muito freqüentemente não é perfeita. pois o que é vantagem para um pode ser desvantagem para outro. Ver também, Rinck, Gerd. Wirtschaftsrecht. Köln, Carl Heymans, 1977. p. 55; Von Münch, Ingo. In: Erichsen-Martens. Allgemeines Verwaltungsrecht. Berlin. Walter de Gruyter, 1986. p. 22 e segs.

7 Rinck, Gerd. op. cit. p. 110

grande maioria dos casos, essa relação de subordinação instaurava-se por decisões unilaterais do Poder Público, sob a forma de atos administrativos. O desenvolvimento da administração prestadora de benefícios (a *Leistungswirtschaft* do direito alemão), da administração que não interfere na liberdade e na propriedade dos indivíduos (como a *Eingiftsverwaltung*)<sup>8</sup>mas que, ao revés, lhes dispensa vantagens - como ocorre, por exemplo, no campo da assistência e da previdência social ou na política de subvenções, entre outras muitas hipóteses - alterou substancialmente esse estado de coisas.

Nos nossos dias, o Estado não apenas passou a utilizar-se, com intensidade e frequência cada vez maiores, de formas e instituições de direito privado para a consecução de finalidades direta e imediatamente públicas (as sociedades de economia mista e as empresas públicas talvez constituam a ilustração mais eloqüente disso), como também, ao invés de seguir a orientação tradicional de continuar criando deveres e obrigações para os administrados pela via das decisões unilaterais dos agentes públicos, isto é, por atos administrativos, instituiu formas de cooperação entre a administração pública e os administrados, sob a espécie de contratos ou ajustes que, se não são, a rigor, contratos, muito se assemelham, no entanto, a essa categoria do direito privado. Nesse novo quadro, por certo, perdeu o ato administrativo a posição de senhor absoluto da cena do direito administrativo, no que se refere aos modos de atuação do Estado. Ganhou o Poder Público, porém, novos meios de estabelecer vínculos jurídicos com os indivíduos, mediante formas de colaboração que, como disse, ora se identificam com o contrato, ora dele muito se aproximam, sem, no entanto, com ele se confundir, dada a incidência de princípios de direito público que, em algumas situações, definitivamente repelem as figuras contratuais.

A esta altura cabe destacar que essas novas formas de cooperação entre a administração pública e os administrados tiveram origem, precisamente, no campo de aplicação de medidas relacionadas com o planejamento econômico. Para ser ainda mais exato, nasceram no direito francês, denominando-se economia concertada (*économie concertée*) e logo se estendendo à administração pública em geral (*administration concertée*)<sup>9</sup>. Dentre as formas de economia concertada ou contratual, assumem especial importância os chamados contratos econômicos. Conquanto nesses ajustes ou acordos entre a administração pública e os administrados haja, obviamente, como em todo contrato, um acerto de vontades, o que os singulariza quanto ao objeto é a circunstância de que por eles não visa o Estado a obter dos indivíduos determinadas prestações, mas sim transformar os administrados em instrumentos de política intervencionista do Estado, como agudamente observa Laubadère<sup>10</sup>. É ainda Laubadère quem registra que, embora esses contratos econômicos sejam celebrados com particulares, nas mais das vezes são eles estipulados com associações ou grupos de empresários ou com sindicatos, que se

8 Ver nota 6.

9 Laubadère, André de. *Droit public économique*. Paris, Dalloz, 1980. p. 433 e segs.; Fleuriet, Michel. *Les techniques de l'économie concertée*. Sirey, 1974. *passim*.

10 Laubadère, André de. *op. cit.* p. 436.

obrigam por si próprios e pelas pessoas que representam<sup>11</sup>. Os contratos econômicos têm larga utilização na política de fixação de preços e na política de subvenções, sendo estas últimas, como já foi salientado, medidas amplamente usadas na implantação de planos incitativos.

Problema jurídico de solução extremamente delicada é o que consiste em saber se esses acordos ou contratos econômicos possuem, verdadeiramente, a natureza de contratos, gerando vínculos jurídicos estáveis e direitos, pretensões, deveres e obrigações recíprocos entre as partes. Parece difícil dar, aprioristicamente, uma resposta que cubra todas as situações. Cabe advertir desde logo, porém, que o interesse público e a utilidade pública, que condicionam toda a atividade do Estado, criam para este prerrogativas que são indisponíveis e insuscetíveis de limitação por contrato. É inaceitável, por exemplo, que se crie para o Estado o dever de não legislar ou de não editar norma jurídica num determinado sentido, o que implicaria restringir, pela via contratual, uma competência outorgada pela Constituição, sem quaisquer outras limitações que as dela resultante. Assim, também o estabelecimento ou a eliminação de impostos ou o exercício do poder de polícia são todas matérias que não comportam, pela sua natureza, limitações ou restrições que possam ser instituídas contratualmente<sup>12</sup>.

Os chamados “contratos fiscais”, isto é, contratos que se destinariam a criar para o Estado deveres de conduta com relação a tributos, não são, pois, manifestamente, verdadeiros contratos. Podem valer como promessa, carta de intenção, protocolo ou acordo gerador de compromissos de índole ética, mas nunca como fonte de direitos e deveres. Em outras situações, contudo, nada impede que entre a administração pública e os administrados se estabeleçam verdadeiros contratos, geradores de direitos, deveres e obrigações recíprocos. Tudo dependerá, portanto, do exame do caso concreto e, muito especialmente, da verificação de não estar em jogo interesse indisponível do Estado. De qualquer modo, mesmo quando não são contratos, tais atos de cooperação podem dar ensejo ao surgimento de responsabilidade civil do Estado, por lesão ao princípio da boa-fé ou quebra da confiança, como veremos mais adiante.

As observações feitas até aqui parecem suficientes para evidenciar que, embora subordinados ao princípio da legalidade, como quaisquer atos do Poder Público, os planos e as suas respectivas medidas de aplicação não são redutíveis a um único padrão. Ora são eles a própria lei, ora são implantados mediante atos administrativos atos jurídicos de direito privado, a utilização conjunta de formas de direito público e de direito privado, ou, ainda, mediante formas novas de colaboração utilizadas pelo Poder Público, ao atribuir ao contrato a função de meio de atuação do intervencionismo estatal ou ao utilizar modelos que são semelhantes aos contratos, sem que, no entanto, com eles se confundam. Entre os pontos extremos da competência vinculada e do poder discricionário situa-se um diversificadíssimo elenco de possibilidades, à

11 *Id. ibid*

12 Laubadère, André de. op. cit. p. 438-9; Rynck, Gerd. op. cit. p. 69.

disposição da administração pública, na realização do planejamento e na implantação dos planos dele decorrentes.

8. Outra questão que tem preocupado os juristas é a que consiste em saber se a lei que institui ou aprova um plano constitui uma nova espécie de ato legislativo. A indagação se justifica nos países democráticos porque, sendo indicativas ou incitativas a maioria dos planos utilizados, não haverá qualquer consequência jurídica na hipótese de desobediência ao plano ou de desatendimento às recomendações ou aos apelos nele contidos. No direito soviético, onde os planos são geralmente imperativos, falam os autores em “normas-objetivo”, em oposição à caracterização tradicional das normas como regras de eficácia imediata. Enquanto nessas o conteúdo consiste em prescrições relacionadas diretamente à conduta dos indivíduos, ligando-se ao preceito ordinariamente uma sanção, naquelas o conteúdo consistiria nos objetivos a serem atingidos, o que só indiretamente criaria para os destinatários o dever jurídico de “agir da melhor forma possível”, dando causa, deste modo, a verdadeiras “obrigações de comportamento”. Alguns juristas franceses tomaram do direito soviético a noção de “obrigações de comportamento” para conceber em torno dela um “direito do aleatório”, no qual a norma jurídica, em vez de incidir sobre uma realidade imediata, tem como fim principal a consecução de objetivos que poderão ou não suceder, dependendo da adequação e eficiência dos meios escolhidos e da correspondência dos fatos à visão prospectiva, por natureza incerta<sup>13</sup>.

A pesquisa que, pelos caminhos indicados, procura enquadrar a lei do plano numa nova categoria é claramente guiada pelo preconceito de que a lei deve ter necessariamente uma sanção. Se assim efetivamente fosse, não saberíamos como explicar as normas de organização, que formam parte expressiva das normas do direito constitucional, ou as normas do direito internacional público<sup>14</sup>.

A lei que aprova os plans indicativos ou incitativos é despida de sanção, como aquelas outras a que acabamos de nos referir. Isso não significa, porém, que ela não produza qualquer efeito jurídico. Será forçoso admitir que a mesma obriga, internamente, a administração pública, criando deveres jurídicos para os servidores incumbidos da realização das medidas indispensáveis à implementação do plano.

Por outro lado, teremos oportunidade de ver que, em determinadas situações, ao gerar nos administrados confiança no comportamento do Poder Público quanto às promessas contidas no plano e nas providências concretas destinadas a torná-las realidade, ela pode dar lugar à responsabilidade do Estado pela infração dos deveres relacionados com a boa-fé.

No direito alemão, partindo de uma distinção feita por Carl Schmitt entre lei (*Gesetz*) e medida (*Massnahme*), desenvolveu Forsthoff seu célebre conceito de lei-medida (*Massnahmegesetz*), lei-providência ou lei de efeitos concretos<sup>15</sup>. A noção tradicional

<sup>13</sup> Laubadère, André de. op. cit. p. 438-40; Rynck, Gerd. op. cit.; p. 69.

<sup>14</sup> Nesse sentido ver Laubadère, André de. op. cit. p. 338

<sup>15</sup> Schmitt, Carl. *Verfassungslehre*. p. 138 e segs.; Forsthoff, Ernst. *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*. München, C. H. Beck,

de lei, sob o aspecto material, é a trabalhada por Rousseau<sup>16</sup>. Para ele a lei deve ser geral num duplo sentido: porque expressão da *volonté générale* e porque o preceito nela contido deve ser abstrato e impessoal com o que se realça o aspecto isonômico da lei. A medida, em contraposição, prende-se a uma situação concreta. Observou Forsthoff que, no Estado contemporâneo, diante da relevância que assumem certos problemas, é o Poder Legislativo chamado a enfrentá-los com medidas ou providências concretas, que não se ajustam bem ao conceito clássico de lei, no sentido material<sup>17</sup>. A lei-medida não é norma que disciplina a ação; é ela a própria ação endereçada a resolver um determinado problema. É, pois, lei com objetivos bem determinados. As características aqui brevemente expostas das leis-medidas fazem compreender de imediato sua utilidade na implantação de planos estatais, especialmente de planos econômicos e urbanísticos. Essas mesmas características mostram, igualmente, que as leis-medidas são, na verdade, uma mistura de lei com ato administrativo, o que ressalta especialmente nos planos urbanísticos, dado o grau de “concreção” que atingem certos dispositivos, ao referirem-se por vezes a pontos geográficos precisos. A doutrina germânica não identifica, porém, as leis pertinentes a plano com leis-medidas. A única conclusão que neste particular se pode tirar é a de que leis-medidas são utilizadas na implantação de planos estatais, do mesmo modo que as leis tradicionais e as demais formas de atuação do Estado, a que já aludimos, tanto de direito público quanto de direito privado.

### III. FEDERAÇÃO E PLANO

9. Frequentemente, na nossa estrutura federativa, há a possibilidade de a União, os estados e municípios manterem serviços de idêntica natureza, dentro de suas respectivas áreas, no exercício de competências concorrentes, sem que haja oportunidade de colisões entre os serviços ou as competências. Em certas matérias, porém, as diretrizes estabelecidas pela União prevalecem sobre as dos estados e municípios, e não apenas nas situações previstas na Constituição Federal, no que respeita à competência para legislar, em que os Estados só podem ocupar o espaço em branco deixado pela legislação da União, ou dentro da moldura geral demarcada por normas federais (art. 8, XVII, parágrafo único), como também em outras hipóteses especificamente referidas na Constituição da República. Assim, por exemplo, no que respeita a planos, a Constituição atribui à União competência “para planejar e promover o desenvolvimento e a segurança nacional” (art. 8º, IV), para “estabelecer o plano nacional de viação” (art. 8º, XI), para “estabelecer e executar planos nacionais de educação e saúde, bem como planos regionais de desenvolvimento” (art. 8º, XIV).

1973. p.9 e segs.

16 Sobre o conceito de lei em Rousseau, ver: Malberg, Carré de. *Contribution à la théorie générale de l'état*. Sirey, 1920. v. 1. p. 290.

17 Id. *ibid*

Está claro que as medidas tomadas pela União, em todos esses assuntos, têm preeminência com relação aos atos de qualquer natureza realizados por estados e municípios dentro de tais áreas. No que diz com os planos econômicos, a Constituição Federal ainda é mais enfática e enérgica, ao incluir entre os casos de intervenção nos Estados o conflito entre os planos financeiros e econômicos estaduais e os planos nacionais ou regionais de desenvolvimento, cujas diretrizes estejam estabelecidas em lei federal (art. 10, V, c).

Os problemas jurídicos vinculados ao planejamento que surgem no campo da partição de competência efetuada pela Constituição entre a União, os estados e municípios não apresentam, porém, qualquer singularidade. Resolvem-se, por conseguinte, do mesmo modo como se solucionam ordinariamente os conflitos de competência entre aquelas órbitas.

#### IV. PLANO E DIREITOS DOS ADMINISTRADOS

10. Ficou anteriormente registrado que os planos estatais submetem-se, como todos os demais atos do Poder Público, ao princípio da legalidade. Isso implica afirmar que os planos estão sujeitos à reserva legal, sempre que de algum modo interferirem na liberdade ou na propriedade dos indivíduos. Em outras palavras, só a lei, no seu sentido próprio, e o decreto-lei, nas hipóteses em que é admitido na Constituição da República, podem estabelecer restrições ou autorizar que restrições sejam impostas à liberdade ou à propriedade dos administrados<sup>18</sup>.

11. Referentemente às interferências dos planos ou das medidas que os põem em execução nos direitos individuais, há que se distinguir entre duas hipóteses perfeitamente definidas. A primeira é a de que o plano hostiliza direitos previamente constituídos ou que já existiam ao tempo em que o plano passou a vigorar. Nosso sistema constitucional protege os direitos adquiridos, até mesmo com relação à forma mais alta e mais soberana de expressão da vontade ou da decisão do Estado, que é a lei (Constituição Federal, art. 153, § 3º). Sendo assim, é de intuitiva evidência que o plano em nada poderá atingir esses direitos. E, se o sacrifício deles for absolutamente indispensável à execução do plano, só pela via da desapropriação (caso, ainda, sejam suscetíveis de expropriação) isso poder ser obtido.

12. Problema mais complexo é o que resulta quando, no plano ou das medidas que o implementam, emanam vantagens para as pessoas. Aqui caberá perquirir se tais vantagens serão efetivamente direitos subjetivos ou simples reflexos de direito. Tem

<sup>18</sup>Na implantação dos sucessivos “pacotes econômicos”, desde o Plano Cruzado I e como no passado também já havia ocorrido inúmeras vezes, recorreu-se ao decreto-lei, que só pode ser usado nas hipóteses restritas, discriminadas no art. 55 da Constituição Federal. Evidentemente, um plano econômico da envergadura do Plano Cruzado, não era matéria só de “finanças públicas”, nem as normas que o institucionalizaram eram apenas “normas tributadas”. Não se cuidava, também, de matéria relativa à “segurança nacional”. Nada autorizava, portanto, a adoção do decreto-lei, em hostilidade frontal à texto da Constituição.

sido reiteradamente destacado que as normas de direito público, visando diretamente o interesse coletivo, só em determinadas circunstâncias são igualmente geradores de vantagens ou benefícios que, pela sua concreção e especialidade, ligam-se ao patrimônio das pessoas, inscrevendo-se na categoria dos direitos subjetivos<sup>19</sup>. Na maior parte dos casos, essas vantagens são meras emanções do direito subjetivo e, enquanto tais, simples reflexos de direito.

No direito privado, tudo se passa diferentemente. Visando as normas de direito privado disciplinar relações entre as pessoas, dos fatos jurídicos por elas contemplados nascem relações jurídicas em que se incrustam direitos e deveres jurídicos, quase sempre com mútua correspondência. É por isso que o conceito de direito subjetivo desempenha, no direito privado, um papel central, pode-se até dizer dominante, ao lado do conceito de negócio jurídico. O conceito de direito público subjetivo é uma transposição, para o campo do direito público, do conceito de direito subjetivo, assim como desenhado em lenta evolução histórica, desde a idade média, até o confronto entre as concepções de Windscheind e de Ihering, que animaram o século XIX e acabaram por dar ao conceito feição definitiva. Mas só ressaltou que a norma de direito público, perseguindo a utilidade pública, é, em numerosos casos, sobretudo fonte de deveres jurídicos para os indivíduos (e não de direitos subjetivos) basta para tornar compreensível por que o conceito de direito subjetivo público, por relevante que seja - como efetivamente é - não tem e jamais poderá ter a mesma significação que possui seu símile no direito privado.

As normas jurídicas de direito público instituidoras de planos, quando estes são de natureza imperativa, criam principalmente deveres jurídicos para os indivíduos. Em se tratando, porém, de planos incitativos, em que benefícios e vantagens são oferecidos aos particulares, para estimulá-los ou atraí-los a uma conduta afeiçãoada aos fins perseguidos pelos planos, aí é que surge o problema jurídico de saber se essas propostas e apelos, acompanhados de benefícios de diversas naturezas (subvenções, vantagens tributárias, compromisso de compra de safra, etc.) estabelecem direito subjetivo à permanência ou à inalterabilidade do plano ou, pelo menos, direito a ser indenizado pelos prejuízos causados ao adotar o particular um comportamento fortemente induzido pelo Poder Público. É necessário, neste passo, estabelecer algumas distinções. É óbvio, em primeiro lugar, que as relações que se estabelecem entre o Estado e os indivíduos, em virtude do plano, não são geralmente de natureza contratual. Parece também indiscutível que os planos, especialmente os econômicos, devem ser flexíveis e têm de adaptar-se a cada momento à realidade dos fatos, perpetuamente em mutação. Os planos, ou as medidas que os realizam, não de ser também mutáveis. Em princípio, não se reconhece, pois, direito à inalterabilidade dos planos<sup>20</sup>.

19 A propósito da distinção entre direito subjetivo e reflexo de direito, ver: Jellinek, Georg. *Syten der subjeltiven öffentlichen Rechte*. 2. ed. Tübingen, 1919. p. 67 e segs.; Hube, Ernst Rudolf, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*. Tübingen, J. C. B. Mohr, 1954. v. 1, p. 676 e segs.; Lima, Ruy Cirne, *Princípios de direito administrativo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1972. p. 56 e segs.

20 Laubadère, André de. op. cit. p. 330; Rinck, Gerd. op. cit. p. 70; Schenke, Wolf-Rüdiger. *Gewährleistung bei Änderung*

Contudo, impõe-se que se verifique, em cada caso, de que modo os planos foram implantados ou postos em execução. A lei que aprova o plano e que simplesmente aponta um caminho ou uma política a ser seguida pelo Estado é norma de direito público da qual não decorre, de regra, qualquer direito subjetivo para os particulares. Pode suceder, entretanto, que entre as medidas de execução de determinado plano econômico existam atos administrativos ampliativos ou favoráveis, irradiadores de benefícios para seus destinatários, com todas as características de direitos subjetivos. Da mesma forma, é possível imaginar, por exemplo, que o Estado haja concedido a alguém empréstimo a juro especial e a prazo diferenciado dos vigorantes no mercado, o que caracteriza a subvenção. Tal empréstimo é, ninguém duvidará, contrato, do qual, como ocorre com os contratos em geral, brotam deveres jurídicos e direitos subjetivos. Assim, muito embora o plano possa ser modificado ou até extinto, sem que haja direito de qualquer particular a exigir sua continuação, não é de modo algum impensável que, nas situações concretas do tipo das figuradas, esteja o Estado preso aos indivíduos por vínculos jurídicos muito fortes, e que são fortes precisamente porque aos atos realizados pelo Poder Público ligam-se direitos subjetivos, em que estão investidos os particulares. Nesses casos, a revogação do ato administrativo ampliativo ou favorável esbarrará na existência de direito subjetivo (Súmula n.º 473 do STF), como também não será possível, por igual razão, a resolução do contrato.

Vamos concluir esta linha de considerações dizendo que não há, geralmente, direito subjetivo à manutenção dos planos econômicos. Entretanto, dos atos instituidores dos planos ou das medidas que os implementam, sejam estes atos, portanto, leis, atos normativos infralegais, atos administrativos ou contratos, é possível que se originem direitos subjetivos com relação ao Estado, direitos esses que terão por conteúdo o poder de exigir um determinado comportamento.

13. Outra questão que tem provocado acesos debates entre os constitucionalistas e os administrativistas, especialmente europeus, é a que se refere à conciliação de algumas medidas implementadoras de planos, especialmente de planos econômicos, com o princípio da igualdade. No planeamento econômico é comum conceder-se ampla faixa de discricção ao administrador na concessão de estímulos, consistindo sobretudo em vantagens financeiras aos particulares. A distribuição desses benefícios nem sempre atende, no entanto, estritamente ao preceito da igualdade. No direito francês, a orientação adotada, como não poderia deixar de ser, foi a de preservar, tanto quanto possível, a regra da igualdade, pela atenta comparação dos casos.

Distinguem os franceses, a esse propósito, entre “situations comparables et non comparables”<sup>21</sup>. Mas, indaga Laubadère, “que gênero e que grau de diferença dever-se-á considerar como critério da não-comparabilidade das situações, fazendo com que medidas aparentemente discriminatórias não violem o princípio da igualdade de

---

staatlicher Wirtschaftplanung. Archiv des öffentlichen Rechts, 101:341 e segs., 1976

21 Laubadère, André de. op. cit. p. 287 e segs.

tratamento?” E é o mesmo autor quem responde: “Conquanto a jurisprudência seja extremamente abundante nesta matéria, não é possível extrair dela uma definição ou um fio condutor”<sup>22</sup>. Admite-se, contudo, no direito francês a desigualdade de comportamento da administração pública, desde que a medida tenha sido tomada no interesse geral. É ainda Laubadère quem assinala haver o Conselho de Estado se recusado, em numerosos casos, a anular atos discriminatórios do Poder Público, sob o argumento de que “não ficou estabelecido que a medida criticada inspirou-se em considerações estranhas ao interesse geral”<sup>23</sup>.

O direito público alemão parece ter avançado mais, no resguardo do princípio superior da igualdade. Enquanto, como acabamos de observar, no direito francês o Conselho de Estado admite francamente a ruptura do princípio, desde que as providências da administração pública, no exercício do poder discricionário, tenham perseguido o interesse geral, e não hajam resultado portanto, de causas ou razões subalternas (o que caracterizaria, aliás, o desvio de poder), no direito germânico firmou-se modernamente a orientação de que a reiterada conduta da administração pública num determinado sentido, ainda que no exercício do poder discricionário, implica uma “autovinculação” (Selbst Bindung).

Comentando este entendimento, que é hoje indiscutido no direito alemão, diz o constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho: “A igualdade imposta pelo princípio do Estado de direito, e constitucionalmente consagrada, é a igualdade perante todos os atos do poder público. É nesse contexto que se fala hoje no princípio da autovinculação da administração. Mesmo nos espaços de exercício discricionário (Ermessensrichtlinie), o princípio de igualdade constitucional impõe que se a administração tem repetidamente ligado certos efeitos jurídicos a certas situações de fato, o mesmo comportamento deverá adotar em casos futuros semelhantes. O comportamento interno transforma-se, por força do princípio da igualdade, numa relação externa, geradora de direitos subjetivos dos cidadãos. A praxe administrativa ou o uso administrativo serão aqui um elemento importante para a demonstração de violação ou não do princípio da igualdade. Com razão se caracterizou o princípio da igualdade, nestes casos, como norma de comutação (Umschaltnorm), isto é, uma norma que opera a comutação de linhas de orientação interna discricionária em preceitos jurídicos externos, juridicamente vinculados”<sup>24</sup>.

Esta parece ser a correta solução para o problema, tendo-se presente que o agente público, no exercício do poder discricionário, não é absolutamente livre. Está ele preso, assim: aos limites do poder que lhe é conferido e que servem para distinguir a discricção do arbítrio; ao fim de utilidade pública do ato a ser por ele realizado e que há de ser atingido da melhor maneira possível; e, por último, a princípios superiores do direito

22 Id. *ibid.* p. 288.

23 Id. *ibid.* p. 290-1

24 Canotilho, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. Coimbra, Almedina, 1971. v. 2, p. 51.

público, entre os quais tem lugar eminente o da igualdade perante o Estado, agindo estes princípios não só como conformadores e delimitadores do poder discricionário da administração pública, mas até mesmo como transformadores, em determinadas situações, do poder discricionário em atividade não-discricionária ou vinculada.

14. Resta examinar as hipóteses em que os planos estatais, ou mais propriamente as medidas que os implantam ou implementam, dão causa à responsabilidade civil do Estado. Já tivemos oportunidade de examinar essa matéria<sup>25</sup>. Salientamos, então, que “sendo o princípio da boa-fé princípio geral de direito, é irrecusável que a ele também se submete o Estado. Já vimos, no entanto, que a supremacia dos interesses públicos sobre os interesses individuais toma admissível que, via de regra, o Estado modifique os rumos de sua política e possa, igualmente, alterar seus planos. A frustração de expectativas é, pois, algo inarredável da atividade estatal. Há situações, contudo, em que o Estado incentiva de forma tão nítida e positiva os indivíduos a um determinado comportamento, mediante promessas concretas de vantagens e benefícios, que a violação dessas promessas implica infringência ao princípio da boa-fé, cabendo ao Estado indenizar os danos decorrentes da confiança. Por certo, isso não acontece nos planos meramente informativos, nos quais o Poder Público simplesmente coleta dados ou faz prognósticos e projeções, cabendo ao particular assumir os riscos pela adoção de algum dos caminhos antevistos pelo plano<sup>26</sup>, mas sim naqueles de caráter incitativo, em cuja implantação ou execução o Estado se compromete firmemente a propiciar benefícios de qualquer natureza, inclusive de índole fiscal. Deve-se esclarecer, porém, que a responsabilidade do Estado raramente poderá derivar do plano em si, estando geralmente ligada ao procedimento da administração pública na fase da execução do plano, e aos atos concretos que pratica, visando a esse fim.” Entretanto, além desses requisitos, para que nasça o dever do Estado de indenizar, parece-nos que será ainda necessário agregar dois outros elementos, sempre exigidos nos casos de responsabilidade do Estado por atos ilícitos: a anormalidade e a especialidade do dano<sup>27</sup>, muito embora a responsabilidade por danos decorrentes da confiança esteja mais próxima da responsabilidade por atos ilícitos<sup>28</sup>.

Razões de ordem prática levam, contudo, forçosamente a considerar que só poderá haver responsabilidade por atos relacionados com planos estatais quando o dano causado for anormal e especial. Se todos sofreram danos, ou se uma grande parcela da população sofreu danos em virtude, por exemplo, da implantação de um plano econômico incitativo, não haveria provavelmente recursos para ressarcir a todos dos prejuízos causados. Seria aqui necessário invocar, ainda que analogicamente, o princípio

25 Silva, Almiro do Couto e. Responsabilidade do Estado e problemas jurídicos resultantes do planejamento. RDP, 63:28 e segs., 1982

26 De responsabilidade civil, nos casos de planos meramente informativos, só haverá de cogitar-se no caso de erro nas informações prestadas, a que se lige diretamente o prejuízo sofrido pelo particular.

27 Canotilho, José Joaquim Gomes. O problema da responsabilidade do Estado por atos lícitos. Coimbra, Almedina, 1974. p. 143e segs.

28 Silva, Almiro do Couto e. op. cit. p. 33

da igualdade perante os encargos públicos. Por outro lado, o prejuízo não há de ser de pequena monta ou perfeitamente suportável pelos indivíduos, mas há de ter um certo peso, uma certa gravidade. Tais exigências, conquanto num primeiro momento pareçam absolutamente contrárias aos interesses dos administrados, são elas, no entanto, que irão permitir que os particulares, em certas situações, sejam indenizados pelos prejuízos causados pelo comportamento do Estado, ao agir contrariamente ao que prometera, ao venire contra factum proprium e ao lesar, dessa maneira, o princípio da boa-fé ou da segurança jurídica<sup>29</sup>.

---

29 O princípio da boa-fé ou da segurança jurídica, embora tenha sido revelado no direito privado, onde é conhecido desde o direito romano, é princípio geral de direito e, pois, de aplicação também no campo do direito público. Neste setor, manifesta-se, sobretudo, na impossibilidade que tem a administração pública de reexaminar seus atos, mesmo nulos de pleno direito, uma vez transcorrido certo lapso de tempo, com a tolerância da administração pública, consolidando, assim, a presunção e a aparência de legalidade que têm, ordinariamente, os atos do Poder Público. Embora no direito brasileiro tanto a doutrina quanto a jurisprudência tenham pronunciamentos escassos sobre a matéria, trata-se de uma tendência universalmente dominante. Ver: Fleiner, Fritz. *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrecht*. Tübingen, 1928. p. 201 § 13, nota 62; Jellinek, Walter, *Verwaltungsrecht*. Berlin, 1929. § 11, IV;

Bachoff, Otto. *Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts*. Tübingen, 1966. v. 1, p. 257 e segs.; \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Tübingen, 1967. v. 2, p. 339 e segs.; Hauriou, Le *Jurisprudence administratif*. Dalloz, 1973. p. 339. Laubadère, André de. *Traité de droit administratif*. Paris, 1976, v. 1, p. 339; Vedel, George. *Droit administratif*. PUF, 1973. p. 199; Waline, Marcel. *Précis de droit administratif*. Paris, 1969. v. 1, p. 387-8; Stassinopoulos, Michel. *Traité des actes administratifs*. Atenas, 1954. p. 256 e segs.; Vitta, Cino. *Diritto Amministrativo*. Torino: 1962. v. 1, p. 488-9; Sandrulli, Aldo. *Manuali di diritto amministrativo*. Napoli, 1974. p. 491 e 507; Capeletti, Mauro. *O controle da constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre, Fabris, 1984. p. 115 e segs.; Caetano, Marcelo. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro, Forense, 1970; Fagundes, Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. Konfino, 1950. p. 60-1; Reale, Miguel. *Revogação e anulamento do ato administrativo*. Rio de Janeiro, Forense, 1968. p. 82 e segs. A mesma noção de proteção à confiança é que está na raiz da responsabilidade civil do Estado por atos relacionados com os planos estatais.



## RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO NO DIREITO BRASILEIRO<sup>1 2</sup>

<sup>1</sup> Trabalho apresentado no Congresso “Responsabilidade Civil - o presente e o futuro” na Universidade Católica de Portugal, na cidade do Porto em abril de 1995.

<sup>2</sup> AGUIAR DIAS, José de, Da Responsabilidade Civil, vol. II, 9ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1994; AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de, A Responsabilidade Civil do Estado pelo Exercício da Função Jurisdicional no Brasil, Revista AJURIS, 1993, vol. 59; ALCÁNTARA, Maria Emília Mendes, Responsabilidade do Estado por Atos Legislativos e Jurisdicionais, São Paulo, RT, 1988; ARAÚJO, Edmir Netto de, Responsabilidade do Estado por Atos jurisdicionais, São Paulo, RT, 1981; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, Curso de Direito Administrativo, 5ª ed. São Paulo, Malheiros, 1994; BANDEIRA DE MELLO, Osvaldo Aranha, Princípios Gerais de Direito Administrativo, vol. II, Rio de Janeiro, Forense, 1969; BARBOSA, Rui, A culpa Civil das Administrações Públicas (1898) in Obras Completas, vol. 25, Rio de Janeiro, Fundação Casa de Ruy Barbosa, 1948; BAZHUNI, Marco Antônio, Da Responsabilidade Civil do Estado em Decorrencia de sua Atividade Administrativa, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1992; CAHALI, Yussef Said et alii, Responsabilidade Civil, São Paulo, Saraiva, 1984; CAHALI, Yussef Said, Responsabilidade Civil do Estado, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982; CAVALCANTI, Amaro, Responsabilidade Civil do Estado, 2ª vol., Nova ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1957; CIRNE LIMA, Ruy, Princípios de Direito Administrativo, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982; CIRNE LIMA, Ruy, O Código Civil e o Direito Administrativo, 1960; COTRIM NETO, Alberto Bitencourt, Da Responsabilidade do Estado por Atos de Juiz em Face da Constituição de 1988, Revista AJURIS, 1992, vol. 55; COUTO E SILVA, Almiro do, Responsabilidade do Estado e Problemas Jurídicos Resultantes do Planejamento, Revista de Direito Público, 1982, vol. 63, p. 28 e segs.; COUTO E SILVA, Almiro do, Problemas Jurídicos do Planejamento, Revista de Direito Administrativo, 1987, vol. 170, p. 1 e segs.; COUTO E SILVA, Clóvis V. do, O dever de indenizar, Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, vol. 6, 1967; CRETELLA JÚNIOR, José, Curso de Direito Administrativo, 11ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1991; CRETELLA JÚNIOR, José, O Estado e a Obrigação de Indenizar, São Paulo, Saraiva, 1980; CRETELLA JÚNIOR, José, Responsabilidade do Estado por Ato Legislativo, Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul, 1983, nº 38; DELGADO, José Augusto, Responsabilidade Civil do Estado pela Demora na Prestação Jurisdicional, Revista AJURIS, 1983, vol. 29; DERGINT, Augusto do Amaral, Responsabilidade do Estado por Atos Judiciais, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Direito Administrativo, 4ª ed. São Paulo, Atlas, 1994; FIGUEIREDO, Lúcia Valle, Curso de Direito Administrativo, São Paulo, Malheiros, 1995; GASPARI, Diógenes, Curso de Direito Administrativo, São Paulo, Saraiva, 1992; MASAGÃO, Mário, Curso de Direito Administrativo, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977; MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, 15ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, Curso de Direito Administrativo, 10ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1992; NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do, Responsabilidade Civil do Estado, Rio de Janeiro, Aide, 1995; PEREIRA, Caio Mário da Silva, Responsabilidade Civil, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1991; PORTO, Mário Moacyr, Temas de Responsabilidade Civil, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989; SAAD, Renan Miguel, O Ato Ilícito e a Responsabilidade Civil do Estado, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1994; WALD, Arnold, Os Fundamentos da Responsabilidade Civil do Estado, Revista AJURIS, 1993, vol. 58; TÁCITO, Caio, Desvio de Poder no Controle dos Atos Administrativos, Legislativos e Jurisdicionais, Revista Trimestral de Direito Público, 1993, vol. 4º

## I. Síntese da evolução histórica

A Constituição Federal de 1988, no seu art. 37. § 6º, declara: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra os responsáveis nos casos de dolo ou culpa.

A doutrina e a jurisprudência brasileiras reconhecem nesse preceito, sem divergência, a consagração, como regra, da responsabilidade extracontratual objetiva do Estado e das pessoas jurídicas de sua administração descentralizada ou indireta prestadoras de serviços públicos, reafirmando uma concepção que tem suas raízes na Constituição de 1946.

É este o ponto terminal de uma linha evolutiva que começa no Brasil Colônia, onde domina de modo incontestável a idéia da plena irresponsabilidade do Estado. Contudo, com a independência muda-se rapidamente essa situação e passa-se a admitir que o Estado seja responsável pelos atos ou omissões ilícitas de seus agentes.

A Constituição imperial, de 1824, outorgada pelo Imperador Pedro I, cuida apenas, no seu art. 179, inciso 29, da responsabilidade pessoal dos agentes públicos<sup>3</sup>. E Pimenta Bueno, o mais conceituado de nossos comentaristas da Constituição do Império, ao analisar aquela norma, não alude à responsabilidade do Estado, mas restringe-se a explicar tão-somente a responsabilidade dos empregados públicos, ou a de seus superiores, “por não provocá-la e fazê-la efetiva”, respeitando assim os limites literais da disposição.<sup>4</sup>

Textos legislativos vários e a jurisprudência dominante dos tribunais vão, entretanto, abrindo espaço à responsabilidade extracontratual do Estado, então caracterizada verdadeiramente como responsabilidade civil, porquanto por inteiro modelada sobre o perfil desenhado pelo direito privado. No ocaso do século passado, em 1898, Rui Barbosa, um dos nossos maiores juristas, repassava o caminho percorrido pelo direito brasileiro em tema de responsabilidade do Estado, para observar que em todas as esferas, na do Município, na das Províncias e Estados, no Império e na então incipiente República, “nunca logrou entrada a teoria da irresponsabilidade da Administração pelos atos dos seus empregados”. E concluía enfaticamente com estas considerações, a que não falta uma nota de orgulho: “...a linha da tradição antiga ainda não se quebrou: os julgados na magistratura municipal, na estadual, na federal, repetidos e uniformes, em ações de perdas e danos, vão dia-a-dia aumentando o tesouro opulento de arestos, que fazem talvez da nossa jurisprudência, a esse respeito, a mais persistente e copiosa de todas”.<sup>5</sup>

<sup>3</sup>“Os empregados públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões praticados no exercício de suas funções e por não fazerem efetivamente responsáveis aos infratores”.

<sup>4</sup> Direito Público e Análise da Constituição do Império, Brasília, 1978, Senado Federal, parágrafos 602-603, p.429-430.

<sup>5</sup> Culpa Civil das Administrações Públicas, ps. 59-60.

## Responsabilidade Extracontratual...

A primeira Constituição Republicana, a de 1891, não refletiu, porém, essa tendência que a praxe dos tribunais ia consolidando e praticamente recolheu no seu texto, com mínimas modificações de redação que não lhe alteravam o sentido, a regra que sobre a matéria constava da Constituição imperial e que cogitava, como vimos, exclusivamente da responsabilidade dos empregados públicos, já agora chamados de funcionários públicos (art. 82).

O Código Civil, de 1916, foi o primeiro dos nossos documentos legislativos a instituir, de maneira ampla, a responsabilidade extracontratual do Estado, e o fez no seu art. 15, com estes termos: “As pessoas jurídicas de direito público são civicamente responsáveis por atos de seus representantes que, nessa qualidade, causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.”

Alguns autores viram nesse dispositivo uma ruptura com o sistema até então existente, que consistia, como realçado, na mera extensão ao Estado dos princípios e normas que disciplinavam a responsabilidade civil no direito privado. O Código Civil trata, no seu art. 15, da responsabilidade das pessoas de direito público, enquanto a responsabilidade civil dos particulares é regida pelos arts. 1.521, III, e 1.523<sup>6</sup>. As diferenças existentes entre um e outro regime consistiriam em que, na responsabilidade do Estado, a culpa seria presumida, fixada *iuris et de iure*, quando o dano proviesse de conduta ilegal, omissiva ou comissiva, de seus agentes, ao passo que a responsabilidade dos particulares, por seus propositos, não prescindiria da prova da culpa, conforme o art. 1.523<sup>7</sup>. Seja como for, o certo é que o art. 15 do Código Civil cogitou apenas da responsabilidade do Estado por atos ilícitos, não abrangendo, pois a que resulta de atos lícitos. Contribuiu decisivamente, desse modo, para fracionar a noção geral do dever de indenizar do Estado, no rumo que era preconizado pela doutrina italiana, ao fazer a bem conhecida distinção entre reparação por atos lícitos e ilícitos e ao designar a primeira como ressarcimento e a segunda como indenização<sup>8</sup>.

A Constituição de 1934 foi a primeira das Constituições brasileiras a conter dispositivo expresso sobre a responsabilidade extracontratual do Estado<sup>9</sup>.

6 Assim, Ruy Cirne Lima, *O Código Civil e o Direito Administrativo*, p. 42, Mário Masagão, *Curso de Direito Administrativo*, p. 302. Sobre isso veja-se J. Cretella Júnior, *O Estado e a Obrigação de Indenizar*, p.197.

7 Nesse sentido, Ruy Cirne Lima, *op. e p. cit.* Bem mais tarde essa linha de separação foi apagada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, cristalizada na Súmula 341: “É presumida a culpa do patrão ou comitente pelos atos culposos do empregado ou preposto”. Mas então as inovações constitucionais já haviam posto, no sistema jurídico brasileiro, o regime da responsabilidade objetiva do Estado.

8 Observe-se que na primeira obra brasileira importante de doutrina sobre a responsabilidade extracontratual do Estado, escrita antes do Código Civil (Amaro Cavalcanti, *Responsabilidade Civil do Estado*, 1905), o dever de indenizar do Estado era tratado unitariamente, compreendendo a responsabilidade tanto por atos lícitos como por atos ilícitos. Rui Barbosa, aliás, já pensava assim. O art. 15 do CC e a influência que, após, exerceu a obra de Alessi afastaram a maior parte da doutrina nacional dessa orientação, agrupando as diferentes espécies de intervenções lícitas do Poder Público na propriedade dos administrados ou em torno da noção de poder de polícia, ou do instituto da desapropriação. Este último chegou até mesmo a abarcar uma forma de intervenção ilícita, a chamada desapropriação indireta.

9 Art. 171: “Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício de seus cargos. §1º- Na ação proposta contra a Fazenda Pública, e fundada em lesão praticada por funcionário. este será sempre citado como *litisconsorte*. § 2º.

Criou-se, ali, o regime da responsabilidade solidária entre o agente público e o Estado. A ação de indenização deveria ser proposta contra ambos e, executado o Estado, este promoveria, a seu turno, a execução contra o funcionário, segundo os princípios que regem a responsabilidade solidária. A Carta ditatorial de 1937 manteve, em seus traços gerais, o sistema de responsabilidade solidária instituído pela constituição anterior<sup>10</sup>. Ambos os preceitos contemplam somente a hipótese de responsabilidade do Estado por atos ilícitos, mantendo-se, pois, a posição adotada pelo Código Civil.

Com a Constituição de 1946, que dispôs sobre a responsabilidade extracontratual do Estado no art. 194 e seu parágrafo único, chamando-a de responsabilidade civil, a culpa é eliminada como elemento do conceito, sendo apenas referida como indispensável para legitimar ação regressiva contra os agentes públicos<sup>11</sup>. A doutrina e a jurisprudência consideram que a responsabilidade extracontratual objetiva do Estado surge como sistema padrão no direito brasileiro com esse preceito.

As Constituições dos governos militares, a de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, também conhecida como a Constituição de 1969, apenas acrescentaram -desnecessariamente, aliás - o dolo, ao lado da culpa, como pressuposto da ação de regresso, no parágrafo único dos seus arts. 105 e 107, respectivamente, que correspondem ao parágrafo único do art. 194 da Constituição de 1946.

Por fim, a Constituição vigente, mantendo-se fiel a esse mesmo pensamento, trouxe como inovação a supressão do objetivo civil que qualificava a responsabilidade, bem como a inserção das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, a par das pessoas jurídicas de direito público, como entidades suscetíveis de serem responsabilizadas pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros.

## 2. Noção geral da responsabilidade objetiva

No estágio atual do direito brasileiro, a responsabilidade extracontratual do Estado resulta de qualquer ação ou omissão de agente do Estado ou de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos que gere danos a terceiros, desde que proceda o agente nessa qualidade, ou seja, como órgão da entidade a que serve.

Estabelecido o nexo de causalidade entre a ação ou a omissão e o dano, e desde que este seja indenizável, há, em princípio, a responsabilidade. A ação ou omissão não necessita ser de determinado agente; é ação ou omissão do Estado, e o dano é gerado por órgão, serviço ou repartição do Poder Público, ainda que não se possa apontar qual o agente ou quais os agentes que o produziram. Outras vezes essa responsabilidade

---

-Executada a sentença contra a Fazenda, esta promoverá a execução contra o funcionário culpado”.

<sup>10</sup> O art. 158 eliminou, apenas, os dois parágrafos do art. 171 da Constituição de 1934.

<sup>11</sup> “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causam a terceiros. Parágrafo único -Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes”

resulta da circunstância de exercer o Estado atividade perigosa, ou de ter a guarda de coisas e pessoas perigosas (explosivos, material radioativo, presidiários), assumindo o risco de causar danos a terceiros. Há situações ainda, em que a conduta do Estado não é ilícita e nem perigosa, e mesmo assim produz danos aos particulares, pelos quais responde o Poder Público por imposição do princípio da desigual distribuição dos encargos públicos.

A noção de responsabilidade objetiva, como foi posta na Constituição brasileira vigente, tem, parece-me, uma dupla vantagem. Por um lado, dá tratamento unitário à responsabilidade extracontratual do Estado, eliminando a distinção tradicional entre responsabilidade por atos lícitos e ilícitos, que o Código Civil acolhera. E, por outro, por assim dizer, supera as diferentes espécies de responsabilidade conhecidas (por culpa individual, por falha ou culpa do serviço, por risco, pela distribuição desigual dos encargos públicos), apagando ou pelo menos empalidecendo a importância de cada uma delas para fundi-las em conceito mais abstrato e dilatado, de modo a proporcionar, assim, o maior amparo possível à vítima. Esta só não será ressarcida caso tenha culpa exclusiva na produção do evento ou o dano resulte exclusivamente de força maior ou de fato de terceiro. Em suma, se não existir nexó de causalidade entre a ação ou omissão do Estado e o prejuízo.

Verificado o dano, a vítima terá apenas de demonstrar que é indenizável (que não é, por exemplo, incerto ou eventual) e a existência de nexó de causalidade entre ele e a ação ou omissão da pessoa jurídica de direito público ou da pessoa jurídica da administração pública indireta prestadora de serviço público, para que fique caracterizada a responsabilidade. Dispensável, pois, será que comprove ou até mesmo que alegue, por exemplo, a culpa do agente do Poder Público. O Estado é que, para eximir-se da responsabilidade ou atenuá-la, terá de provar a culpa exclusiva ou concorrente da vítima ou de terceiro, ou a ocorrência exclusiva ou concorrente de força maior, conforme o caso. Sendo objetiva a responsabilidade, de nada lhe adiantará provar que não teve culpa. A discussão sobre a culpa do agente só é pertinente na ação de regresso que o Estado contra ele propuser.

Bem se vê, pois, que a responsabilidade extracontratual do Estado, no Brasil, assumiu contornos que a distinguem perfeitamente da responsabilidade civil, assim como elaborada pelo direito privado, apesar dos inúmeros pontos de contato que existem entre os dois regimes. Mesmo após a entrada em vigor do chamado Código de Proteção ao Consumidor, que previu a responsabilidade objetiva do fabricante, produtor, construtor e importador, nas relações de consumo<sup>12</sup>, e de outras hipóteses onde ela também prepondera nas relações privadas, restou ainda imensa gama de situações em que predomina a noção de culpa como elemento determinante da responsabilidade, de maneira a que ainda se possa dizer que ela persiste como conceito central da responsabilidade civil dos particulares.

<sup>12</sup> Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, art. 9º.

O oposto se verifica na responsabilidade extracontratual do Estado. Aqui, a regra é, como se viu, a responsabilidade objetiva e a idéia de culpa, entendida em sentido amplíssimo - compreensiva do dolo e da culpa anônima, da falha do serviço - só excepcionalmente é levada em consideração. É o que ocorre, por exemplo, nos serviços que o Estado presta aos particulares e que, nas relações privadas são caracterizados como obrigações de meios e não obrigações de resultados, tais como os serviços médicos, de defensoria pública etc. Morto o paciente ou perdida a causa, o Estado só será responsável se ficar comprovada a culpa do agente ou a falha do serviço. Igualmente, na maioria das situações em que há pluralidade de causas, quando a conduta do Estado é uma delas, e tenha caráter omissivo, a responsabilidade do Poder público não prescindirá da culpa do agente ou da falha do serviço, como teremos ocasião de ver mais adiante<sup>13</sup>.

A responsabilidade objetiva extracontratual do Poder Público, notadamente com a largueza como foi recebida pelo ordenamento jurídico brasileiro, destina-se a ser instrumento poderoso de proteção dos indivíduos contra o gigantismo do Estado contemporâneo. Apesar da dieta neoliberal que lhe vem sendo prescrita quase que em toda a parte, o Estado de nossos dias é - e creio que continuará a ser - um imenso feixe de serviços públicos, dos quais o administrado depende a cada minuto. no vasta e intensa atuação, ou pela forma de administração coercitiva, ou pelo modo da administração prestadora de benefícios, faz com que o Estado cause danos aos particulares com grande frequência, por comportamentos. comissivos e omissivos que lhe são imputáveis, lícitos ou ilícitos. No moderno direito da responsabilidade tornou-se trivial afirmar que a tendência universal é a de fazer passar o acento tônico do causador do dano para a vítima. Isto é tanto mais verdade quando na relação jurídica estão, de um lado, como causador do prejuízo, o Estado onipotente, onipresente e onimodo, e de outro, como vítimas, pessoas desprovidas inteiramente de recursos, castigadas pela miséria, sem

<sup>13</sup> Tem sido sustentado na doutrina brasileira que o regime da responsabilidade extracontratual do Estado, entre nós, seria pautado por dois grandes princípios, relacionados com o comportamento do Poder Público. Se esse comportamento for comissivo, a responsabilidade seria sempre objetiva; se omissivo, a responsabilidade seria subjetiva (nesse sentido, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, p. 487; Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 552; Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, p. 444 e segs.). Não me parece que esse entendimento seja correto. Há inúmeras situações em que o dano provém diretamente de uma omissão do Poder Público e, no entanto, a responsabilidade é objetiva. Assim, por exemplo, na hipótese de um acidente de veículo ter sido causado por defeito de manutenção ou sinalização de via pública, ou na de o Estado omitir-se de socorrer pessoa enferma que recorreu a hospital público. O comportamento omissivo do Estado só dá ensejo à responsabilidade subjetiva quando for concursa do dano, juntamente com o fato de terceiro ou a força maior, cfr. infra, item 4. Creio ser inaceitável adotar um conceito puramente naturalístico de causa, baseado no raciocínio de que a omissão nunca pode ser causa exatamente porque é o "não ser", o nada. Na filosofia e no direito, porém, causa tanto pode ser um comportamento comissivo como omissivo. Basta que se agregue a noção de dever, moral ou jurídico, para que se perceba, com facilidade, como a omissão pode constituir-se em causa de um evento, como os exemplos antes formulados, referidos ao plano jurídico estão a evidenciar. Contudo, no direito, mais ainda do que na filosofia, a omissão pode ser causa de fato, dado o caráter normativo da ciência jurídica, como registra Clóvis V. do Couto e Silva: "A ação, no sentido jurídico, é um conceito diferente da ação humana que interessa à filosofia e mesmo às outras ciências sociais. O direito é uma ciência normativa, possuindo conceitos específicos. No plano da filosofia, a omissão não constitui uma ação; mas muitas hipóteses de reparação delitual têm sua fonte no fato de que uma pessoa não fez o que deveria ter feito. São os casos de responsabilidade por omissão" (*Principes Fondamentaux de la Responsabilité Civile en Droit Brésilien et Compare*, Curso Ministrado na Faculdade de Direito e Ciências Políticas da Universidade de Paris XII (Saint Maur) em 1988, a ser editado em tradução portuguesa. p.64).

saúde, sem educação e que, para sobreviver, lutam sem tréguas contra toda a sorte de dificuldade, como desgraçadamente acontece com a maioria da população dos países do terceiro mundo.

Por certo estas razões terão contribuído para a adoção da regra da responsabilidade extracontratual objetiva do Estado no sistema jurídico brasileiro. Apesar de algumas imperfeições sérias, que assinalaremos ao final e que se situam muito mais no plano processual do que no do direito material, pode-se dizer que ele funciona satisfatoriamente, não tendo transformado o Estado num segurador geral e nem tendo gerado torrentes de ações ressarcitórias contra o Poder Público, como temiam alguns<sup>14</sup>.

Traçadas estas grandes linhas, caberá agora expor com maior riqueza de minúcias as formas como se articulam os diversos elementos envolvidos no conceito da responsabilidade objetiva do Poder Público, fora das relações contratuais.

### 3. Os pressupostos da responsabilidade

(A) Em primeiro lugar será preciso definir quais as entidades do Poder Público que estão sujeitas a esse regime de responsabilidade. A resposta é simples: todas as pessoas jurídicas de direito público interno, vale dizer, a União, os Estados, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações públicas, quando atuem quer sob regras de direito público, quer sob as de direito privado. Além destas, também as pessoas jurídicas de direito privado, da administração pública descentralizada ou indireta (i.e., as sociedades de economia mista, as empresas públicas e as fundações de direito privado instituídas ou mantidas pelo Poder Público) sempre que prestadoras de serviços públicos.

Quando o Estado cria pessoas jurídicas de direito privado para explorar atividade econômica, em competição com as empresas privadas, tais entidades, por imposição constitucional, estão subordinadas às mesmas normas que regem essas empresas (CF, art. 173). Parece coerente, pois, que, quanto à responsabilidade, lhes sejam aplicáveis igualmente as regras do direito privado.

Em se tratando, porém, de concessionários ou de permissionários de serviços públicos ou de exploração de obras públicas, pessoas privadas que, em decorrência de atos administrativos ou de contratos administrativos exercem função pública delegada, o § 6º do art. 37 da Constituição Federal não lhes tem aplicação direta. E isto porque aquele parágrafo há de ser obviamente entendido e interpretado em consonância com o caput do dispositivo, que aponta como destinatária dos princípios que discrimina a “administração pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”. Embora, lato sensu, a concessão e

<sup>14</sup> Deve-se ponderar, entretanto, que o brasileiro reclama pouco, quando sofre violação em seus direitos. A longa duração das questões judiciais, agravada no caso do Estado pelos privilégios processuais de que goza (prazos em quádruplo ou em dobro, dificuldades na execução das sentenças condenatórias), os incômodos que acarreta, tudo isto o desestimula de recorrer à Justiça, preferindo suportar o prejuízo.

a permissão sejam formas de administração indireta, essa expressão tem um significado mais restrito e exato no direito brasileiro. Ela abarca, apenas, as autarquias, as fundações públicas ou fundações de direito privado, instituídas ou mantidas pelo Poder Público, as sociedades de economia mista e as empresas públicas. Não seria lógico nem razoável que a Constituição sujeitasse as pessoas privadas, concessionárias ou permissionárias de serviços públicos ou que explorassem obras públicas, aos princípios que enumera no seu art. 37, ao lado do da responsabilidade objetiva, tais como o da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, do concurso público para o acesso aos cargos, empregos e funções públicas, da vedação de vinculação de vencimentos ou da licitação para a realização dos contratos de obras e serviços, além de outros igualmente a elas inadequados. Todos esses princípios são apenas compatíveis com as entidades, de direito público ou de direito privado, criadas pelo Poder Público.

Mas se o § 6º do art. 37 da Constituição Federal não tem aplicação direta aos concessionários e permissionários de serviços públicos ou de exploração de obras públicas, sobre eles incide, entretanto, por via de analogia. No que se relaciona com os serviços públicos ou com a exploração de obras públicas, quer os danos sejam causados diretamente pelo Estado, quer por particulares a quem delegou essas atribuições, trata-se sempre de uma atividade eminentemente pública, não se justificando que, na primeira hipótese, as vítimas tenham facilitado o seu acesso ao ressarcimento pela porta da responsabilidade objetiva, enquanto que, na segunda, só lhe estaria aberto o caminho mais difícil e tormentoso de ter de alegar e provar a culpa do agente do concessionário ou permissionário<sup>15</sup>.

Não se pode esquecer, nesse contexto, que a tendência geral do Direito Administrativo é no sentido de favorecer o administrado sempre que este sofrer um agravo, um prejuízo, por parte dos agentes do Estado, diretamente. ou de particulares que estejam investidos de atribuições de índole pública.

De qualquer forma, nesses casos. a responsabilidade do Estado será sempre subsidiária, só respondendo pelo dano na hipótese de insolvência do concessionário ou permissionário. a quem, caracteristicamente, incumbia exercer o serviço público por sua conta a risco<sup>16</sup>.

Quanto aos danos causados em virtude de obras públicas, cuja construção é atribuída a particulares, mediante contrato administrativo, a responsabilidade é, também, objetiva, uma vez que essas obras pertencem ao Estado, e solidária<sup>17</sup>.

15 Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro, 6ª ed., 1978, p. 606), mesmo antes da Constituição de 1988, já havia modificado seu entendimento para passar a afirmar que a responsabilidade extracontratual do concessionário e permissionário era objetiva; nesse sentido, também Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso de Direito Administrativo, p. 345), embora fazendo aplicação direta do §6º do art. 37 da Constituição Federal.

16 É, aliás, a solução do direito francês (René Chapus, *Droit Administratif Général*, vol. 1, Paris, Montchrestien, 1993, p. 1.019; Georges Vedel/ Pierre Devolvé, *Droit Administratif*, v. 2, Paris, PUF, 1992, p. 662).

17 A doutrina diverge, a esse propósito. Cretella Júnior (O Estado e a Obrigação de Indenizar, p. 337) e Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro, p. 553) propugnam para que se estabeleça distinção entre o dano que resulta pelo fato da obra, que engendraria a responsabilidade do Estado, e o que deriva de imperícia, negligência ou imprudência do construtor, quando a responsabilidade seria exclusiva deste. Yussef Sahid Cahali (Responsabilidade Civil do Estado, p.

(B) Não me estenderei no exame da linha distintiva entre as ações e omissões dos agentes do Estado que dão ocasião à responsabilidade exclusivamente pessoal do agente e aquelas que determinam igualmente a responsabilidade do Estado, por se tratar de ponto sobre o qual há uma certa harmonia entre os diversos sistemas jurídicos. Por agente, no preceito da Constituição brasileira, entende-se toda a pessoa que, no momento do evento danoso, esteja no exercício de suas funções como órgão de qualquer Poder do Estado, e assim, pois, do Executivo, do Legislativo e do Judiciário, de entidade da administração pública direta ou indireta prestadora de serviço público, independentemente da validade ou não da sua investidura ou dos seus atos e omissões.

Ainda que seja funcionário de fato ou que sua conduta seja abusiva (como a do motorista do ministério que, dirigindo veículo público, vai visitar a namorada e, no percurso, mata um transeunte), mesmo assim foi sua qualidade ou condição de agente público que possibilitou o dano. Tal circunstância é suficiente para dar ensejo à responsabilidade do Estado, não sendo admissível que do ato resultem efeitos exclusivamente para a pessoa do agente. Este só será o único responsável quando sua ação ou omissão não tenha qualquer relação com o serviço público, o que nem sempre é fácil de distinguir.

Em número não desprezível de situações, só a minudente análise do caso concreto, com a ponderação de todos os fatores que intervieram no fato danoso, é que permitirá ao juiz, guiado por raciocínio eminentemente tópico, concluir pela existência de responsabilidade exclusiva do agente ou de responsabilidade do Estado.

Desse modo, no direito brasileiro, a responsabilidade do Estado não absorve a responsabilidade do agente. A responsabilidade é solidária, cabendo à vítima escolher se proporá a ação de ressarcimento contra ambos ou somente contra aquele que terá melhores condições de reparar o prejuízo, e que é geralmente o Estado. Geralmente, mas nem sempre. O lento processo de execução dos débitos do Estado, em face das prerrogativas que lhe são asseguradas pela Constituição (art. 100), por vezes toma mais vantajoso para a vítima que a ação seja dirigida contra o agente.

Contudo, é importante ressaltar que a responsabilidade do Estado pelos atos e omissões dos seus agentes não é, a rigor, responsabilidade por fato de outrem, como acontece no direito privado, nas relações entre patrão-empregado, comitente-comitido. O agente público é órgão do Estado, é parte dele, não é representante do Poder Público, é o próprio Poder Público, o que levava Pontes de Miranda a afirmar que ele “*apresenta*” e não “*representa*” o Estado<sup>18</sup>.

84) critica energicamente essa posição, altamente favorável aos interesses do Poder Público, mostrando que não foi aceita pela jurisprudência dominante.

18 Essa concepção orgânica, que vê no agente uma parte do Estado, é hoje amplamente admitida. Ela tem sido invocada para negar, em termos puramente lógicos, a responsabilidade solidária do agente. Na verdade, se a responsabilidade do Estado é por fato próprio e não por fato de outrem, há negavelmente certa incoerência em aceitar-se, ao mesmo tempo, a existência de responsabilidade solidária, nessas situações (Hely Lopes Meirelles, *op. cit.*, p. 55; Tupinambá Miguel Castro Nascimento, *Responsabilidade Civil do Estado*, p.15), acrescenta, em prol dessa solução, outros argumentos, tais como o da diversidade das obrigações - uma objetiva, a outra subjetiva - o que impediria a formação de litisconsórcio necessário simples ou necessário unitário. Contra, Celso Antônio Bandeira de Mello (*op. cit.*, p. 465-466), e, com ampla fundamentação, Yussef Sahid Cahali. (*op. cit.*, p. 98). De qualquer modo, o reconhecimento da responsabilidade solidária, na hipótese em

Já dissemos que a ação ou omissão que gera a responsabilidade do Estado não necessita ser de determinado agente, uma vez que a falta do serviço também a acarreta. Além disso, considera-se causado pelo Estado o dano produzido por coisa ou pessoa perigosa de que tenha a guarda, independentemente de qualquer ação ou omissão de seus agentes ou mesmo de falta do serviço. A explosão de um depósito de munições do exército gera responsabilidade do Estado pelos danos decorrentes, sem outras considerações, a não ser que tenha existido culpa exclusiva da vítima<sup>19</sup>.

(C) Entre a ação ou omissão do Estado e o dano deve haver nexo de causalidade. Neste particular, nem a doutrina nem a jurisprudência brasileira tomam partido definido quanto aos critérios utilizados para o reconhecimento desse nexo, assim como igualmente, no concenente a essa matéria, nenhuma diferença fazem entre a responsabilidade extracontratual dos particulares e a do Poder Público. Não apregoam, porém, a utilização ilimitada da teoria da equivalência de causas, cujos efeitos, pelas conseqüências aberrantes a que conduz, hoje ninguém desconhece<sup>20</sup>. É possível inferir da copiosa jurisprudência dos tribunais sobre responsabilidade civil que, embora muitas vezes sem nomeá-las, as teorias mais prestigiadas são a da causalidade imediata ou direta, com apoio no art. 1.060 do Código Civil<sup>21</sup>, ou da causalidade adequada.

(D) Referentemente à natureza do dano, tanto poderá ser material como imaterial ou moral. O primeiro diz respeito ao prejuízo causado ao patrimônio das pessoas. O segundo é bem mais complexo, porque são prejuízos que se relacionam com os sentimentos. A Constituição Federal faz referência expressa a uma espécie de dano imaterial, ao declarar que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (art. 5º, X). Ao assim dispor não excluiu, por certo, as outras espécies de danos imateriais, identificados pela doutrina e jurisprudência de países que avançaram

---

análise, parece decorrer mais de razões pragmáticas do que de considerações estritamente lógicas. Se a culpa do agente faz com que ele, ao fim e ao cabo, deva indenizar o Estado pelo dano que causou, que inconveniente haverá, em termos práticos, que a vítima intente a ação diretamente

contra ele e o Estado, é claro que, então, alegando a culpa do agente e propondo-se prová-la? O Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, decidiu que existia, aí, litisconsórcio facultativo (RT 544/260). Sobre essa decisão. Yussef Sahid Cahali (op. e p. cit., p. 98).

19Nesta hipótese, dada a situação de risco exacerbado, nem mesmo a força maior elidiria a responsabilidade do Estado. Se a explosão foi ocasionada por raio, ainda assim o Estado seria responsável. V., abaixo, nota 26.

20 Vejam-se, por todos, as críticas de Mário Júlio de Almeida Costa (Direito das Obrigações, Coimbra, Coimbra Ed., 1984, p. 516 e segs.) e João de Matos Antunes Varela (Das Obrigações em Geral, vol. I, Coimbra, Almedina, 1991, p. 879 e segs.).

21 Caio Mário da Silva Pereira, analisando o direito francês, notadamente as obras de Planiol/Ripert/Boulanger e Genéviève Viney, registra que por vezes a teoria da equivalência das condições se aproxima da idéia de causalidade adequada (Responsabilidade Civil, p. 78). Realmente isto ocorre nas chamadas doutrinas seletivas, que restringem a noção de causa, reservando-a à última condição ou à causa próxima, ou ainda à condição eficiente (Almeida Costa, op. cit. p. 518; Antunes Varela, op. cit. p. 884). O STF, por sua Primeira Turma, em decisão guiada pelo voto do Ministro Moreira Alves, invocando o magistério de Wilson de Meio da Silva (Responsabilidade sem Culpa, São Paulo, Saraiva, 1974, p. 128 e segs.) e Agostinho Alvim (Da Inexecução das Obrigações, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 1980, p. 360) afirmou que a teoria adotada em nosso direito não é a da equivalência das condições ou a da causalidade adequada, mas sim a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal (RTJ, 143/283).

## Responsabilidade Extracontratual...

bem mais nesse campo<sup>22</sup>.

Além disso, o dano deverá ser certo, embora possa tanto ser atual como futuro. Não é indenizável, pois, o dano eventual. Na doutrina de direito privado, sob influência do direito francês, admitem-se como indenizáveis o dano consistente na perda de uma chance séria e o dano por ricochete<sup>23</sup>, e não vemos óbice à indenizabilidade desses prejuízos quando causados pelo Estado.

O dano deverá, finalmente, consistir na violação, restrição ou supressão de um direito subjetivo ou na contrariedade a interesse juridicamente protegido.

É importante observar, entretanto, que a noção de interesse juridicamente protegido sofreu, modernamente, uma modificação substancial. Na perspectiva da tradição, o interesse que o direito protegia era sempre de cunho acentuadamente individualista. A proteção jurídica dos interesses transindividuais, difusos e coletivos, é relativamente recente. No Brasil, a explícita adoção do conceito de interesses difusos e coletivos, realizada com grande amplitude na Constituição Federal e no nosso sistema jurídico, erguendo-os inequivocamente à posição de interesses juridicamente protegidos, ampliou consideravelmente o número de hipóteses em que o Estado é responsável, extracontratualmente, por seus atos ou omissões<sup>24</sup>.

22 René Chapus arrola quatro espécies de danos imateriais que, com maior ou menor resistência acabaram por ser admitidos pela jurisprudência administrativa francesa. São eles, em tradução livre: "1. o atentado à reputação e à honra das pessoas; 2. os sofrimentos físicos suportados por quem sofreu danos corporais ou em razão de intervenções cirúrgicas que o acidente tornou necessárias; 3. o dano estético, o prejuízo moral que consiste no sentimento de incômodo e de desgosto sofridos por uma pessoa como consequência das lesões à sua integridade e harmonia corporais; 4. as perturbações nas condições de existência, expressão própria da jurisprudência administrativa e de extensa significação. designa os sentimentos vinculados aos inconvenientes os mais diversos suscetíveis de resultarem do fato danoso, como por exemplo, o ter de mudar seus hábitos ou seu modo de vida, de renunciar a certos projetos, de interromper ou suspender seus estudos, abster-se de praticar certas atividades esportivas ou de lazer - sendo apreciadas essas perturbações com abstração das consequências pecuniárias do fato danoso; 5. enfim, a dor moral, quer dizer, a lesão aos sentimentos de afeição que ligavam uma pessoa a aquela que o evento danoso provocou a morte. por exemplo" (op. cit., vol. II, p. 984-985).

23 Ilustram a primeira hipótese os seguintes exemplos: Cássio poderia ter sobrevida maior se por erro de diagnóstico não tivesse deixado de submeter-se a tratamento no momento oportuno; Tício, por ter sido ferido, sem culpa alguma, em acidente causado por veículo do Estado, não pôde terminar as provas de concurso público, onde tinha grandes possibilidades de ser aprovado, de acordo com as notas até então publicadas; Mévio, homem pobre, recorreu à defensoria pública para patrocinar seus interesses em ação de despejo, e o advogado que o Estado lhe dera perdeu o prazo para contestar a ação, o que determinou que esta fosse julgada procedente. Nos três casos não se configura dano futuro, mas a perda atual e efetiva de uma posição concreta, de onde seria legítimo aspirar a uma situação mais vantajosa, não fora a ocorrência do evento danoso. No dano por ricochete, o prejuízo é direto, na medida em que decorre imediatamente do fato danoso, embora haja, antes, um outro dano, de que depende. Por isso e nesta acepção é chamado também de prejuízo reflexo, como o sofrido por quem dependia materialmente da pessoa que morreu ou ficou inválida em acidente.

24 Na concepção antiga, quem zelava exclusivamente pelos interesses da coletividade era o próprio Estado. Nessas circunstâncias, se não houvesse lesão a direito subjetivo, não havia como subordinar os atos do Poder Público ao controle do Judiciário. Compreende-se, assim, que a noção de interesse, quando não caracterizasse a existência de direito subjetivo, não desempenhasse também qualquer papel no direito brasileiro, diferentemente do que sucedia e sucede, por exemplo, no direito francês, italiano ou português (sobre este último, Marcello Caetano, Estudos de Direito Administrativo, Lisboa, Ática, 1974, p. 219 e segs.), notadamente como condição de legitimação processual. Os benefícios que as normas de direito público produzem para a sociedade eram, via de regra, simples reflexos de direito, nos termos estabelecidos por Georg Jellinek, no seu livro famoso (System der Subjektiven (Öffentlichen Rechte, Tübingen, Scientia Verlag Aalen, 1979, reprodução da edição de 1919, p. 67 e segs.). Só eventualmente é que geravam direitos subjetivos. As formas de participação dos indivíduos no controle jurisdicional da conduta do Estado foi, entretanto, gradativamente se ampliando e assumindo diferentes feições no direito brasileiro. Primeiramente, sob a Constituição de 1946, com a disciplina da ação popular pela Lei nº 4.717/65, ação a ser proposta por qualquer cidadão, e cujo âmbito foi se alargando até permitir-se que tenha hoje por objeto a anulação de qualquer "ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa. ao meio

Mas, além desses requisitos primeiramente fixados pelo direito privado para que o dano seja indenizável, há ainda dois outros, típicos do direito público, e que concernem exclusivamente à responsabilidade do Estado por atos lícitos: a especialidade e a anormalidade. São eles que explicam que nas limitações administrativas, por serem genéricas, não cabe indenização e que as servidões administrativas, por recaírem sobre um bem determinado, sejam, via de regra, indenizáveis. O fundamento da responsabilidade, nessas hipóteses, está na distribuição desigual dos encargos públicos.

É iníquo que alguém sofra sacrifício em proveito da coletividade sem que seja indenizado. De outro lado, é facilmente compreensível que os atos lícitos do Estado, quando não causem perturbações ou alterações de monta no patrimônio ou na vida das pessoas, mantendo-se, portanto, dentro dos lindes da normalidade, não dêem lugar a indenização.

A especialidade e a anormalidade do dano têm também conexão com a noção de interesse juridicamente protegido ou interesse simples. A mudança do sentido do trânsito de veículos em determinada rua pode prejudicar grandemente comerciantes estabelecidos naquela vida pública ou pessoas que lá residam. Nem por isso terão eles pretensão ressarcitória contra o Estado. Diversa é a solução, no entanto, quando o trânsito é proibido em rua na qual funcionava oficina de conserto de automóveis. Afirma-se que, no primeiro caso, há simples interesse ou interesse não qualificado, enquanto que, no segundo, o interesse seria legítimo ou jurídico.

Há, porém, uma certa petição de princípio nesse raciocínio ou, pelo menos, certa arbitrariedade na classificação dos interesses como simples ou jurídicos, quando postos em confronto com os atos lícitos do Poder Público: porque os interesses são simples, não há direito a indenização; não há direito a indenização porque os interesses são simples. A rigor, a distinção que se faz entre as duas situações figuradas creio resultar da especialidade e da anormalidade do dano. Se o dano espalha-se por toda a sociedade ou não ultrapassa os marcos da normalidade, não é indenizável; se for anormal e especial, sim. Em outros termos, quer isto significar que apenas quando se verificarem estes requisitos é que se dá a proteção jurídica aos interesses das pessoas.

---

ambiente e ao patrimônio histórico e cultural” (CF, art. 5, L XXIII). Depois, pela instituição da ação civil pública (Lei nº 7.347/85), endereçada especificamente à proteção dos interesses difusos e coletivos, relacionados com o meio ambiente, os consumidores e os bens e direitos de valor artístico, estético, turístico e paisagístico. Tal ação pode ser proposta pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios, por autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou associação que esteja constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil e inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. A Constituição de 1988 alargou a competência do Ministério Público ao inserir entre as suas funções institucionais a de “promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (art. 129, III). Finalmente, a Lei nº 8.078/90, o chamado Código de Defesa do Consumidor, criou a tutela ; coletiva dos interesses individuais homogêneos - ou, em termos mais simples, dos direitos subjetivos lesados, de idêntica natureza e de que fossem titulares numerosas pessoas - ao abrir a eles a via da ação civil pública (arts. 90 e 117). Atualmente, portanto, pelo relevo dado pelo ordenamento jurídico brasileiro à participação popular, está a atividade do Estado submetida a controle, que poderíamos chamar de social, numa amplíssima gama de situações passíveis de serem examinadas pelo Poder Judiciário, muitas das quais dizem respeito à responsabilidade extracontratual.

#### 4. Causas externas, pluralidade de causas e responsabilidade subjetiva do Estado

Por vezes sucede que o dano tenha mais de uma causa. Para ele cooperaram a ação ou a omissão do Estado e também um fato estranho a este, relacionado com a vítima, com um terceiro ou decorrente de força maior. Importa advertir, desde logo, que se a causa é exclusivamente o fato da vítima, de terceiro ou a força maior, não há qualquer nexo de causalidade entre a ação ou a omissão do Estado e o dano, não cabendo falar, portanto, em responsabilidade do Poder Público. A causa será puramente externa. Não constitui causa externa, entretanto, o caso fortuito. A peça que se desprende da máquina de propriedade do Estado, produzindo dano no particular, configura situação que é geralmente compreendida pela noção de falha do serviço, portanto algo que é interno ao Estado e não externo, como a força maior. Não constitui, assim, fato relevante para excluir ou atenuar a responsabilidade do Estado, nem mesmo quando esta é de caráter subjetivo.

Quando tanto a ação ou omissão do Estado, quanto o comportamento da vítima ou de terceiro, ou ainda a ocorrência de força maior se identificarem como causas adequadas à produção do evento danoso e forem, pois, concausas do prejuízo, aí ter-se-á de averiguar as hipóteses em que a responsabilidade do Estado será integral ou atenuada.

Discute-se, também, se, nessas situações, ou pelo menos em algumas delas, a responsabilidade do Estado será fundada na culpa do agente ou na falha do serviço.

O Estado não tem, por certo, o dever de tudo prover e de tudo cuidar. Apesar de ter muito poder, também não pode tudo. Não pode, por exemplo, impedir que fatos externos, inevitáveis e irresistíveis, causem prejuízos aos particulares, ou que terceiros matem, roubem ou lesem por qualquer modo seus semelhantes. Seria, assim, claramente impensável estender a responsabilidade do Estado a todos os eventos danosos, dando-lhe ainda o caráter de responsabilidade objetiva. Só na ilha da Utopia seria talvez concebível um sistema assim.<sup>25</sup> Compreende-se, pois, que a responsabilidade do Estado, quando o dano resulta de uma ação de terceiro ou de força maior, só surgirá quando se demonstre que o Estado cooperou, por culpa de seus agentes ou por culpa anônima ou por falha do serviço, para que o dano se produzisse. Em tais circunstâncias a conduta do Estado só se qualificará como concausa do evento, se existir violação, por parte do Poder Público, de um dever jurídico preexistente, porquanto os deveres que tem com relação aos particulares são limitados, como já se deixou entrever.

Se A, que não tinha qualquer antecedente penal, mata R, depois de uma discussão na empresa em que trabalhavam, não caberá aos herdeiros de R ação de res-

<sup>25</sup> Só em casos excepcionais alguns sistemas jurídicos têm acolhido espécies de responsabilidade social por atos que de nenhuma forma podem ser imputados ao Estado e que deixariam a vítima sem possibilidade de obter ressarcimento. Tal é o que ocorre no direito francês com as indenizações às vítimas por atos de terrorismo ou por transmissão do HIV, para o atendimento das quais a legislação criou fundos específicos (Jaqueline Morand-Deville, Cours de Droit Administratif, Paris, Montchrestien, 1993, p. 662)

sarcimento contra o Estado. Mas se A praticou ação criminosa na presença de policial que, negligentemente, não tomou qualquer providência para impedir o fato delituoso, não haverá dúvida que a conduta do agente, nessa qualidade, entrará como elo importante na cadeia causal que terminou no homicídio, apta a determinar, portanto, a responsabilidade do Estado. Um outro exemplo: A teve seu barraco, numa favela do Rio de Janeiro, destruído em razão de deslizamento do terreno, provocado por chuvas de anormal intensidade. Contudo, se o Estado não se houvesse descuidado das obras de prevenção que realizara, mas que estavam deterioradas, certamente o dano não se teria verificado. Também aqui a falha do serviço, juntamente com a força maior, desempenha o papel de causa do dano, gerando a responsabilidade do Estado. 'l'udo seria diferente se o barraco tivesse sido destruído por um raio, caso em que o dano é produzido exclusivamente pela força maior.

Nos casos em que há concausa e em que a ação ou omissão do Estado está relacionada com atividades perigosas por ele desempenhadas (p.ex., exercícios militares) ou com métodos perigosos por ele adotados (p.ex., tratamento de insanos mentais em regime de liberdade) ou com coisas e pessoas perigosas de que tem a guarda (p.ex., explosivos, material radioativo, presidiários), suscitam-se algumas questões interessantes. Assim, na maior parte dessas hipóteses, se o dano estiver diretamente relacionado com o risco assumido pelo Estado, a responsabilidade deste será objetiva.

Em caso contrário, só poderá ser ele responsabilizado se ficar comprovada a culpa do agente ou a falha do serviço e existir, obviamente,nexo de causalidade. Desse modo, os prejuízos sofridos por pessoas que se encontravam nas proximidades de estabelecimento correcional e que foram assaltadas por presidiários dele evadidos dão origem à responsabilidade objetiva do Estado. Diversa será a solução, quando o evento danoso ocorrer em lugar distanciado do abrangido pelo risco ou tendo o evento danoso ocorrido muito tempo depois da fuga<sup>26</sup>.

Além disso, quando o risco assumido pelo Estado é extraordinariamente intenso, mesmo a ocorrência de força maior não afasta sua responsabilidade. É o que sucede nos casos de dano nuclear, a propósito do qual a Constituição Federal tem regra específica<sup>27</sup>.

Quando na concausa entra ato de terceiro, a responsabilidade é solidária,

26 Celso Antônio Bandeira de Mello (op. cit. p. 52). O transcurso de longo tempo entre a fuga do presidiário e a lesão, geralmente implica o afastamento do nexo de causalidade. Decidiu o Supremo Tribunal Federal que crime cometido por presidiário foragido há quase dois anos e que se evadira de hospital para onde fora provisoriamente removido - evasão esta decorrente de comportamento culposo dos agentes encarregados de sua guarda - não determinava a responsabilidade patrimonial do Estado, por ausência de nexo causal (RTJ, 143/270).

27 Art. 21, XXIII, c: "A responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa." Apesar de o preceito não se referir à força maior, como elemento que nenhuma influencia teria na responsabilidade por danos nucleares - os quais, no Brasil, são sempre referidos ao Estado, pois a exploração dos serviços e instalações nucleares é monopólio da União (CF, art. 21, XXIII) - a doutrina, informada pela tendência universal existente sobre a matéria, tem afirmado que a responsabilidade, nessa hipótese, é fundada no risco integral, sendo irrelevante a força maior ou o fato de terceiro. Só a culpa exclusiva da vítima é que afastaria a responsabilidade do Estado. Por todos, Carlos Alberto Bittar, *Responsabilidade Civil nas Atividades Nucleares*, São Paulo, 1985 RT, p. 228.229 (p. ex). É verdade que a responsabilidade assim exacerbada é, de certo modo, equilibrada por outras disposições normativas, como a de fixação de prazo máximo para exercer a pretensão à indenização e de teto para o seu valor (Cfr. Bittar, op. cit., p. 229, Lei n° 6.453, de 17.10.77).

resolvendo-se pelos princípios do Código Civil que disciplinam essas espécies de obrigações. Se há culpa concorrente da vítima, os ônus relacionados com a reparação são geralmente divididos pela metade. No que tange à força maior, excetuadas aquelas situações em que se verifica risco exacerbado e nas quais, como visto, ela é irrelevante, a maioria das decisões dos tribunais brasileiros não a considera como fator de redução do valor da indenização e, pois, de atenuação da responsabilidade, quando o evento danoso poderia ter sido evitado caso os serviços dos Estados tivessem funcionado adequadamente.

## 5. Responsabilidade por atos jurisdicionais

Matéria delicada é a que diz respeito à responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais. O erro judiciário há de ser indenizável. E o direito brasileiro admite que o seja, tanto em matéria cível como penal. Isto não é uma decorrência da legislação ordinária, que contém preceitos a respeito da matéria, como se verá, mas do texto constitucional que consagra de modo amplo a responsabilidade extracontratual do Estado por atos de seus agentes e determina, além disto, dispondo nitidamente sobre hipótese do direito penal, que “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença” (CF, art. 52, LXXV). Muito embora a regra sobre a responsabilidade patrimonial do Estado por ato de seus agentes esteja inserida no capítulo pertinente à administração pública, como parágrafo do artigo que enumera os princípios gerais a que esta deverá submeter-se, quer seja “direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” sempre se interpretou, todavia, que expressa princípio abrangente de todas as funções do Estado, não se referindo, apenas, à função administrativa e aos atos que a exprimem. O Estado é responsável pelos danos que causa não apenas quando administra, mas também quando legisla e julga.

No que concerne, entretanto, aos atos jurisdicionais há uma particularidade que os distingue dos atos de exercício das demais funções do Estado. É a estabilidade que se lhes predica e que lhes é indispensável. Os atos jurisdicionais que sejam terminativos das causas, que sejam verdadeiramente sentenças, fazem coisa julgada formal ou material. Na primeira hipótese, haverá, ainda, a possibilidade do reexame da decisão proferida pela porta dos canais especiais abertos pela legislação processual penal ou civil, e que são, no Brasil, a revisão criminal e a ação rescisória. Ocorrendo, porém, a coisa julgada material, a sentença, certa ou errada, é imodificável em qualquer circunstância. Como diziam os antigos, ela faz do redondo quadrado e do branco preto. Nessas circunstâncias, não há que discutir mais, como pretendem alguns, o acerto ou o desacerto da decisão, para fins de responsabilizar o Estado<sup>28</sup>.

<sup>28</sup> Tupinambá Miguel Castro do Nascimento sustenta, por último, a possibilidade de indenização, mesmo julgada improcedente ou não proposta a ação rescisória (op. cit. p. 27 e segs.). A opinião dominante é, porém, a de que a ocorrência

Mas é irrecusável que existe uma extensa gama de situações em que a conduta dos juízes pode dar origem à responsabilidade do Estado. A excessiva e injustificada lentidão dos processos, quando manifestamente imputável ao juiz, pode dar origem a danos materiais e imateriais às partes, pelos quais o Poder Público deve responder.

Da mesma maneira quando, sem fundamento razoável, o juiz nega medida cautelar ou medida liminar em mandado de segurança, causando, com esse ato, perda irreparável para o postulante ou até mesmo o perecimento do seu direito.

Na legislação processual brasileira a questão dos danos causados por atos jurisdicionais está tratada em dois dispositivos, um do Código de Processo Penal e outro do Código de Processo Civil, repetido, com mínimas e insignificantes variações de redação, na Lei Orgânica da Magistratura Nacional (art. 46).

O art. 630 do Código de Processo Penal concerne à revisão criminal. Diz a norma que, quando concedida a revisão pelo tribunal este poderá, se o interessado o requerer, “reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos”. Tal indenização será liquidada no juízo cível. Não será, contudo, devida a indenização em duas hipóteses: “ a) se o erro ou a injustiça da condenação proceder de ato ou falta imputável ao próprio impetrante, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder”, ou “ b) se a acusação houver sido meramente privada”. Como se percebe, a regra tem como objeto apenas a reparação do dano causado por erro judiciário na esfera criminal. Não compreende - e não há nenhuma outra norma que cogite dessa matéria - as hipóteses de negligência judiciária, ou mesmo de erro em outras decisões que não sejam terminativas da ação penal, como, por exemplo, a claramente injustificada decretação de prisão preventiva. Seu lado positivo mais saliente está em que o reconhecimento do direito à indenização possa ser feito, desde logo, na própria revisão criminal. De outra parte, porém, é insustentável, perante a Constituição, a exclusão da responsabilidade do Estado nos casos de ação penal condicionada, ou, na linguagem do preceito, “se a acusação houver sido meramente privada”. A parte não é condenada porque a incoação do processo foi resultante de queixa. A sentença é que, apreciando os fatos e a prova do processo, errou, condenado alguém injustamente. O que poderá haver é hipótese de responsabilidade solidária (o que, aliás, também poderá suceder nos casos de ação penal incondicionada, quando a denúncia do Promotor Público for indubitavelmente improcedente ou desarrazoada), do querelante e do Estado, mas nunca a irresponsabilidade deste:

O Código de Processo Civil, no art. 133, declara que o juiz responderá por perdas e danos quando “I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte”. No último caso, determina o parágrafo único, que só se reputarão verificadas as hipóteses ali previstas “depois que a parte, por intermédio do

---

de coisa julgada afasta a responsabilidade do Estado. Cfr. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, *A Responsabilidade Civil do Estado pelo Exercício da Função Jurisdicional*, p. 42.

## Responsabilidade Extracontratual...

---

escrevão, requerer ao juiz que determine a providência e este não lhe atender o pedido dentro de dez dias” .

A principal observação a ser feita a esse preceito é a de que ele não tem qualquer relação com a responsabilidade extracontratual do Estado, como, por vezes, tem sido sustentado. Ele limita, tão-somente, as hipóteses em que o juiz, pessoalmente, pode ser responsabilizado. Não colide, pois, com as Constituição Federal, uma vez que não restringe a responsabilidade do Estado<sup>29</sup>.

Cabe registrar, para encerrar esta ordem de considerações, que a jurisprudência brasileira, notadamente a do Supremo Tribunal Federal, tem revelado enonre resistência em aceitar a responsabilidade do Estado por atos de juizes, não obviamente, quando estes exercem função administrativa, mas pela prática ou omissão de atos jurisdicionais<sup>30</sup>.

### 6. Responsabilidade por atos legislativos

Os prejuízos que as leis e os atos normativos infralegais válidos causam às pessoas só são indenizáveis quando o dano for anormal e especial. Manifestou-se, no passado, certa tendência a reconduzir a responsabilidade do Estado por prejuízos causados em razão de suas leis à responsabilidade por atos ilícitos. Em outros termos, o Estado só seria responsável quando a lei fosse inconstitucional. Subjaz a essa posição, claramente, a idéia de que o Estado há de ter alguma culpa para ser responsabilizado, já que a noção de risco seria inaceitável para explicar a responsabilidade nessas hipóteses, pois não se pode admitir que a atividade legislativa seja perigosa. Em realidade, o princípio que determina a responsabilidade do Estado, em tais circunstâncias, é o da igualdade perante os encargos públicos. Se o Estado, procedendo licitamente, sem, pois, contrariar qualquer dever jurídico, mesmo assim causa danos aos particulares, esses são indenizáveis, desde que especiais e anormais. Os requisitos da especialidade e da anormalidade do dano são, antes de tudo, uma exigência da razão prática, que visa a assegurar a governabilidade e, até mesmo, a própria existência do Estado. Caso todo o dano gerado por atos lícitos do Poder Público fosse indenizável, independentemente de sua especialidade e anormalidade, o Estado se veria impedido, por exemplo, de modificar seus planos econômicos<sup>31</sup>. As leis geralmente são abstratas e impessoais, dificilmente podendo causar danos especiais aos indivíduos. Não se poder afastar, contudo, que excepcionalmente delas defluam efeitos desvantajosos e anormais que incidam sobre um círculo restrito de pessoas, dando assim causa à indenização, do mesmo modo como ocorre com as chamadas leis de efeitos concretos, que são, na verdade, leis somente no sentido formal, pois possuem a natureza de atos administrativos.

29 Contra, Juary C. Silva (A Responsabilidade do Estado por Atos Jurídicos e Legislativos, São Paulo, 1985, Saraiva, p. 215).

30 Cfr. Yussef Said Cahali, op. cit. p. 210 e segs.

31 Almiro do Couto e Silva, Problemas Jurídicos do Planejamento, p. 1 e segs.

No tocante aos danos causados por leis inconstitucionais e outros atos normativos inconstitucionais ou ilegais não se exige sejam eles anormais ou especiais. Desde o início da República aceita a doutrina brasileira a responsabilidade do Estado em razão de danos causados por leis inconstitucionais<sup>32</sup>.

Com o acolhimento pela Constituição de 1988 da inconstitucionalidade por omissão<sup>33</sup> e do mandado de injunção<sup>34</sup>, cabe perquirir se haveria responsabilidade do Estado por tardar em editar ato normativo, quando fosse este determinado pela Constituição e da omissão resultasse dano para os particulares. Cabe assinalar, em primeiro lugar, que nos sistemas jurídicos que admitem a inconstitucionalidade por omissão, como é o caso da Alemanha, que criou o instituto mediante construção do Tribunal Constitucional Federal e de Portugal, que o recebeu no art. 283 da sua Constituição, prevalece o entendimento de que a participação dos particulares no controle da inércia legislativa é limitada à utilização dos instrumentos judiciais postos à sua disposição para provocar sentença declaratória da omissão inconstitucional. Não se reconhece (ou pelo menos ainda não se reconheceu) aos indivíduos, em qualquer hipótese, direito e pretensão a obter ressarcimento por danos decorrentes da ausência de lei. Nos nossos dias, o controle tem, portanto, caráter eminentemente político<sup>35</sup>. Conquanto a inconstitucionalidade da conduta do Estado não seja substancialmente distinta nos casos de

32 Observava Amaro Cavalcanti: "Decerto, declarada uma lei inválida ou inconstitucional por decisão judiciária, um dos efeitos da decisão deve ser logicamente o de obrigar à União, Estado ou Município, a reparar o dano causado ao indivíduo, cujo direito fora lesado. quer restituindo-se-lhe aquilo que indevidamente foi exigido (...), quer satisfazendo-se os prejuízos, provavelmente sofridos pelo indivíduo com a execução da lei suposta" (op. cit., v. I, nº 54, p. 313). Sobre a preponderância dessa opinião na doutrina brasileira, veja-se Yussef Said Cahali, op. cit. p. 226. É esta, também, há muito tempo, a posição do STF (RDA 20/42; RTJ 2/121). Vejam-se, mais recentemente, as considerações do Min. Celso de Mello, ao julgar prejudicado mandado de segurança impetrado contra o bloqueio de cruzados novos, em decorrência do plano de estabilização monetária do Governo Collor (RTJ 142/984).

33 CF, art. 103, § 2º "Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias".

34 CF, art. 5º, LXXI "Conceder-se-á o mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania".

35 No direito alemão há grande resistência à aceitação da responsabilidade do Estado nos casos de dano causado por lei. Mesmo no caso de "ilícito normativo" ou "ilícito legislativo" (normatives Unrecht, legislatives Unrecht), ou seja, quando a lei ou o ato normativo sejam inconstitucionais ou seja inconstitucional a Unterlassung a omissão, não admite, em princípio, a responsabilidade do Estado. De qualquer modo, o assunto tem sido acesamente discutido na doutrina. As razões que mais pesam para sua rejeição têm caráter acentuadamente prático e residem na generalidade da lei e, conseqüentemente, na generalidade dos danos, os quais podem atingir valores incalculáveis. Registra Hartmut Maurer que a matéria estaria a merecer uma disciplina específica, como tema a ser considerado na reforma da legislação pertinente à responsabilidade do Estado. Contudo, quer no projeto apresentado pelo Governo, quer na lei sobre responsabilidade do Estado, que chegou a ser editada e que foi declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional Federal, a responsabilidade por atos legislativos só era admitida quando a lei assim dispusesse (Allgemeines Verwaltungsrecht, München, 1982, C.H. Beck. págs. 502 e segs. e 605 e segs., com remissão bibliográfica sobre a matéria). No que diz respeito à omissão inconstitucional, não é diferente a solução no direito português (Cfr. José Joaquim Gomes Canotilho, Constituição dirigente e Vinculação do Legislador, Coimbra, Coimbra Editora, 1982, p. 321 e segs.; O Problema da Responsabilidade do Estado por Atos Lícitos, Coimbra, Almedina, 1974, págs. 163 e segs.). No Brasil, Marcelo Figueiredo é favorável a que se admita a responsabilidade do Estado, na hipótese de omissão legislativa declarada inconstitucional (O Mandado de Injunção e a Responsabilidade por Omissão. São Paulo, RT. 1991, págs. 51 e segs.), do mesmo modo que Maria Emília Mendes Alcântara (Responsabilidade do Estado por Atos Legislativos e jurisdicionais, p. 69).

## Responsabilidade Extracontratual...

---

ação ou omissão, o que levaria a pensar-se na responsabilidade do Estado nas duas hipóteses, é inquestionável que, na última, na de inconstitucionalidade por omissão, as dificuldades, de ordem jurídica e prática, são consideravelmente maiores. As decisões do Supremo Tribunal Federal, ao decidir ações de inconstitucionalidade por omissão ou ao julgar mandados de injunção, geralmente têm se limitado, em ambas as hipóteses, a declarar que a omissão legislativa é inconstitucional, razão pela qual recomendam ao Poder Legislativo que edite norma a respeito da matéria. No máximo, fixam prazo para que isso ocorra<sup>36</sup>.

Efetivamente, salvo as situações absolutamente excepcionais, quando, na norma constitucional, já se contenham elementos suficientes para que se possa prever, com nenhuma ou mínima margem de erro, qual será o conteúdo da norma ordinária<sup>37</sup>, hipótese em que o Judiciário poderá, diretamente suprir a omissão, nos demais a decisão judicial deverá restringir-se apenas a “ dar ciência ao Poder competente da omissão inconstitucional para a adoção das providências necessárias”<sup>38</sup>. Se, apesar disso, o Poder Legislativo não tomar qualquer providência, nenhuma outra medida caberá ao Poder Judiciário. A decisão do Supremo Tribunal Federal deverá operar, nessas circunstâncias, como elemento de pressão política, como tem sucedido com as decisões do Tribunal Constitucional Federal na Alemanha. Sendo assim, e inexistindo a norma infraconstitucional, como se poderá estimar o prejuízo dos interessados?

Pelas mesmas razões de respeito ao princípio constitucional da independência e harmonia dos Poderes as decisões do STF não prescrevem que a norma, quando editada, deverá ter efeitos *ex tunc*. O reconhecimento da responsabilidade do Estado pela omissão legislativa teria a conseqüência prática de produzir esse efeito que a sentença declaratória da omissão não deu e que a regra reclamada possivelmente também não dará. Obter-se-ia, assim, por via oblíqua o que por via direta não se consegue. As dificuldades não param aí: mas efeitos *ex tunc*, a partir de quando? Em que instante se caracteriza a mora legislatoris? Por certo, há hipóteses em que a Constituição fixa prazo dentro do qual leis deverão ser elaboradas. Há muitas outras, porém, em que se

36 Constitui *leading case* no direito brasileiro, quanto ao alcance e significado da sentença no mandado de injunção e na ação de inconstitucionalidade por omissão, o acórdão proferido pelo STF, no Mandado de Injunção n. 107 (RTJ 133/11; também importante, RTJ 139/687).

37 O art. 82, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias fixou o prazo de doze meses para que fosse editada lei de iniciativa do Congresso Nacional dispoendo sobre reparação de natureza econômica aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em razão de Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica, durante os governos militares. A lei não foi editada no prazo assinado. Apreciando mandado de injunção impetrado em razão da omissão legislativa, o STF decidiu: (a) declarar a ocorrência da omissão, (b) reconhecer a mora do legislador, (c) determinar que a declaração de inconstitucionalidade fosse comunicada ao Congresso Nacional, (d) fixar prazo de quarenta e cinco dias para a elaboração da legislação e de quinze dias para a sanção e, ultrapassados esses prazos sem promulgação, desde logo (e) “reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação à reparação constitucional devida pelas perdas e danos que se arbitrem”. Esclareceu, por último, que a superveniência da legislação não prejudicaria os efeitos da coisa julgada, a não ser que fosse mais favorável ao impetrante (RDA 185/204). Contudo, nos casos de omissão parcial, nos quais, sabidamente, o direito alemão tem solução inovadora, uma vez que, pela invocação do princípio da igualdade, o Tribunal Constitucional Federal tem simplesmente estendido a norma às situações que deveria ter contemplado e não contemplou, o STF permaneceu ligado à solução tradicional, de declarar a inconstitucionalidade da lei que feriu o princípio da isonomia e não suprir a omissão nela verificada (RTJ 146/431). 38 CF, art. 103, § 22.

verifica inequívoco e específico dever constitucional de legislar, mas inexistente prazo fixo para que isso ocorra. Parece também pertinente ressaltar que o direito que tem a parte, no que diz com a postulação de edição de norma jurídica, não se refere propriamente ao conteúdo desta, o qual será determinado pelo Poder Legislativo, no exercício de suas atribuições específicas. Dito de outro modo, é a partir da lei, ou do ato normativo infralegal, que os direitos dos particulares, dela dependentes, assumem sua plena conformação. Esses direitos, de regra pelo menos, não são meramente declarados pela lei; é ela, a lei, que os constitui ou lhes dá feição definitiva.

Só a partir daí é que ganham nitidez e precisão; só então é que se pode dizer que eles efetivamente se materializam. Antes o dano não é quantificável. E pode ser que não o seja nunca, pois certamente em apreciável número de casos haverá probabilidade de que, apesar de toda a pressão política, o Poder Legislativo não venha a elaborar a lei, cuja omissão foi declarada inconstitucional. Já se vê, portanto, que a atribuição de efeitos *ex tunc* à lei por fim editada e cuja omissão fora objeto de declaração de inconstitucionalidade ou, o que vale o mesmo, a afirmação do dever de indenizar do Estado em tais situações, teria um efeito contraproducente. Em muitas hipóteses essas consequências estimulariam o Governo ou o próprio Poder Legislativo a permanecer na inércia, para não ter, depois, de enfrentar despesas vultosas. Buscando-se o ótimo deixar-se-ia de conseguir o bom. Estas considerações parecem mostrar não ser recomendável, no estágio atual do nosso direito, aceitar-se a responsabilidade patrimonial do Estado pela omissão legislativa inconstitucional.

## 7. Aspectos processuais

Questão controvertida, principalmente na jurisprudência brasileira, é a possibilidade de, na ação de indenização fundada na responsabilidade objetiva, o Estado denunciar à lide o agente que se teria comportado de maneira dolosa ou culposa. Não se discute que o Estado tenha ação de regresso contra o agente, quando tenha existido dolo ou culpa, pois isto está declarado no preceito constitucional. O que se questiona é se, na posição de réu na ação de indenização, possa dar origem a uma ação secundária contra o agente público, pela denunciação da lide, ação esta que girará, evidentemente, em torno dos aspectos subjetivos da responsabilidade<sup>39</sup>. Em termos práticos, não será necessário realçar que a aceitação dessa possibilidade implica negar os benefícios que resultam para a vítima da adoção constitucional do princípio da responsabilidade objetiva. Dito de outro modo, nessas situações a responsabilidade, de objetiva, se transformaria em subjetiva e só quando a culpa fosse anônima, quando se verificasse a falha ou falta do serviço, é que a responsabilidade seria real e verdadeiramente objetiva.

<sup>39</sup>A denunciação à lide está prevista no art. 70 do Código de Processo Civil, nos seguintes termos: "A denunciação à lide é obrigatória: (...) III- àquele que estiver obrigado pela lei ou pelo contrato a indenizar em ação regressiva o prejuízo do que perder a demanda".

Ao lado dos obstáculos de ordem constitucional que se antepõem à aceitação da denunciação à lide na hipótese mencionada, há ainda ponderações de caráter estritamente processual que conduzem ao mesmo resultado. É inadmissível, na denunciação à lide, introduzir fundamento novo do pedido, que não figure na ação entre o autor e o réu<sup>40</sup>.

Parece-me, assim, que só quando a ação for proposta contra o Estado e o agente, alegando-se a responsabilidade solidária, é que será possível discutir-se a culpa. Mesmo quando, por inadvertência ou excesso de zelo, o autor referir-se à culpa do agente, não deve o juiz aceitar a denunciação à lide, pois a culpa do agente é irrelevante para concluir-se pela responsabilidade do Estado, uma vez que ela é objetiva. Isto em nada o beneficiará e só retardará consideravelmente a marcha do processo<sup>41</sup>.

Como são numerosas, porém, as decisões judiciárias que admitem a denunciação à lide nas circunstâncias expostas, decisões essas quase todas amparadas numa equivocada idéia de economia processual, é inquestionável que o recebimento no texto constitucional do princípio da responsabilidade extracontratual objetiva do Estado está ainda longe de produzir os frutos a que parecia destinada.

Mas os benefícios que deveriam resultar do acolhimento da responsabilidade objetiva frustram-se, também, por outras dificuldades, derivadas de nonnas da própria Constituição e do Código de Processo Civil. Refiro-me às regras que dispõem sobre a execução dos créditos contra o Poder Público. Estabelece a Constituição Federal, no seu art. 100, que, à exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Pública “em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica da apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim” E o § 1º. assim prescreve:

“ É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1º de julho, data em que terão atualizados os seus valores, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte”. Os arts. 730 e 731 do Código de Processo Civil apenas elucidam pormenores procedimentais. Assim, suponhamos que determinada a sentença transitou em julgado em agosto; o precatório deverá ser apresentado até primeiro de julho do ano seguinte, para que seja incluído no orçamento ainda do outro ano. Vê-se, pois, que entre o trânsito em julgado e o efetivo pagamento pode suceder que transcorra prazo bem superior a três anos<sup>42</sup>.

Tentei desenhar um panorama geral da responsabilidade extracontratual do Estado no Direito Brasileiro. O ar plenamente democrático que agora se respira no país

40 RTJ 100/1.352, 106/1.055, 92/436 e 90/237

41 Sobre a controvérsia na doutrina e na jurisprudência veja-se Yussef Said Cahali, op. cit., p. 93 e segs.

42 Aliás, essa demora excessiva e o imenso volume dos débitos do Poder Público a serem satisfeitos mediante precatórios é que determinou a regra contida no art. 33 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que autorizou o pagamento dos débitos existentes à data da promulgação da Constituição até o prazo máximo de oito anos, em prestações anuais e sucessivas.

talvez acabe por eliminar ou pelo menos reduzir, em futuro que espero seja próximo, os obstáculos e inconvenientes que aponte e que impedem possa o administrado obter, dentro de prazo razoável, a reparação do dano sofrido por ato ou omissão do Poder Público. Se o Estado Democrático de Direito é sempre obra imperfeita, que se cuida continuamente de aprimorar, a superação dessas deficiências representará no Brasil, depois do passo significativo que foi o da consagração da responsabilidade objetiva como regime-regra, mais um avanço no sentido da realização sempre maior e mais acabada da justiça material, ideal que perseguimos e pelo qual todos nós, juristas, trabalhamos.

## **RESPONSABILIDADE PRÉ-NEGOCIAL E CULPA IN CONTRAHENDO NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO**

1. Pode-se dizer, sem incidir em simplificações mutiladoras, que a questão do dever de indenizar decorrente da celebração de contrato inválido por ação ou omissão culposa de uma das partes tem sua origem no século passado, como célebre estudo de Jhering, publicado em 1861<sup>1</sup>. O tema, entretanto, acabou por ganhar uma outra dimensão, abrangendo hoje todo o campo designado, genericamente, por responsabilidade pré-negocial<sup>2</sup>. Em muitos países, a resposta dos problemas que se inserem nessa área tem sido dada pela doutrina e pela jurisprudência, à margem de quaisquer textos legislativos. É o que sucede, por exemplo, no direito alemão<sup>3</sup> e, também, no direito privado brasileiro<sup>4</sup>. Em alguns outros, a legislação civil mais moderna contém regras específicas sobre a responsabilidade pré-negocial, com fundamento na boa fé. São exemplos disso o Código Civil grego, de 1940 (art. 197 e 198)<sup>5</sup>, o Código Civil

---

1 Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen. In Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrecht, vol. IV, p. 331 e segs.

2 Ver, sobre essa evolução, Mário Júlio de Almeida Costa. Responsabilidade Civil Pela Ruptura das Negociações Preparatórias de um Contrato, Coimbra. 1984. Coimbra Edit. Ltda., p. 33 e segs., e, mais recentemente, Antônio Menezes Codeiro. Tratado de Direito Civil Português. Coimbra, 1999. Almedina, vol. I. p. 331 e segs.

3 Ver Karl Larenz. Lehrbuch des Schuldrechts. München. 1984. C. H. Beck, 1º vol. p.106 e segs.

4 A bibliografia brasileira sobre a matéria está indicada por Almeida Costa, op. cit., p.41. nota 27

5 Art. 197: “No curso das negociações para a conclusão de um contrato, as partes se devem, mutuamente, a conduta ditada pela boa fé e os usos nas relações de negócio”. Art. 198: “aquele que causou por culpa sua prejuízo à outra parte, no curso das negociações para a conclusão de um contrato, é obrigado a repará-lo, mesmo se o contrato não se concluiu. A disposição relativa à prescrição da reclamação nascida de atos ilícitos aplica-se por analogia à prescrição desta reclamação”.

italiano, de 1942 (art. 1.337 e 1.338)<sup>6</sup> e o Código Civil português, de 1966 (art. 227, n.º 1)<sup>7</sup>. O projeto de Código Civil brasileiro, já aprovado pelo Senador Federal e que, agora, tramita na Câmara dos Deputados, ocupa-se da matéria no art. 421.

Na esteira do ensaio de Jhering, cujas linhas principais, em muitos aspectos, são ainda hoje dominantes no direito alemão, a parte a que se imputava a invalidade do contrato deveria indenizar a outra, pelos danos por esta sofridos. Sendo nulo ou inexistente o contrato seria incoerente falar-se em responsabilidade contratual. Fundarse-ia, então, em ato ilícito? Tal indenização, entretanto, estaria restrita ao interesse negativo, ou seja, deveria recompor-se para o prejudicado apenas o status quo ante, como se as negociações e o contrato nulo nunca tivessem existido<sup>8</sup>.

Ora, nem sempre a invalidade de um contrato decorre de culpa de uma das partes, e o mesmo se poderá dizer da ruptura das tratativas ou negociações preparatórias. Se toda a frustração de um contrato, ou por sua invalidade, ou por sua não consumação em virtude do desinteresse de quem mantinha tratativas, caracterizasse ato ilícito, restaria seriamente abalado o princípio da liberdade de contratar. Fossem por essas ou por outras razões, o que não cabe aqui examinar, o certo é que, a pouco e pouco, a questão da responsabilidade pré-negocial começou a afastar-se da responsabilidade aquiliana para aproximar-se de uma responsabilidade muito semelhante à que existe para as partes ligadas por contrato, em decorrência da boa fé.

Os deveres derivados da boa fé manifestam-se não apenas depois de já concluído o contrato, quando assumem a condição de deveres anexos (*neben Pflichten*), mas já antes, nos preparatórios “contatos negociais” (*geschäftlichen Kontakts*)<sup>9</sup>, e fracionam-se em deveres de distinta índole, como, por exemplo, os de segurança e de lealdade, abrangendo este último os de esclarecimento, informação e discricção. No que tange ao descumprimento dos deveres de lealdade, a indenização relaciona-se com os chamados danos da confiança (*Vertrauensschaden*). Estes consistem, principalmente, nas despesas feitas pela parte que teve suas expectativas frustradas com o rompimento das negociações ou com a invalidade do contrato<sup>10</sup>. Indeniza-se, portanto, o interesse negativo e não o interesse positivo, ou seja, o Interesse no cumprimento do contrato (*Erfüllungsinteresse*), solução que, no direito alemão, também é aplicada aos casos de invalidade do contrato por impossibilidade material ou jurídica da prestação, quando a impossibilidade era conhecida ou devia ser conhecida pela outra parte<sup>11</sup>. Contudo, a

6 Art. 1.337: “Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione dei contratti, devono comportarsi secondo buona fede”. Art. 1.338: “La parte que, conoscendo o dovendo conoscere la esistenza di una causa d’invalidità dei contratti, non ha dato notizia all’altra parte e tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità dei contratti”.

7 Art. 227, n.º 1: “Quem negocia com outrem para a conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte”.

8 Menezes Cordeiro, op. cit., p. 331.

9 Larenz, op. cit., p. 106.

10 Larenz, op. cit., p. 112.

11 BGB, § 307. Ver Palandt. Bürgerliches Gesetzbuch, 54.º ed. München 1995. C. H. Beck, p. 383 e segs., critico com relação à solução dada.

jurisprudência alemã mais recente vem já admitindo, notadamente no direito comercial, a indenização pelo interesse positivo ou no cumprimento do contrato, quando, por exemplo, o procedimento culposo de uma das partes impediu que o contrato se realizasse<sup>12</sup>.

2. É este, em síntese muito apertada, o status quaestionis, quer nos países que acolheram expressamente na sua legislação civil a responsabilidade pré-contratual, quer em outros que, mesmo sem esse reconhecimento legislativo, acabaram por aceitar, em maior ou menor medida, direta ou indiretamente, as sugestões da doutrina e da jurisprudência germânicas, aliás amplamente difundidas, incorporando aquela modalidade de responsabilidade ao seu direito, pela via da doutrina e da jurisprudência.

3. No direito brasileiro, o Decreto-Lei nº 2.300, de 21.11.86, que dispunha sobre licitações e contratos da Administração Federal, enunciava, no parágrafo único do seu art. 49, a regra de que a invalidação do contrato pela autoridade estatal não exonerava a Administração “do dever de indenizar o contratado, pelo que este houver executado, até a data em que ela (a nulidade) for declarada, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa”. E, no § 1º do art. 39, prescrevia que “a anulação do procedimento licitatório, por motivo de ilegalidade, não gera obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 49”. Por outro lado, o caput do art. 49 estabelecia que “a declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente, impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos”.

Reafirmava-se, com essas normas, uma tradição que vem do direito romano segundo a qual os atos jurídicos nulos não produzem efeito. Desse modo, quem executou contrato nulo tem, por certo, direito a ser indenizado pelo que executou, não com base, obviamente, no contrato, mas sim com fundamento na noção de enriquecimento injustificado ou sem causa, simetricamente ao que sucede com o funcionário de fato, que não recebe; vencimentos, mas sim mera indenização pelo trabalho que prestou.

Quanto à extensão dessa indenização, mesmo antes do Decreto-Lei n. 2.300/ 86, a jurisprudência brasileira já deixava perceber, embora o número de decisões não seja muito expressivo, que deveriam ser ressarcidos, apenas, as despesas e gastos efetivamente feitos, e não os lucros que a parte teria com a execução do contrato<sup>13</sup>.

12 Palandt. op. cit., p. 343; Larenz op. cit., p. 113, que observa, todavia, que em se tratando de vício de forma, que uma parte conhecia e silenciou, a indenização será apenas pelo interesse negativo, pois, do contrário, se esvaziaria a exigência. Refere, porém, que a jurisprudência, em muitos desses casos, ainda que não reconheça pretensão ao adimplemento tem autorizado a indenização pelo descumprimento do contrato, não se restringindo, portanto ao interesse negativo (cf. nota 28).

13 Nesse sentido, o antigo Tribunal Federal de Recursos, ao julgar embargos infringentes na apelação cível n. 37.253, do Rio de Janeiro, relator o Min. Aldir Passarinho: “Cumprir distinguir duas situações diversas: uma é o problema da validade do contrato administrativo, outra é o da remuneração dos serviços efetivamente prestados. em decorrência desse contrato, embora nulo. A nulidade do contrato não impede a remuneração destes serviços. nem permite que o Estado ou a Administração Pública se locuplete à custa de quem realmente prestou serviços. privando-o da correspondente remuneração. A proibição do enriquecimento ilícito, princípio geral de direito, atua no campo do Direito Administrativo, ainda com maior intensidade, porque, se a cada um particular não é lícito se locupletar à custa alheia, com muito maior razão o Estado não poderá fazê-lo. Desde que auferiu vantagens a Administração Pública, e beneficiou-se com os serviços, nada sendo alegado em relação aos mesmos, sua efetividade e qualidade, terá que pagar o seu custo, sob pena de ocorrer o mencionado locupletamento indevido, à custa de quem os prestou, apenas porque o contrato firmado é nulo. Contrato nulo, segundo o

A doutrina também se inclinava para esse mesmo rumo<sup>14</sup>.

A Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, que, com as alterações introduzidas pelas Leis n. 8.883/94 e n. 9.032/95, constitui o diploma vigente no que diz com as licitações e contratos da Administração Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, reproduziu, com algumas modificações, as regras do Decreto-Lei n. 2.300/86.

O § 1º do art. 49 repete a norma de que “a anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar”, mas expressamente ressalva o disposto no parágrafo único do art. 59. Para facilitar a compreensão, cabe reproduzir, aqui, essa regra jurídica na sua integralidade:

“Art. 59: A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente, impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.

Parágrafo único: 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 novidade com relação ao texto do Decreto-Lei n. 2.300/86 está no acréscimo da expressão “...e por outros prejuízos regularmente comprovados”, que agrega à indenização com fundamento no enriquecimento injustificado uma outra modalidade de ressarcimento, já agora por quaisquer outros prejuízos, desde que observadas duas condições: os danos deverão ser devidamente comprovados, e a invalidade não poderá ser imputada ao contratante.

O fundamento dessa segunda espécie de responsabilidade está precisamente no que se chamou a “descoberta jurídica”<sup>15</sup> de Jhering, a culpa in contrahendo, após

---

conhecido princípio, não produz efeito, mas não está em cobrança, no caso, a remuneração no contrato convencionada. O fundamento da ação proposta não é o contrato nulo, mas o fato da prestação de serviços, em proveito da Administração que não é gratuita e deverá ser remunerada”. Nesse caso, porém, como constou da ementa do acórdão, entendeu o Tribunal que “a indenização deve fazer-se pelo justo e exato valor do custo dos serviços, sem inclusão de qualquer lucro”. Posta nesses termos a decisão cria uma situação de perplexidade, pois é muito difícil discernir entre custo e lucro e um serviço, o que não ocorre, por exemplo, com uma obra. Qual o custo de um serviço de advogado e qual o lucro? Como o prestador do serviço poderia provar que estava cobrando apenas o custo e não o lucro? Neste particular, no contexto da época, bem mais razoável e acertada se nos afigura a solução dada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo: Reconhecida a nulidade do contrato, certo é que a quem contratou irregularmente, com a Administração Pública não toca o direito de reclamar os esperados lucros, ou cláusula penal, ou perdas, e danos pelo inadimplemento, verbas que, somente se válido, o contrato, seriam de pretender. Tem o contratante, porém, o direito de obter remuneração pelos serviços prestados para que não haja injusto enriquecimento da Administração. Tal remuneração deverá atender aos preços normais dos serviços. Não apenas o reembolso do custo, porque se assim não fosse ainda ocorreria injusto locupletamento com obtenção de serviço por preço inferior ao normal.” (RDA 54/119). Vejam-se, ainda, no concernente à indenização por enriquecimento injustificado, TJSP, RDA 99/278 e TJRS. RTJRS 27/228 e 28/147.

14 Na 2ª edição do seu *Direito Administrativo Brasileiro* (São Paulo, 1966. RT, p- 229) escrevia Hely Lopes Meirelles: “A inexistência de ajuste escrito ou o defeito de forma vicia irremediavelmente a manifestação de vontade da Administração e invalida o conteúdo contratual. Poderá em tal caso, ocorrer a obrigação de indenizar obras e serviços realizados sem contrato ou com contrato defeituoso, mas já então a causa do pagamento não é o contrato ilegal. mas sim a prestação de um fato ressarcível ao particular, estranho à falta interna da Administração”.

15 Hans Döle, *Juristische Entdeckungen*, in *Deutscher Juristentag*, 42 (1959), p. 1 e segs.

## Responsabilidade Pré-Negocial...

---

incorporada, como se viu, à noção de responsabilidade pré-contratual ou de responsabilidade pré-negocial, cujos horizontes são bem mais dilatados. Assim, antes, portanto, de a legislação civil brasileira ter tratado da responsabilidade pré-negocial (o que até agora não ocorreu), dela cuidou pela primeira vez entre nós, no campo normativo, a Lei n. 8.666/93, que enfeixa regras de direito público.

No direito europeu, pelo menos naqueles países que não consagraram formalmente, em texto legislativo, a responsabilidade pré-negocial, muito se discutiu a respeito das bases jurídicas dessa espécie de responsabilidade. Teria ela origem negocial? Resultaria da lei? Ou, como afinal tem sido geralmente aceito, estaria intimamente ligada ao princípio da boa fé, que permeia e anima o ordenamento jurídico?<sup>16</sup>

Respondendo a essas indagações e referindo-se ao n° 1 do art. 227 do Código Civil português, assim se manifesta o Prof. Mário Júlio de Almeida Costa, expressando a opinião atualmente dominante na doutrina: “É vantajosa a existência da referida norma. Contudo, ainda que faltasse, caberia derivar, a responsabilidade pré-contratual, em sua plena dimensão, de outros preceitos que mais não representam do que a concretização de um princípio fundamental subjacente ao ordenamento jurídico - ao da boa fé - e que se imporia por si, independentemente dessas aflorações, na valoração e interpretação de qualquer fenômeno na esfera do direito.”<sup>17</sup>

E realmente, hoje se tem como assente, em toda a parte, que a responsabilidade pré-contratual se reconduz ao princípio da boa fé, que cobre todo o direito, tanto privado quanto público<sup>18</sup>.

4. No Brasil, as disposições da legislação ordinária de direito administrativo, pertinentes a licitações e contratos da Administração Pública, e, mais especificamente, concernentes com a culpa in contrahendo e com a responsabilidade pré-negocial, hão de ser também entendidas e interpretadas dentro da moldura mais ampla da responsabilidade do Estado, por atos lícitos e ilícitos, fixada no § 6º. do art. 37 da Constituição da República, de 1988<sup>19</sup>.

Sob essa luz, parece desde logo que as regras contidas no art. 49, parágrafos 1º e 2º, da Lei n° 8.666/93 - que excluem a obrigação de indenizar na hipótese de invalidação do procedimento licitatório e do contrato, ressalvado, entretanto, o disposto no parágrafo único do art. 59 da mesma Lei - são incompatíveis com o preceito constitucional. Este, efetivamente, não estabelece nenhuma limitação à responsabilidade do Estado, nem autoriza que a legislação ordinária a estabeleça. É por todos sabido que quando a Constituição não dispõe exaustiva ou suficientemente sobre qualquer

---

16 Sobre as diferentes teorias, ver Menezes Cordeiro, op. cit., p. 334 e segs.

17 op. cit. p. 41

18 Sobre a aplicação do princípio da boa fé ao direito público, ver os nossos Responsabilidade do Estado e Problemas Jurídicos. Resultantes do Planejamento in RDP 73 (1985), p. 84-94: Problemas jurídicos do Planejamento in RDA 170 (1987), p. 1-17. Princípios da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo in RDP 84 (1987), p. 46-63, com remissões bibliográficas e ao direito comparado.

19 CF. art. 37, § 6º: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso nos casos de dolo ou culpa”.

matéria, costuma usar a cláusula “na forma da lei”, ou semelhante, pela qual permite que o legislador ordinário dela trate com maiores minúcias, inclusive estabelecendo condições ou restrições. Desse modo, a responsabilidade do Estado pelos danos causados por seus agentes, nessa qualidade, não pode ser excluída ou mesmo restringida por norma jurídica infra-constitucional, sob pena de lesão à regra hierarquicamente superior, incorrendo, assim, na censura de inconstitucionalidade.

Bem se vê, pois, que o legislador ordinário, em tema de responsabilidade do Estado, está sujeito a condicionamentos que para ele inexistem quando se cuida de situações relacionadas com a responsabilidade dos indivíduos, surgidas no âmbito do direito privado.

A admitir-se como corretas essas premissas, deverá também ser irrecusável a consequência de que a invalidação, por autoridade administrativa, de procedimento licitatório, em virtude de ilegalidade, dá origem ao dever de indenizar do Estado, em razão da fé pública e da presunção de legitimidade que têm os atos do Poder Público. Configura-se, nessa hipótese, o que os autores alemães designam como “proteção da confiança” (Vertrauensschutz).

Não seria aceitável, em tais circunstâncias, por contrário ao princípio geral da boa fé, que o particular que atendeu ao Edital de licitação e fez gastos com a elaboração da proposta, na qual freqüentemente se incluem projetos ou exames técnicos, que são geralmente dispendiosos, devesse arcar com os prejuízos. Cabe perguntar, entretanto, se em todos os casos a indenização ficaria sempre restrita ao interesse negativo. A resposta deverá ser afirmativa quando a ilegalidade do procedimento licitatório estiver ligada à ilegalidade do objeto do contrato que seria celebrado ou das prestações nele previstas. Tratando-se, entretanto, de vício formal no procedimento licitatório, que poderia ser perfeitamente evitado, de modo a permitir que o contrato se realizasse sem qualquer defeito, ainda que não se dê a indenização pelo interesse positivo, pois a contratação ainda dependeria, de o licitante vencer o certame, parece que seria, pelo menos, de indenizar a perda da oportunidade ou da chance, como admitida sobretudo pelo direito francês<sup>20</sup>, mas também pela nossa doutrina<sup>21</sup>, apesar da dificuldade na fixação do quantum, a ser ressarcido, que nessas hipóteses se apresenta. É de sinalar-se, porém, que, segundo nosso entendimento, a perda de oportunidade ou de chance não se vincula, tão-somente, a outras licitações de que o interessado poderia ter participado, mas, com maior razão, àquela mesma que foi invalidada.

5. Ainda nesta ordem de considerações, ao examinar-se a extensão da indenização autorizada na norma expressa no parágrafo único do art. 59 da Lei nº

8.666/93, de certa forma voltamos ao que já antes dissemos a propósito do procedimento licitatório. Também aqui desde logo cabe registrar que a restrição à indenização, a qual ficaria limitada ao que o contratado houvesse realmente executado e

20 Quanto ao problema no Direito Administrativo francês, ver René Chapus, *Droit Administratif Général*, Paris, Montchrestien, 1993, vol. I, p. 983 e segs.

21 Ver José de Aguiar Dias, *Da Responsabilidade Civil*, Rio, Forense, 1994, vol. 11, p. 720-721 e notas 33 e 34.

“aos outros prejuízos regularmente comprovados”, hostiliza, claramente, a regra do § 6º do art. 37 da Constituição Federal. Em outras palavras, nos termos da lei, só o dano emergente seria indenizável, em parte com fundamento no princípio que veda o enriquecimento injustificado, pois o contratado é ressarcido pelo que houver executado até a data em que a nulidade for declarada, e, em parte, com base na culpa in contrahendo e no princípio da boa fé, uma vez que terá direito também ao ressarcimento de “outros prejuízos regularmente comprovados”, ou seja, pelo interesse negativo.

Neste ponto é necessário fazer algumas distinções. Se a invalidade prender-se à ilegalidade - e é de acrescentar-se - ou à impossibilidade do objeto do contrato ou da prestação nele prevista, além do ressarcimento das obras e serviços efetivamente executados, terá ainda o contratado direito a ser indenizado por todas as despesas efetuadas em razão da licitação e do contrato, tais como projetos, exames, trabalhos técnicos, providências preparatórias, viagens etc., salvo, apenas, os lucros que deixou de ter pela inexecução do contrato. A impossibilidade, jurídica ou física, impediria, porém, em qualquer hipótese, que o contrato fosse adimplido. E é esta precisamente a explicação por que, neste caso, o contratado não faz jus à indenização pelo interesse positivo, mas meramente pelo interesse negativo.

Contudo, se a nulidade do procedimento licitatório, que contamina o contrato, ou do próprio contrato, for de outra natureza, de tal sorte que a Administração Pública, se fosse mais cautelosa, poderia tê-la evitado, pensamos que a indenização, suposta a boa fé do contratado, deverá atender ao interesse positivo ou ao interesse no cumprimento do contrato.

Não teria sentido, em tal circunstância, restringir o ressarcimento ao interesse negativo ou ao dano, emergente, ou ainda apenas ao que o contratado “houver executado” até a data em que for declarada a invalidade, como está expresso no parágrafo único do art. 59, sem estendê-lo aos lucros cessantes, pois a frustração das expectativas do contratado se deveu única e exclusivamente à culpa da Administração

Pública. Também seria incoerente indenizar a perda comprovada de outras oportunidades ou chances, que se incluem nos “outros prejuízos regularmente comprovados”, quando a chance ou oportunidade por excelência, que o contratado perdeu, foi a de executar o contrato, cuja nulidade foi causada pela culpa in contrahendo do Estado.

6. Percebe-se, assim, que a aplicação do princípio da boa fé e da noção de culpa in contrahendo às relações pré-contratuais do Estado, interpretados dentro da moldura do § 6º do art. 37 da Constituição Federal, alarga consideravelmente a responsabilidade das entidades da Administração Pública, fato que tem passado despercebido à maioria de nossos doutrinadores, mesmo dos que escreveram comentários à Lei nº 8.666/93<sup>22</sup>. As limitações ou restrições estabelecidas nessa Lei

<sup>22</sup> Deve-se registrar, entretanto, a posição de Marçal Justen Filho, que, a nosso ver, examina corretamente a questão, colocando-a em termos constitucionais (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, São Paulo, Dialética, 1998, p. 497 e segs.).

à responsabilidade do Estado, especialmente as do § 1º do art. 49 e do parágrafo único do art. 59, são absolutamente inconciliáveis com a Constituição Federal, daí porque a indenização deverá ser, em princípio, a mais ampla possível, observadas, entretanto, as particularidades que tivemos a preocupação de apontar e que influem na extensão do ressarcimento. Por força desses fatores variáveis, será tão equivocado dizer que, nos casos de nulidade do contrato, por culpa da Administração, o contratado não terá jamais direito a ser indenizado pelo interesse positivo, como afirmar o oposto, que ele sempre fará jus à indenização pelo interesse positivo. Já ressaltamos que há hipóteses em que a indenização será apenas pelo interesse negativo e outras em que ela será a mais larga que se possa imaginar, incluindo, também, o ressarcimento pelo interesse positivo.

7. Caberá ainda acrescentar, em conclusão, que a responsabilidade pré-negocial do Estado, no Brasil, abrange também as hipóteses de revogação da licitação. Quanto a este ponto, o art. 49 da Lei n. 8.666/93 estatui que “a autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de ato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta”. A Lei silencia quanto à indenização no caso de revogação. Deve ponderar-se, no entanto, que o direito à indenização infere-se dos princípios gerais que pautam, entre nós, a responsabilidade civil e a responsabilidade do Estado e que, atualmente, cercam de uma proteção maior quem sofre o prejuízo do que quem causa o dano. Conquanto a revogação de licitação só seja admissível em virtude de fato superveniente e seja, além do mais, ato perfeitamente lícito, tais circunstâncias não servem para ilidir a responsabilidade do Estado pelo prejuízo que causou a quem fez despesas para atender ao edital ou às outras formas de convite para participar de licitação, previstas na Lei nº 8.666/93. Não se pode esquecer que, como reconhecido pela nossa doutrina e jurisprudência, a responsabilidade do Estado prevista no § 60. do art. 37 da Constituição Federal é, em princípio, objetiva, e compreende tanto os atos ilícitos quanto os lícitos. No tocante a estes últimos, desde que o dano seja anormal e especial requisitos exigidos desde os juristas medievais<sup>23</sup> - deve ser indenizado. De resto, a indenização pelos prejuízos causados em decorrência de revogação de licitação vincula-se, também, à proteção da confiança e, pois, ao princípio da boa fé.

---

23 Ver, a propósito, J. J. Gomes Canotilho, O Problema da Responsabilidade do Estado por Atos Lícitos, Coimbra, Almedina, 1974, p. 30. São particularmente expressivas as seguintes opiniões, de Jason de Mayno e de Baldo. Afirma o primeiro deles: “Hoc non procedere quando dispositio fieret per viam statutis generalis. quo casu etiam quod tollatur privato i us domini non tamen datur recompensatio” (Isto não procede quando a disposição for realizada pela via de estatuto geral, caso em que, ainda que seja retirado o direito privado de propriedade, não será admitida indenização). E o segundo: “Civitas potest fare statutum, per quod auferatur i us privatum faciendum legem universalem. Sed faciendum privatum contra unum, hoc non potest”. (A cidade pode fazer estatuto, pelo qual seja retirado o direito privado mediante lei universal. Mas fazê-lo especificamente contra um, isto não pode).

## **OS INDIVÍDUOS E O ESTADO NA REALIZAÇÃO DE TAREFAS PÚBLICAS**

### **I- Introdução**

1. A preocupação com a diminuição do tamanho do Estado, que é hoje uma questão universal, tem suscitado o debate sobre as relações entre os indivíduos e o Poder Público na consecução de fins de interesse geral, sobre o perfil que o Estado assumirá nessa nova perspectiva, sobre o papel a ser desempenhado pelos indivíduos no espaço até agora ocupado pela atividade estatal e sobre as implicações dessas mudanças no campo do Direito. Retorno do Estado aos limites do Direito Público, cujas fronteiras necessitariam ser redefinidas; privatização, inclusive da justiça, pela utilização mais freqüente do juízo arbitral; delegação a particulares de incumbências públicas, com a revitalização do instituto da concessão, tanto de obras como de serviços públicos; terceirização; parceria entre setor público e setor privado; soft administration ou administração pública que se utiliza de formas consensuais em substituição às decisões unilaterais que caracterizam o ato administrativo, democracia participativa - são alguns dos principais temas da moda apaixonadamente discutidos. Todos eles prendem-se diretamente às formas possíveis de colaboração entre particulares e Estado na realização de fins públicos. Todos eles ligam-se, assim, às noções de Estado e Sociedade, de interesse público e de interesse privado, de direito público e de direito privado.

Não tenho aqui o propósito de deter-me no exame de cada um desses temas que, isoladamente, comportam e justificam tratamento monográfico. Mas creio que talvez auxiliasse na busca de respostas a esses novos desafios a reflexão sobre certos modelos de relações importantes estabelecidas no curso da história, entre os particulares e o Estado, para o desempenho de tarefas públicas ou de interesse público. No campo jurídico, essas relações acabam sempre por influir no desenho dos conceitos de direito público e de direito privado. Este é o ponto por onde começo.

## II -O conceito romano de direito público e privado

2. No mundo romano, os conceitos de direito público e de direito privado diferiam substancialmente dos que hoje nós possuímos. Muitas vezes lemos em livro jurídicos contemporâneos a célebre definição de Ulpiano de *ius publicum* e *ius privatum*<sup>1</sup>, interpretada como se o jurisconsulto do período clássico estivesse aludindo a idéias que não eram diversas das que temos atualmente a respeito dessa *summa divisio* do direito objetivo. Nada mais equivocado. *Ius publicum* e *ius privatum* têm sentido simétrico ao das expressões *lex public* e *lex privata*. *Lex publica*, desde o direito arcaico, exprime a vinculação que pela palavra se estabelece entre os indivíduos ou entre os indivíduos e o Estado por ato praticados pelas assembléias populares ou na presença e com a colaboração e assentimento dessas assembléias. À *lex publica* não se exigia que fosse geral e impessoal.

A generalidade da lei é algo que os romanos tirarão da cultura grega e que muito provavelmente só com a Lei das XII Tábuas seria introduzido em seu universo jurídico<sup>2</sup>. Antes, a *lex publica* destinava-se a regular situações concretas individuais, como, por exemplo, na antiquíssima *lex curiata de imperio*, o juramento de fidelidade que o povo e o exército reunidos prestavam ao novo chefe político, primitivamente ao rei e, depois, aos magistrados, ou as formas especiais de adoção, *inter vivos* (*arrogatio*), ou *mortis causa* (*testamentum calatis comitiis*)<sup>3</sup>. *Lex privata*, por outro lado, designa os laços jurídicos travados entre os particulares, também pela palavra, no exercício do que hoje chamamos de autonomia da vontade<sup>4</sup>. As cláusulas contratuais (*leges contractus*) eram chamadas de *leges privatae*. *Ius privatum* é, assim, o direito que os particulares, nas suas relações de diversas espécies, estabelecem entre si, ao manifestarem sua vontade.

Por oposição, *ius publicum*, é o direito instituído ou aplicado pelo Estado. Nesse quadro, todas as normas contidas nas *leges publicae*, independentemente de sua natu-

1 D.I.1.1.2: "Ius Publicum est quod ad statum rei romanae spectat; privatum quoad ad singulorum utilitatem"

2 Franz Wieacker, *Vom Römischen Recht*, Stuttgart, K.F. Koehler, 1961. p.42. A exigência da generalidade da lei traduz-se especialmente na regra que veda os privilégios: *privilegia nec irroganto*.

3 Max Kaser, *Das Altromische Ius*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1949, p.64 e ss.

4 No processo de formação da *lex publica* e da *lex privata* há evidente simetria. A *lex publica* elabora, a partir da rogatio do magistrado que pede ao povo que se pronuncie sobre o projeto, à semelhança da pergunta e resposta ou da proposta e da aceitação que são características da *sponsio/stipulatio*. A aprovação vincula o povo: *lege populus tenetur*. Por isso definia Papiniano a *lex publica* como *communis rei publicae sponsio* (D.1, 3, 1). Vd. Giannello Longo, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Utet, 1957, vol. A, p.787, s.v. *lex*.

reza, eram *ius publicum*, mesmo quando se destinassem apenas a disciplinar vínculos entre os indivíduos. Assim, o que atualmente designamos por direito civil era, para os romanos, *ius publicum*.

3. Por outro lado, se aplicássemos os conceitos que hoje temos de direito público e direito privado à realidade romana, veríamos que parte substancial das regras de direito penal eram de direito privado, não se diferenciando substancialmente as infrações de caráter criminal das lesões civis, e nem, igualmente, as ações penais das ações civis, a não ser no valor da condenação. Este, nas *actiones poenales*, era sempre um múltiplo do valor do dano sofrido. Veríamos, também que, primitivamente, toda a atividade estatal era regida pelo direito público. Aliás, o direito público se limitava a estabelecer as regras de organização do Estado e de estrutura dos seus diversos órgãos, não se ocupando, a não ser excepcionalmente, em disciplinar relações jurídicas com os particulares<sup>5</sup>. É evidente que, nessa época, não se poderia falar em direitos dos particulares frente ao Estado, regulados pelo direito público. O direito público moderno tem seu lado mais significativo precisamente na disciplina das relações entre o poder e a autoridade do Estado, de um lado, e a liberdade dos indivíduos, do outro. Esse era, porém, um aspecto desconhecido pelo direito público romano. Direito dos particulares contra o Estado só seria possível nas relações regidas pelo direito privado<sup>6</sup>.

Mas apenas no principado, com o *fiscus Caesaris* - o tesouro particular do príncipe, entendido como o conjunto de bens públicos sujeitos à livre administração do governante<sup>7</sup> - é que se consolidou verdadeiramente a prática de o Estado submeter-se a regras de direito privado, como qualquer cidadão<sup>8</sup>, tornando-se, portanto, titular de direitos e deveres perante os indivíduos.

Já se deixa perceber, por estas breves observações, que o Direito Romano, ao permitir que o Estado estabelecesse com os particulares relações jurídicas, ainda que à sombra do direito privado - e não meramente relações de poder, de sujeição ou de subordinação - deu o primeiro passo, numa trajetória que só muitos séculos mais tarde seria retomada. Ampliada e enriquecida, a longa viagem pelo tempo viria a completar-se

5 Isto acontecia nos contratos que os magistrados romanos, principalmente o censor, celebravam, relativamente ao arrendamento ou venda de bens público, ou pelos quais eram delegados a particulares tarefas públicas, a que nos referiremos logo adiante. Contudo, como também veremos, as eventuais controvérsias emergentes desses contratos eram resolvidas pelo magistrado, no exercício da sua *cognitio*, e não pelos meios jurisdicionais comuns.

6 É sabido que os romanos não tinham o conceito de direito subjetivo, embora muitas vezes empregassem a palavra *ius* com esse sentido. A noção verdadeiramente importante era a de *actio*. Não tinha o particular, porém, qualquer *actio* contra o Estado romano baseado em regras que nós atualmente consideraríamos como de direito público (vd. nota 5, *supra*).

7 *Fiscus* era, originariamente, a cesta ou o recipiente de vime em que os questores colocavam o dinheiro proveniente da arrecadação dos tributos. No período republicano, o tesouro do Estado romano era designado por *aerarium populi romani*. No Principado, muito possivelmente em razão da distinção então feita entre províncias subordinadas ao *Caesar* e províncias subordinadas ao Senado, houve necessidade de distinguir o patrimônio público diretamente administrado pelo Príncipe dos demais bens do Estado. Surge então o *fiscus Caesaris*, que não se confundia, entretanto, com o patrimônio particular do Príncipe, as *res privatae*. Sobre isso, assim como sobre as principais teorias a respeito do *fiscus Caesaris*, Ugo Coli, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Utet, 1957, vol.VII, p. 3811 e ss, s.v. *fisco*. São dele estas observações: "Lo sforzo di far rientrare il principe e il suo fisco nel quadro del diritto privato era evidente soprattutto sotto i primi imperatori, i quali reclutavano il personale del fisco fra i liberti e gli schiavi della loro casa a imitazione delle grandi amministrazioni private e ostentavano di volgiere assogettare la vertenze coi privati alle forme e alle regole della procedura civile".

8 Com apoio nessa noção é que o direito alemão irá desenvolver a teoria da dupla personalidade do Estado.

recentemente com a integral sujeição do Estado à lei e ao direito, na síntese suprema da noção de Estado de Direito.

### III -A colaboração dos indivíduos na Justiça e na Administração Romanas

4. Também o legado da rica experiência romana com a colaboração dos indivíduos na realização de fins públicos pode servir-nos de lição valiosa, ora como exemplo, ora como advertência - um sinal a nos recomendar prudência e cautela - na solução de problemas que agora enfrentamos. Alguns destes problemas, contemplados em tal perspectiva, causam-nos até mesmo a impressão de déjà vu.

Roma, no período republicano, em termos de estrutura e organização política administrativa, era um Estado pequeno. E é compreensível que o fosse, pois, num período extremamente curto de tempo - aproximadamente dois séculos e meio -transformou -se, de uma cidade Estado, cujos habitantes se dedicavam predominantemente aos trabalhos do campo, numa das grandes potências da antiguidade, a ponto de conter dentro de suas fronteiras todo o mundo civilizado.

O crescimento extraordinário e repentino, devido muito mais a necessidades de defesa do que a desejos expansionistas, gerou desafios cujas respostas revelam o invulgar senso prático dos romanos. Eles não trataram de criar, desde logo, um aparato administrativo, quer para si, quer para impô-lo aos povos e aos no territórios conquistados. Com relação às nações conquistadas eram, via de regra, tolerantes.

Mantinham o direito, a religião, os costumes e, também, a estrutura político-administrativa desses povos, que se vinculavam ao centro, a Roma, mediante tratados (foedera), cujos graus de severidade ou brandura eram estabelecidos de acordo com os juízos de conveniência dos romanos. A deditio, a sujeição pura e simples dos povos vencidos, era excepcional.

5. Não pode surpreender, portanto, que tarefas públicas fossem cometidas a particulares, tanto no que respeita a (a) funções jurisdicionais como (b) administrativas.

(a) No processo civil romano, no período formular, com a divisão em duas

fases, *in iure*, na presença do magistrado, e *apud iudicem*, perante o juiz, isto é particularmente significativo. O magistrado geralmente não era pessoa versada em assuntos jurídicos. Era um político, uma espécie de ministro de Estado, eleito para cargos que, por vezes, tinham como atribuição principal o exercício da *iurisdictio*. Era o que acontecia, entre outras hipóteses, com os cargos de pretor, tanto com o de *praetor urbanus*, incumbido da aplicação do direito aos cidadãos romanos, o que significa dizer do *ius civile*, quanto com o de *praetor peregrinus*, ao qual competia a aplicação do direito às relações jurídicas entre romanos e estrangeiros ou estrangeiros de distintas nacionalidades. As deficiências do magistrado em conhecimento jurídico (e isto vale também para os juízes, como veremos logo adiante) eram supridas, entretanto, pelo seu *consilium*, pelo grupo de juriconsultos de que informalmente se cercava e que o orientava no enquadramento das pretensões das partes dentro das fórmulas ou na criação de fórmulas novas, quando fosse o caso. Os juristas que desempenhavam esses misteres

não percebiam qualquer remuneração do Estado ou das partes, pois os juriconsultos jamais cobravam, mesmo quando não integrando o consilium, pelas orientações, opiniões e pareceres que davam aos interessados. Exerciam tais atividades, como diz Kunkel, como se fosse um esporte intelectual<sup>9</sup>. Hoje talvez pudessem ser classificados como colaboradores espontâneos do Poder Público ou numa categoria semelhante aos exercentes de função pública honorífica.

6. O pensamento liberal vigorante no século passado levou a que se exagerasse o matiz consensual, contratualístico, da fase do processo civil que se desenrolava na presença do magistrado (*in iure*), subestimando o papel deste e, pois, do Estado, e supervalorizando o das partes, de cuja decisão dependeria o próprio estabelecimento do processo. O tom voluntarístico, assim exacerbado, acabava por situar os indivíduos, de certa maneira, em plano superior ao do Poder Público. A célebre teoria de Wlassak a respeito da natureza da *litiscontestatio*, que, suplantando a teoria de Keller, teve larga voga e aceitação que se pode dizer irrestrita até a segunda metade deste século, é a melhor ilustração do que afirmamos<sup>10</sup>. Não há dúvida de que o processo formular não se estabelecia sem que houvesse a concordância dos litigantes tanto a respeito da fórmula adequada à solução da controvérsia quanto da pessoa do juiz. Uma vez escolhidos a fórmula e o juiz incumbia às partes certificar, por testemunhas, o que ficara ajustado<sup>11</sup>. É inegável, igualmente, que o processo civil romano sempre guardou resquícios da fase primitiva, em que havia fortes elementos da justiça de mão própria, quer na incoação do processo, quer na sua conclusão. Contudo, parece exagerado concluir, como fez Wlassak, influenciado pelo ar cultural que respirava, que a *litiscontestatio* era um contrato que fixava o programa do litígio e instituía um juízo arbitral privado. A crítica moderna mostrou o quanto havia de forçado nessa concepção, restabelecendo a importância do magistrado na fase *in iure* e sublinhando o conjunto das providências eficientes de que dispunha, como, por exemplo, a *missio in bona*, para induzir o réu recalcitrante aceitar a fórmula<sup>12</sup>.

7. E irrecusável, entretanto, que havia no processo formular uma associação de elementos privados e públicos, harmoniosamente articulados. A nota privada destaca-se mais salientemente não apenas nesse acordo que as partes devem estabelecer,

<sup>9</sup>Wolfgang Kunkel, *Römische Rechtsgeschichte*, Koln, Böhlau, 1960, p.61: "Eles (os juristas) estavam, com o seu conselho, à disposição e sempre sem qualquer remuneração. Pois o conhecimento jurídico não era utilizado como profissão que servisse como ganha pão, mas, de certa maneira, como um esporte intelectual dos círculos aristocráticos, que não proporcionava outro ganho além da honra, popularidade e com sua ajuda - talvez uma exitosa carreira política."

<sup>10</sup>A teoria de Keller, formulada já em 1827, acentuava especialmente o caráter público da *litiscontestatio*, minimizando a importância do acordo estabelecido pelas partes e dando relevo à ordem (*decretum*) do pretor às partes e ao juiz (*iudicium*...do), com a qual se encerrava a fase *in iure*. Sobre a comparação entre as teorias de Keller e Wlassack veja-se, sobretudo, Biscardi, *Lezioni Sul Processo Romano Antico e Classico*, Torino, Giappichelli, 1967, p.26 e ss.

<sup>11</sup>Festo, s. v. *contestari* p.38: "Contestari est cum uterque reus dicit: testes estote"; Do mesmo modo, p.58: "Contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato iudicio utraque pars dicere solet: testes estote".

<sup>12</sup>Biscardi, op. e p. cit; Max Kaser, *Das Römische Zivil Prozessrech*, München, C.H.Beck, 1966, p.215 e ss.; Gerardo Broggin, *Iudex Arbiterve, Prolegomena zum Officium des Römischen Privatrichters*, Köln, Böhlau, 1957, p.1 e ss.; Carlo Giuffrè, *Diritto e Processo Nelle antiche Forme Giuriche Romane*, Roma, Apollinaris, 1955, p.159 e ss.; Giovanni Pugliese, *Le Processo Civile Romano*, Roma, Ricerche, 1962, p. 100 e ss.

relativamente à definição do programa do litígio, que é a fórmula (e que deu margem à imensa controvérsia até hoje existente sobre a natureza jurídica da *litiscontestatio*) como também na escolha do juiz e no próprio *officium iudicis*, na segunda fase do processo, na fase *apud iudicem*.

O juiz era um particular, escolhido pelas partes e designado pelo magistrado (*iudicem dare*)<sup>13</sup>, dentre os nomes geralmente (mas não obrigatoriamente) constantes de uma lista que o magistrado organizava quando assumia suas funções (*album iudisum selectorum*). Nessa lista eram consignados os nomes dos cidadãos (inicialmente só da classe senatorial e depois também dos cavaleiros, dos equites) que iria exercer as atribuições de decidir e julgar os processos, seguindo as diretrizes estabelecidas nas fórmulas<sup>14</sup>. Como sucedia com os magistrados, o juiz era auxiliado no desempenho de suas tarefas por um *consilium* formado por *jurisconsultos*. Como simples particular, pois era, afinal, um *iudex privatus*, não dispunha de meios estatais, nem da coerção estatal, no exercício do seu *mister*. As partes deveriam, assim, providenciar na produção dos documentos ou no comparecimento das testemunhas. A atividade dos juizes estava, porém, sujeita à fiscalização do magistrado, que poderia intervir no processo e até mesmo destituir o *iudex*<sup>15</sup>. Apesar disso, tinha o juiz grande liberdade na condução do processo, uma vez que as normas jurídicas, no que tange a essa fase, eram extremamente escassas, tudo se passando, como observa Kaser, muito mais no mundo dos fatos do que no mundo do direito<sup>16</sup>. Algumas delas provinham da tradição, e eram tidas desde logo como evidentes. Assim, por exemplo, os princípios do contraditório, da imediatidade e da oralidade, bem como as que negavam atividade inquisitorial ao juiz, deixando a produção dos meios probatórios ao encargo das partes<sup>17</sup>. À tradição ligavam-se, igualmente, os princípios desenvolvidos pela arte retórica que eram observados no processo<sup>18</sup>.

8. O caráter privado ganhava também realce na execução da sentença, especialmente nas *actiones in personam*, nas quais o magistrado, caso não pago o valor devido, poderia, pela *addictio*, autorizar o credor a conduzir consigo o devedor, o qual ficaria em seu poder, possivelmente trabalhando para ele, até a satisfação da dívida<sup>19</sup>. No prin-

13 A designação do juiz pelo magistrado é que lhe conferia a potestas *iudicandi*, a autoridade estatal que o distinguia de um simples *arbitrator* ex compromisso (Broggini, op. cit., p. 16; Kaser, *Das Römische Zivilprozessrecht*, cit., p.34, nota 24)

14 A fórmula tinha sempre uma estrutura concebida em termos alternativos. Na ação em que o credor exigia do devedor o pagamento de uma quantia certa (*actio certae creditae pecuniae*, também chamada de *condictio*) ela continha os seguintes termos: “Otávio (digamos que esse fosse o nome da pessoa escolhida pelas partes) seja juiz. Se ficar comprovado que Numério Negídio (o devedor) deve dar a Aulo Agério (o credor) a quantia de dez mil sestércios, condena, juiz. Numério Negídio em favor de Aulo Agério em dez mil sestércios, se não ficar comprovado, absolve” (*Octavius iudex esto. Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium decem milia dare oportet, iudex Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium decem milia condemnato, si non paret absolvito*).

15 Kaser, *Kömische Zivilprozessrecht*, cit., p. 273, nota 8.

16 *Idem*, p.272

17 Kaser, *idem*, p.275.

18 É nessa fase que intervêm os grandes oradores. de que Cícero foi o exemplo mais eminente. Sem serem, de regra, *experts* em matéria jurídica, exploravam mais outros aspectos, à semelhança do que ocorre, hoje, com os nossos advogados de júri. Colaboravam com o orator ou *patronus*, entretanto, os *advocati*, estes sim conhecedores do direito (Kaser, *idem*, *ib.*).

19 *Idem*, p. 300.

cipado tem início uma tendência à plena estatização da justiça, o que irá completar-se efetivamente no século IV dC, com a generalização da *cognitio extraordinem*, a qual aboliu totalmente o processo formular e eliminou, conseqüentemente, a participação de particulares na atividade judiciária, desde então integralmente desempenhada por agentes públicos.

9. Mas talvez maiores ensinamentos para o nosso tempo possam ser tirados das relações que entre particulares e Estado desde muito cedo se estabeleceram no mundo romano, no desempenho do que modernamente chamamos de função administrativa.

(b) Em qualquer fase do Estado é óbvio que há tarefas Públicas de caráter administrativo que lhe incumbe desempenhar. A administração é conatural ao Estado. Roma, desde os tempos mais remotos, preocupou-se com as condições de vida na cidade como atestam as obras para assegurar o abastecimento de água e o funcionamento dos esgotos, que ainda hoje o visitante do *forum romanum* pode verificar.

Com o crescimento, não só da *urbs*, mas de todo o Estado romano, a construção e conservação de estradas, templos, monumentos e prédios públicos, a exploração econômica dos bens públicos, especialmente das terras e águas públicas, e tudo o que nelas existiam, como minas (as de sal e de metais eram particularmente importantes), frutos, peixes etc., bem como a arrecadação dos recursos públicos, consistentes quer no pagamento dos arrendamentos de terras Públicas, quer no de tributos - tornaram-se encargos de execução extremamente complexa.

Os funcionários do Estado - que eram, durante toda a República, em número diminuto - não poderiam deles desincumbir-se. Diferentemente do que ocorria com os magistrados, que não eram remunerados, os funcionários eram pagos pelo Estado, mas não tinham em geral qualquer margem de decisão, pois todo o poder se concentrava no magistrado. Este tinha a colaboração de escribas (*scribae*) e, para implementação de suas ordens, dispunha de apparitores e de arautos (*praecones*) bem como de *lictors*, que poderiam talvez, estes últimos, ser comparados a oficiais de justiça ou a agentes mais subalternos que executavam diretamente as medidas ordenadas pelo magistrado<sup>20</sup>.

10. Conseqüentemente, aquelas tarefas administrativas eram cometidas a terceiros, a particulares, mediante contratos realizados pelos magistrados, em geral pelo censor, e ordinariamente precedidos de licitação.

Aos contratos que o censor realizava nós hoje os chamaríamos de direito público, porquanto sujeitos a regime totalmente distinto dos contratos de direito privado, sendo ainda as controvérsias porventura deles decorrentes resolvidas, via de regra, pela mesma autoridade que os celebrara: o censor, no uso da sua *cognitio*<sup>21</sup>.

20 Max Kaser. *Römische Rechtsgeschichte*, Göllingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1950, p.35.

21 Pelo testemunho de Cícero (*Vérres*, I, 50 e ss) vê-se que o poder dos censores, neste particular consistia em *cognoscere et iudicare* (vd Mommsen, *op.cit.*, p.463. nota I). As fontes opõem ao *iustum* do pretor o *aequum* do censor. Assim. Varrão, *De Lingua Latina*, VI, 71, "...quod rum el praetorium ius ad legem et censorium iudicium ad aequum existimabatur". Mommsen supõe que essa *iudicatio* do censor, guiada pela *aequitas*, tenha sido a porta pela qual entrou no direito romano a noção de *fides bona*, gradualmente assimilada pela atividade dos pretores (*op.cit.*, p.463).

As condições dos contratos, chamadas *leges censoriae*, eram oralmente anunciadas e, escritas, exibidas em local público; em Roma, no *forum*<sup>22</sup>. Corresponderiam, assim, aos editos dos pretores e, grosso modo, aos editais das nossas licitações.

Em todos esses contratos, fossem de arrendamento de terras ou de outros bens públicos, de construção e conservação de obra pública, de venda de bem público ou de delegação a particulares de arrecadação de rendas públicas, o contratante deveria dar garantia real (*praedia*) ou pessoal (*praes*)<sup>23</sup>.

Para a boa compreensão do que se acabou de dizer, é oportuno que se esclareça que as despesas públicas, na Roma republicana, só excepcionalmente eram atendidas por tributos<sup>24</sup>. A regra era a de que a receita fosse obtida pelo arrendamento de bens públicos, especialmente das terras destinadas ao cultivo (*ager vectigalis*), entregues aos particulares em geral por prazo certo, mas às vezes também por prazo indeterminado, e mediante o pagamento de certa quantia em dinheiro<sup>25</sup>. Propriedade privada só existia sobre o solo da península itálica. O solo das províncias era *ager publicus*, e, como tal, passível de ser arrendado. Apenas em momentos excepcionais, de crise ou de guerra, é que eram lançados tributos sobre os bens privados.

11. As pessoas com quem o censor, na qualidade de magistrado do Estado romano, contratava a arrecadação de rendas públicas, eram os *publicani*, que estabeleciam esses vínculos geralmente reunidos em sociedade, as *societates publicanorum*<sup>26</sup>. Nas licitações, os *publicanos* apresentavam suas propostas oferecendo uma quantia certa pela arrecadação dos arrendamentos ou dos tributos pelo período de cinco anos (*lustrum*), que intermediava entre um e outro recenseamento. Ganhava a licitação quem ofertasse a maior quantia. O lucro dos *publicani* advinha da diferença entre o valor ofertado e o valor efetivamente arrecadado. Daí o empenho com que se lançavam à execução das tarefas que o contrato autorizava, incorrendo frequentemente em excessos que os faziam malvistas pelos arrendatários e contribuintes, já que era deficiente a fiscalização estatal. Quase sempre esses contratos propiciavam aos *publicanos* imensos resultados econômicos. A delegação de tais tarefas públicas implicava o direito de os *publicanos* executarem diretamente os créditos do Estado contra os arrendatário e contribuintes, utilizando-se até mesmo da *pignoris capio*. como esclarece Gaio<sup>27</sup>.

22 Mommsen, op. cit., p. 430.

23 Mommsen, op. cit., p.430, notas 5, 6 e 7 e p. 4311, nota I.

24 H.F. Jolowicz/Barry Nicholas, *Historical Introduction to the Study of Roman Law*, London-N. York, Cambridge Univ. Press, 1978, p.37 e ss.

25 A própria importância que era paga, nos portos, quando produtos eram exportados ou importados (*portorium*) não tinha, a rigor, a natureza de um tributo aduaneiro, sobre a exportação e a importação, mas sim a de uma contraprestação pela utilização do porto e, pois, a de um arrendamento de bem público (cf. Mommsen, op. cit., p.440).

26 Registra Francesco Ferrara que, no início, o Estado celebrava esses contratos com uma única pessoa, o *manceps*, com as garantias sempre exigidas. Após, o *manceps* estabelecia sociedade com outras pessoas, dando-lhes participação nos lucros e riscos do empreendimento. A terceira fase foi a de a sociedade passar a ser tratada efetivamente como um grupo com capacidade jurídica e, pois, como corporação. A prova está em Gaio (D.4.3.1): "*vectigalium publicanorum sociis permisum est corpus habere*". (Teoria de Las Personas Jurídicas, Madrid, Reus, 1929, p.39-40).

27 G.4, 28: "*Item lege censoria data est pignoris capio publicanis vectigalium publicorum populi Romani adversus eos, qui aliqua lege vectigalia debetur*".

12. A delegação a particulares de tarefas públicas, de natureza jurisdicional ou administrativa, foi na Roma antiga uma consequência natural das circunstâncias. O tamanho do Estado romano dos primeiros tempos, e cujo crescimento não acompanhou o ritmo da expansão política e comercial da nação, exigia que assim fosse. Aquela prática, entretanto, tendeu a desaparecer quando o Estado se tornou mais complexo e burocratizado, acabando por extinguir-se à época do *dominato*. E essa situação estendeu-se daí para diante, pois o Estado se fortaleceu enormemente sob a influência da cultura oriental, o que será uma característica de todo o período bizantino. É evidente que se multiplicam, nessa época, as regras sobre a organização do Estado, o que levaria a supor a existência de um direito público, especialmente de um direito administrativo. Tais regras, entretanto, não criam direitos para os administrados com relação ao Poder Público. Falta, portanto, o aspecto principal ou a função mais eminente do direito administrativo como atualmente o concebemos.

#### IV. Idade Média e Absolutismo

13. Na idade média pode-se dizer que o direito fica reduzido quase que exclusivamente ao direito privado. É isto uma resultante da fragmentação do poder político. Nesse panorama, apenas a Magna Carta constitui uma exceção brilhante: é ela o primeiro documento normativo pelo qual se estabelecem limitações ao poder do rei, o que vale dizer ao poder estatal. A história político-jurídica da Inglaterra começa, assim, a assumir contornos que a irão distinguir da dos demais países europeus, chegando mais tarde, já na idade moderna, ao ponto de servir-lhes de exemplo no que respeita à definição das grandes linhas estruturais do Estado.

14. Na monarquia absoluta não há, também, alterações substanciais nesse quadro. A identificação do Estado com o dirigente político transforma a lei num ato de vontade do soberano. *Auctoritas, non veritas, facit legem*. dirá Hobbes. A lei com razão sem paixão, a que aludia Aristóteles, parecia ser uma noção esquecida. Tornase fácil, pois, compreender que tão-somente as regras de direito privado dão alguma segurança aos indivíduos.

A comprovação eloqüente disso encontramos no fato de o Estado recorrer instituições do direito privado quando pretendia limitar seu próprio poder, como ocorreu, na França, a partir do século XVI, com a venalidade de certos cargos públicos<sup>28</sup>.

No *ancien régime*, a principal e a mais numerosa categoria dos servidores públicos era formada pelos *officiers*, os quais compravam do Estado o cargo que desejavam, passando este a ser considerado um bem incluído em seu patrimônio. O cargo poderia ser alienado a terceiros e se transmitia aos herdeiros por morte do titular<sup>29</sup>.

28 Sobre essa questão e sobre as diferentes classes de exercentes da função pública no período anterior à Revolução Francesa, veja-se François Burdeau, *Histoire de l'Administration Française*, Paris Montchrestien, 1994, p.20 e ss.

29 Com relação a alguns cargos ou ao exercício de determinadas atividades essa situação perdura, na França, nos tempos atuais. É o caso, por exemplo, dos tabelães ou dos advogados perante os tribunais superiores, na jurisdição ordinária, a

Observa, porém, François Burdeau que os juristas entendiam que a propriedade restringia-se aos aspectos patrimoniais ou financeiros do ofício, ao preço pago, e não ao próprio título, cuja concessão era sempre uma prerrogativa real. Por essa razão, tinha o Estado o direito de verificar, nas alterações de titularidade, inter vivos ou causa mortis, a capacidade e a moralidade do adquirente. Seja como for, conclui Burdeau que a venalidade era o meio de garantir, a um só tempo, a fidelidade ao rei e a independência e a segurança do servidor<sup>30</sup>.

15. A independência dos tribunais franceses, dos Parlamentos, como eram chamados, vem precisamente da venalidade dos cargos de juiz. Essa prática, que hoje nos parece tão contrária aos postulados democráticos, produziu, porém, no absolutismo, o efeito benéfico de criar um freio ao poder monárquico, pois as ordens do rei só se tornavam leis quando registradas nos Parlamentos. O registro, entretanto, não era uma formalidade subalterna, uma providência de mera execução. Os

Parlamentos, por vezes, o dificultavam ou mesmo deixavam de fazê-lo, impedindo, assim, que o ato do rei adquirisse a natureza de norma legal. Exerciam, portanto, um certo controle sobre a voluntas regis, pois, nas palavras de um autor antigo, o registro significava “que nos rois ont voulu réduire leur volonté sous la civilité de la loi”<sup>31</sup>. Foi este, em conseqüência, um passo importante no caminho da afirmação do princípio da soberania da lei, inspirado em Rousseau, e que só a Revolução Francesa consagrará<sup>32</sup>.

O contrato, nos moldes do direito privado, era, portanto, senão o único, pelo menos o instrumento mais eficiente para o estabelecimento de relações jurídicas (e não meramente de subordinação) entre o Estado e os indivíduos, ainda que o objeto fosse de natureza puramente pública.

## V. O contrato nas relações entre indivíduos e Estado no século XIX

16. Conquanto exemplos de colaboração de particulares no desempenho de tarefas públicas possam ser identificados na Itália do renascimento, com os condottieri que colocavam seus exércitos mercenários sob as ordens do príncipe, ou na França absolutista, com os *fêrmiers généraux*, uma espécie de novos publicanos, encarregados da arrecadação dos impostos<sup>33</sup>, ou ainda, em toda parte e em distintas épocas, com os que recebiam dos governos, em tempo de guerra, carta de corso e saíam pelos mares, por conta própria, a aprisionar os navios inimigos, é irrecusável que somente a partir do século XIX é que se desenvolveu e se estreitou essa cooperação. E ela se estabelecia ordinariamente pela via do contrato, no princípio sempre considerado como instituto

Cour de Cassation. ou administrativa, o Conseil d'Etat.

30 Op. cit., p.21.

31 Lucay, cit. por Otto Mayer, *Le Droit Administratif Allemand*, Paris, Giard&Brière, 1903, vol.1 p.67-68, nota 4.

32 A propósito do confronto entre os Parlamentos e o poder real, bem como a sujeição dos juizes à lei, em contraste com administração pública no Estado de Policia francês, veja-se Otto Mayer. OD. Cit. D.67 e ss.

33 Guy Braibant, *Le Droit Administratif Français*. Paris, 1984, p.121, cit. por Maria João Estorninho, *Requiem Pelo Contrato Administrativo*, Coimbra, Almedina, 1990, p.53, nota 111.

do direito privado. A noção de contrato administrativo, regido pelo direito público, só começa a esboçar-se na França no fim do século passado, consolidando-se nas primeiras décadas deste século. Antes disso, todo o contrato era de direito privado.

17. Assim, quando se afirmou, também na França, a célebre distinção entre atos de autoridade e atos de gestão, que remetia os primeiros para a órbita direito público e os outros para a do direito privado, nunca se duvidou que os contratos celebrados pela Administração Pública, independentemente de sua natureza, eram atos jurídicos de direito privado, mesmo que a competência para decidir as controvérsias com eles relacionadas fosse por vezes atribuída a tribunais administrativos, por razões de ordem prática<sup>34</sup>.

Essa distinção domina incontrastavelmente quase todo o século XIX, com irrestrita aceitação na doutrina<sup>35</sup> e na jurisprudência, servindo como critério básico para separar a competência dos órgãos da jurisdição ordinária e os da jurisdição administrativa.

Ela exprime, aliás, uma idéia que, à época, não encontrava opositores na Europa continental: a de que o Estado, quando agia como *persona potentior*, o fazia à sombra do direito público.

18. No direito alemão, embora nunca tivesse sido utilizada a distinção entre ato de autoridade e atos de gestão, aquela mesma idéia encontrara expressão muito clara ainda ao tempo do *Polizeistaat*, na teoria do fisco ou da dupla personalidade do Estado. Quando o Estado atua no exercício dos seus poderes específicos, que em nenhuma hipótese se admite que caibam aos indivíduos, ele o faz como pessoa jurídica de direito público. As relações jurídicas que trava, nessas circunstâncias, com os administrados, são relações de subordinação. Por outro lado, quando o Estado desce ao mesmo plano dos particulares, mantendo com eles vínculos de cooperação - à semelhança do que acontecia, no Direito Romano, com o *fiscus* - apresenta-se como pessoa jurídica de direito privado.

É curioso notar que, nessa concepção, não se cogita que o Estado seja uma só pessoa, com dois lados distintos. O que se pensa é, verdadeiramente, na existência de duas pessoas diversas: uma que encarna o poder e que se relaciona com os indivíduos por ordens e comandos e que está, pois, a rigor, fora ou acima do direito e outra que figura em relações jurídicas como o homem comum, gerindo as suas finanças e a sua fortuna, sujeito ao direito privado, especialmente ao direito civil, passível de ser chamado aos tribunais.

Assim, é importante que se repita que muito embora se afirme que, nesse contexto, o Estado como conjunto de poderes tinha personalidade jurídica de direito público

34 Assim, por exemplo, já nos primeiros anos da Revolução as questões relacionadas com os contratos de obra pública passaram a ser da competência dos tribunais administrativos, embora fossem eles, então, integralmente regidos pelo direito civil.

35 Dizem Laubadère/Venezia/Gaudemet, *Traité de Droit Administratif*, Paris, L.G.D.J., 1994, p.36, que "a teoria dos atos de autoridade e de gestão foi uma das idéias fundamentais dos principais autores do século XIX: Batbie, Ducroc, Aucoer e, depois, Laferrière e Berthélémy, constroem sobre ela todo o direito administrativo"

e fosse, pois, disciplinado por esse ramo do direito, o que efetivamente acontecia é que ele não era atingido pelo direito. O que imperava, nesse campo, era a vontade do soberano, a voluntas e não a ratio traduzida na lei. Dito de outro modo, direito, então, era só o direito civil ou o direito privado<sup>36</sup>. E só a este o Estado submetia, quando se ligava aos particulares por laços de cunho patrimonial.

19. Com a consagração da noção de Estado de Direito, que é, sabidamente, uma noção de origem germânica, a teoria da dupla personalidade do Estado desaparece, mas perdura no direito alemão a concepção de que o critério distintivo entre direito público e direito privado há de ser buscado no caráter de desigualdade que ostenta as relações jurídicas disciplinadas pelo primeiro, em contraste com a igualdade e que se situam as partes nas relações jurídicas instituídas no âmbito do segundo. É este um critério que atenta para os meios de que o Estado se utiliza (unilaterais, coercitivos, se não se quiser dizer de autoridade)<sup>37</sup> e não para o fins, como sucede com o critério do serviço público, que passará a presidir o desenvolvimento do direito administrativo francês desde o arrêt Blanco, de 1873, e que será decisivo, entre outras coisas, para a formação do conceito de contrato administrativo. Estará aí a razão mais forte pela qual o contrato administrativo, com o matiz francês, nunca foi aceito pelo direito alemão.

20. De direito privado ou de direito público, o certo é que não existiu, no século passado, nenhum outro instrumento jurídico tão importante como o contrato para permitir a colaboração dos indivíduos com o Estado na realização de fins de interesse público. E, dentre os contratos, nenhum como o de concessão de obra pública, originariamente ligado ao da concessão dos serviços públicos com ela relacionados,

36 Sobre isso, por todos, Otto Mayer, op. e vol. cit., p.53 e ss.

37 Até hoje as teorias mais prestigiosas desenvolvidas pela doutrina alemã para distinguir entre direito público e privado, como a teoria da subordinação (Subordinationstheorie ou Subjektionstheorie) ou a nova teoria do sujeitos, também chamada de “teoria do direito especial”, ou “teoria do sujeito modificada” (Sonderrechtstheorie; modifizierte Subjektstheorie) são calcadas no conceito de autoridade ou de poder do Estado (hoheitliche Gewalt), noção que suscita desde logo a idéia de desigualdade nas relações entre o Estado e os indivíduos. Isso dificulta a compreensão da inserção, na esfera do direito administrativo, daqueles atos dos agentes públicos no exercício da chamada administração prestadora de benefícios (Leistungsverwaltung), ou seja da administração que não atua por meios coercitivos mas que, ao revés, proporciona vantagens aos particulares. Alguns autores, para superar o impasse, passaram a sustentar que, modernamente, o hoheitliche Gewalt, expressão que corresponde à puissance publique dos franceses, não se restringe às medidas coercitivas e aos comandos do Estado, mas se estende também aos benefícios que o Estado distribui e ao planejamento estatal. (Assim, por exemplo, Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht. München, C.H.Beck, 1992, p.29-30: “heure die “hoheitliche Gewalt” nicht nur in staatlliche Eingriffen, sondern auch in staatlliche Planungen und Leistungen äussert”). A dificuldade a que aludimos acima resulta de que o direito alemão não sofreu, nesse particular, nenhuma influência da teoria do serviço público, do direito francês. Foi ela que introduziu um critério de fins, em substituição ao critério de meios, da teoria dos atos de autoridade e de gestão, para fixar a linha divisória entre a competência da jurisdição administrativa e da jurisdição ordinária e entre o direito público e o direito privado. Pela teoria do serviço público, na sua formulação clássica, os atos relacionados com um serviço público, sejam eles restritivos ou ampliativos - ou, na terminologia alemã, da administração coercitiva ou agressiva (Eingriffsverwaltung) ou da administração prestadora de benefícios (Leistungsverwaltung) - estão, em linha de princípio, sujeitos ao direito público. Assim, para ampliar o território do direito administrativo de modo a abarcar dentro de suas fronteiras as atuações do Estado Providência, não necessitaram os franceses mexer nos conceitos de autoridade pública ou de puissance publique. Simplesmente agregaram um outro conceito ou um outro critério que passou a ser, desde então, o principal, sem que, entretanto, o critério da puissance publique deixasse de ter importância, como hoje se reconhece, pois, do contrário, a atividade de polícia ficaria fora do Direito Administrativo. Sobre a evolução e a crise do critério do serviço público no direito francês. Georges Vedel/Pierre Delvolvé. Droit Administratif, Paris, PUF, 1992. vol.I, p.115 e ss.

desempenhou papel de tanto relevo.

O Estado do século passado não dispunha de grandes recursos. Confiar a particulares a construção de obras públicas, permitindo-lhes, em contraprestação, exercer por sua conta e risco, por prazo geralmente dilatado, os serviços a que as obras se destinavam, foi, sem nenhuma dúvida, uma fórmula de extraordinária felicidade, que só poderia ter o sucesso que efetivamente alcançou. Tratava-se, como disse Rivero, numa frase que se tornou famosa, de um casamento com separação de bens, vantajoso para ambas as partes<sup>38</sup>. Vantajoso para o Estado, que nada despendia e, ao término do contrato, recebia a obra, e vantajoso para os particulares, que, conquanto investissem recursos de grande vulto, tinham assegurada por muitos anos a exploração dos serviços ajustada em bons termos, uma vez que o Poder Público, interessado como estava em atrair colaboradores privados, favorecia-lhes as condições contratuais.

Vivia-se o apogeu do liberalismo e a época da construção das vias férreas e das instalações ferroviárias, da implantação das redes de distribuição de água, de iluminação a gás e, depois, de eletricidade. Além disso, o século XIX foi um período de grande estabilidade econômica e monetária. Assinala René Chapus que, em 1914, o valor do franco francês era o mesmo que tinha aquela moeda à data de sua criação pela Lei do 7 germinal do ano IX<sup>39</sup>. Assim, os cálculos e as previsões econômico-financeiras, quando bem realizados, acabavam por corresponder à realidade, mantendo o que em época mais recente se chamaria o equilíbrio do contrato.

21. A plena harmonia dessa associação entre particulares e Estado na realização de tarefas públicas, resultante principalmente do contrato de concessão de obra pública a que se ligava o de concessão de serviços públicos<sup>40</sup>, foi rompida em termos definitivos a partir da primeira grande guerra. Contudo, já antes não eram raros os desentendimentos entre as partes, causados, por um lado, pelo empenho do concessionário em manter ou ampliar sua margem de lucro, o que o levava a tentar obter o máximo de resultado com o mínimo de investimento e, pois, a descurar-se de adaptar os serviços às melhorias tecnológicas que iam aparecendo e, por outro, pelo descontentamento do setor público com a impossibilidade em que se encontrava de forçar aquela adaptação, em virtude das cláusulas contratuais por ele próprio propostas, no intuito de seduzir os particulares a virem a colaborar com o Estado<sup>41</sup>. Quanto a este último ponto, a afirmação da natureza de direito público dos contratos administrativos conduziu ao reconhecimento de diversas prerrogativas ao Estado, entre as quais, no início deste século, o da modificação unilateral do contato para afeiçoá-lo ao interesse público, sem prejuízo das compensações financeiras porventura devidas ao outro contratante<sup>42</sup>.

38 Jean Rivero, *Droit Administratif*. Paris, Dalloz, 1973, p. 431.

39 *Droit Administratif Général*, Paris, Montchrestien, 1993, vol. I, p. 509.

40 Originariamente, como dissemos, os contratos de obra pública e de concessão de serviço público eram indissociáveis. Só bem mais tarde é que ocorrerá essa separação.

41 Sobre isso e sobre as diferentes fases nas relações contratuais dos particulares com o Poder Público na exploração de serviços públicos, Maria João Estorninho, *Réquiem pelo Contrato Administrativo*, Coimbra, Almedina, 1990, p. 53 e ss.

42 Veja-se, a propósito, Jacqueline Morand-Devillier, *Cours de Droit Administratif*, Paris, Montchrestien, 1994, p. 362 e ss.

A instabilidade econômica e monetária que se seguiu ao primeiro grande conflito mundial fez com que os concessionários com frequência se vissem em dificuldade para continuar prestando os serviços a que se haviam obrigado, os quais, porém, por serem públicos, não poderiam ser interrompidos. Tornaram-se, então, necessárias intervenções do concedente, mediante auxílios financeiros temporários, a fim de evitar a paralisação dos serviços. Surgiu, assim, no direito francês, a teoria da imprevisão, restrita aos contratos administrativos, já que os contratos de direito privado continuaram presos à regra férrea do art. 1.134 do Código Civil, que consagra o princípio dos *pacta sunt servanda*.

O casamento com separação de bens transformara-se em casamento com comunhão de bens, como bem notou Rivero<sup>43</sup>.

## VI -A fuga Para o Direito Privado

22. Mudara, entretanto, o clima político e a concepção do Estado era outra. O Estado liberal burguês estava morto e substituído pelo Estado Social, pelo Estado Providência ou pelo Welfare State. Atrás dessas designações distintas, a face do Estado, em toda a parte, passou a assemelhar-se. A intervenção no plano econômico e no campo social era a nota distintiva por excelência de sua nova conformação. A ampliação das tarefas do Estado e, pois, dos serviços públicos, especialmente no campo da administração prestadora de benefícios, exigiu que o Poder Público se tornasse mais ágil, fazendo-o ir procurar no repertório do direito privado modelos e instituições que o permitissem atuar com a eficiência e rapidez que então se reclamava.

Nesse período, que é aquele que se segue ao término da primeira grande guerra, deu-se o que Fritz Fleiner chamou de “a fuga para o direito privado” (*die Flucht in das Privatrecht*)<sup>44</sup>. No que concerne à colaboração dos particulares com o Estado na realização de tarefas públicas, essa época é assinalada pelo início do declínio do contrato de concessão de serviço público, que então tinha já existência autônoma com relação ao contrato de empreitada ou construção de obra pública.

Nas mais das vezes, passou o Estado a constituir, pelo emprego de técnicas de descentralização, pessoas jurídicas de direito privado destinadas apositamente à execução dos serviços que antes eram delegados a particulares.

23. O pensamento e a interrogação que subjaziam a essa tendência eram os seguintes: se o Estado concedia serviços a particulares e tinha ainda frequentemente de socorrê-los, dando-lhes ajuda financeira nos momentos de crise, por que não constituir ele próprio entidades, integradas na sua administração mas com personalidade jurídica de direito privado, que se incumbissem desses misteres?

As sociedades de economia mista e as empresas públicas, criadas com a finalidade específica de prestar serviços públicos de natureza comercial ou industrial, foram

43 Vd., supra, nota 39.

44 Institutionen des Deutschen Verwaltungsrecht. Tübingen, 1928, 8ª ed., J.C. Mohr, p.326.

o meio encontrado para traduzir em termos práticos aquele pensamento, substituindo, em grande medida, os particulares que se ligavam ao Estado na qualidade de concessionários.

Bem se vê, entretanto, que a assim designada “fuga para o direito privado” produziu o efeito, no plano teórico, de pôr em xeque a teoria do serviço público, pois, em certas situações, a vinculação a um serviço público, por mais estreita que fosse, não era mais suficiente para qualificar como de direito público os atos naquela condição praticados<sup>45</sup>. O serviço público passou também a ser prestado por entidades de direito privado, da administração descentralizada ou indireta, e sujeitas a regime jurídico predominantemente de direito privado.

De outra parte, essa “fuga para o direito privado”, ao contrário do que expressão no primeiro momento poderia sugerir a pessoas menos informadas, na verdade significava um alargamento do espaço público, cujas entidades e órgãos desbordavam as raiais do direito público, especialmente do Direito Administrativo, que até então as continha, para se submeterem ao direito privado, mesmo quando perseguindo fins imediatamente públicos<sup>46</sup>. Nesse sentido pode-se dizer que não era, portanto, privatização do público, mas sim publicização do privado, tendo em vista, também, que muitos dos serviços prestados pelo Estado, sob a nova roupagem, possuíam natureza industrial e comercial.

24. Se, na Europa, “a fuga para o direito privado” é um movimento que surge logo após o término da primeira grande guerra, no Brasil ele só ganhará efetivamente significação após a segunda grande guerra. A descentralização que entre nós foi feita nas décadas de 20 e 30 operou-se quase que totalmente dentro do território do direito público. Foi essa a época áurea das autarquias. Com a década de 40 ganham prestígio as sociedades de economia mista, e, depois, as empresas públicas. É necessário que se diga, porém, que se na maior parte dos casos essas entidades eram instituídas por razões de ordem estritamente técnica e atendendo à conveniência do Poder Público, em muitos outros os motivos que determinaram sua instituição eram apenas os de fugir aos controles internos e externos a que a Administração Pública em geral está sujeita, de facilitar a contratação de pessoal ou de obras e serviços, dispensando o concurso

45 Desde então não há mais critério absolutamente seguro para estabelecer-se a summa divisio entre direito público e direito privado. O critério do interesse, geralmente referido ao fragmento de Ulpiano no Digesto (D. 1.1. 1.2) sempre foi tido como excessivamente vago. O critério da subordinação, que prevaleceu no Estado liberal clássico, tornou-se insuficiente no Estado Social deste século, pois excluiria do direito público toda a administração prestadora de benefícios. Com a crise do critério do serviço público, nada mais restou ao intérprete do que juntar os pedaços das diferentes teorias para, com eles, topicamente, pela análise das circunstâncias, tentar qualificar a norma jurídica e o fato que ela regula.

46 Até os fins do século passado e início deste século era possível definir o Direito Administrativo sendo o direito próprio da Administração Pública, como o fazia Otto Mayer (op. e vol. cit., p.21: “Nous appelons droit administratif le droit public propre à l’administration”). Depois da “fuga para o direito privado” aquela definição se tornou apenas parcialmente verdadeira, pois a atividade administrativa passou também a ser regida pelo direito privado. Essa circunstância determinou o surgimento de um tertium genus, entre o direito público e o direito privado, o Direito Privado Administrativo, ou seja, um direito privado aplicado à Administração Pública, quando persegue fins imediatamente públicos, temperado por regras de direito público. Por último, sobre Direito Privado Administrativo. vd. Hans Julius Wolff/Otto Bachof/Rolf Stober. Verwaltungsrecht, München, C.H. Beck, 1994, vol. I., p.225, embora assinalando que, após a introdução do conceito de contrato administrativo, no parágrafo 54 da Lei de Procedimento Administrativo, a noção de Direito Privado Administrativo, elaborada por H.J. Wolff, perdeu importância.

público e a licitação, ou ainda de conceder melhor remuneração aos servidores da nova pessoa jurídica, em relação aos padrões da pessoa jurídica matriz.

25. A adoção pelo Estado de instrumentos do direito privado para a consecução de fins públicos fez com que passasse a ter importância, no direito brasileiro, a antiga distinção francesa entre atos de autoridade e atos de gestão, que no seu país de origem está totalmente esquecida, superada que foi pelos critérios propugnados pela teoria do serviço público, apesar de todas as crises e vicissitudes que essa teoria tem enfrentado.

Entre nós, porém, aquela distinção tem sido frequentemente utilizada pela jurisprudência em função, sobretudo, do instituto do mandado de segurança, o qual deve ser impetrado contra ato de autoridade pública, na fórmula sempre repetida por nossas Constituições, desde a de 1934. Cogitando-se de atos praticados por agentes de empresas públicas, de sociedades de economia mista e de fundações de direito privado instituídas ou mantidas pelo Poder Público, têm surgido dúvidas nos nossos tribunais sobre a natureza desses atos, mesmo quando se refiram, por exemplo, a licitações e concursos públicos<sup>47</sup>. Essas dúvidas são, em última instância, sobre os próprios critérios distintivos entre direito público e direito privado, sobre as fronteiras que separam esses dois ramos do Direito e, principalmente, sobre a nova categoria, o *tertium genus* que a “fuga para o direito privado” engendrou, O Direito Privado Administrativo<sup>48</sup>.

## VII. A democratização da defesa do interesse público

26. Vejamos, agora, um outro ponto, que é da máxima importância na história das relações entre particulares e Estado no Brasil. A Constituição de 1934 e, principalmente, a Constituição de 1946, inauguraram caminho extremamente fecundo, ao iniciarem processo que se poderia chamar de privatização da defesa do interesse público, mas que prefiro designar como democratização da defesa do interesse público.

Até então a participação do indivíduo na defesa do interesse público só poderia dar-se de forma indireta ou reflexa, pela defesa do seu próprio direito subjetivo lesado ou ameaçado de lesão. O Brasil só conhecia o que Duguit designava como contencioso

47 Sobre essas questões, Almiro do Couto e Silva, *Atos de autoridade e Mandado de Segurança*. Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre, vol. 11 (1996) p.127 e ss.

48 Pode-se dizer que a tendência dominante na nossa jurisprudência era a de caracterizar os atos de dirigentes ou agentes de sociedade de economia mista e de empresas públicas, relacionados com licitações e concursos públicos como atos de gestão. São ilustrativos dessa posição, mais recentemente, acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Embargos Infringentes nº. 594138133 e 594025199, ambos do 1º Grupo de Câmaras Cíveis). entendimento que foi, entretanto, modificado pelo STJ, pela sua Primeira Turma, rel. Ministro Demócrito Reynaldo, no Recurso Especial nº. 84.082/RS, que assim consigna na ementa: “Os princípios constitucionais a que está sujeita a administração direta e indireta (incluídas as sociedades de economia mista) impõem a submissão da contratação de obras e serviços públicos ao procedimento da licitação, instituto juridicizado como de direito público. Os atos das entidades da Administração (direta ou indireta) constituem atividade de direito público, atos de autoridade, sujeitos ao desafio pela via da ação de segurança”. Na verdade, em formulação sintética, pode-se afirmar que se o ato de qualquer pessoa jurídica da Administração Pública, direta ou indireta, for regido por norma jurídica de direito público, ele será sempre ato de autoridade: se for disciplinado por norma jurídica de direito privado ele será sempre ato de gestão.

subjetivo, por oposição ao contencioso objetivo<sup>49</sup>, que, como é sabido, ocupa um lugar predominante no direito francês. Dito de outro modo, no nosso sistema não se permitia ao indivíduo, sem qualquer violação ou ameaça de violação de um direito subjetivo, recorrer ao Poder Judiciário para, invocando um interesse legítimo, reclamar contra a agressão à ordem jurídica e ao interesse público<sup>50</sup>.

A inserção do instituto da ação popular, no texto das Constituições de 1934 e de 1946, é um marco decisivo, um tournant na tradição do direito público nacional, pela janela que abre aos ventos da democracia participativa, ao permitir que indivíduos tenham acesso aos tribunais para, agindo pro populo, postularem a invalidação de atos lesivos ao interesse público, com a responsabilização de seus autores.

Desde então o Estado não seria mais o exclusivo detentor da defesa do interesse público. Essa defesa, nas hipóteses constitucionalmente previstas, deveria ser compartilhada com os cidadãos, erigidos em fiscais da ação estatal.

27. A edição da Lei nº 4.717, de 26 de junho de 1965, atribuiu plena eficácia ao preceito constitucional pertinente à ação popular, pondo nas mãos dos cidadãos brasileiros instrumento efetivo de controle da ação pública e de defesa do interesse público.

As Constituições posteriores foram alargando o âmbito da ação popular, até atingir o largo espectro a ela conferido pela Constituição vigente<sup>51</sup>.

A introdução em nosso sistema jurídico da ação civil pública e o amplo repertório de meios processuais previstos pela Constituição de 1988, com as ações diretas de inconstitucionalidade por ação ou omissão, o mandado de injunção, o mandado de segurança coletivo, o habeas data, a par da ação popular, do mandado de segurança individual e do habeas corpus, outorgaram ao indivíduo, no Brasil, isoladamente ou reunido em associações, elenco de instrumentos de controle do Estado e de defesa, direta ou indireta, do interesse público que não encontra similar em nenhum sistema jurídico do universo.

A lesão ao interesse individual, difuso ou coletivo, dá legitimação processual para provocar a manifestação do Poder Judiciário, num amplo leque de matérias de utilidade pública. A noção de interesse assumiu, pois, no nosso sistema, um papel de extraordinário realce, na cena que há meio século atrás era ocupada com exclusividade pela noção de direito subjetivo. E isto não apenas nas relações entre os indivíduos e o

49 *Traité de Droit Constitutionnel*. Paris, E de Boccard, 1928, vol. II, p.458 e ss.

50 Neste particular o nosso sistema se assemelhava ao anglo-americano e ao alemão. No pertinente a este último essa mesma posição subsiste. Nos Estados Unidos, porém, como relata Bernard Schwartz (*Administrative Law*, Boston/Toronto, Little, Brown & Co., 1976, p. 263 e ss.) houve modificação profunda nesse estado de coisas, com a extensão da proteção jurisdicional ao que chamamos de interesses difusos e coletivos, em razão do alargamento do conceito de parte no processo (*parties in interest*), regime anterior, parte era só a *obvious party*, isto é, o titular de um direito subjetivo lesado ou ameaçado de lesão. Hoje se admite no processo quem tenha um interesse de algum modo atingido, como corre, exemplo, na proteção aos consumidores ou ao meio ambiente.

51 A ação popular tem hoje extraordinária amplitude, na fórmula acolhida pelo art.5º, LXXIII, da Constituição Federal: "Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e de ônus de sucumbência".

Estado, mas também nas relações estabelecidas entre os próprios indivíduos, como se faz evidentemente pela Lei de Proteção ao Consumidor.

### VIII -As bases constitucionais do Direito administrativo

28. Ainda no que tem pertinência com o controle do Estado pelos indivíduos caberá referir que, na segunda metade deste século, ganha destaque o que Georges Vedel denominou de reforço das bases constitucionais do Direito Administrativo<sup>52</sup>. Outros disseram que hoje o Direito Administrativo é o Direito Constitucional concretizado<sup>53</sup>.

O que ocorreu é que, no após guerra, com o declínio do positivismo jurídico e do normativismo, muitos autores procuraram condicionar o direito positivo pelo direito natural ou por princípios jurídicos supraconstitucionais. Os valores não estariam dentro do sistema jurídico, mas fora dele ou sobre ele. Não será preciso dizer que essas posições enfrentavam enormes dificuldades de fundamentação teórica. Depois partiu-se para o entendimento de considerar que os valores estavam dentro do próprio ordenamento jurídico, sob a forma de princípios embutidos na Constituição, de maneira explícita ou implícita.

Essa corrente de pensamento, que se alastrou pelo mundo, revigorou os princípios constitucionais já identificados, descobrindo-lhes novos aspectos, e acrescentou ao rol conhecido muitos outros. Os princípios adquiriram desse modo, no direito moderno, especialmente no direito público, um vigor que nunca tinham possuído, notadamente na configuração da coerência e da consistência do sistema. As outras normas são sempre a eles necessariamente reconduzidas e são eles que orientam sua interpretação<sup>54</sup>.

Os princípios estruturantes do Estado, como o da República, a que Geraldo Ataliba dedicou estudo primoroso<sup>55</sup>, o da Federação, o do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º), com toda a sua opulenta lista de subprincípios implícitos, dentre os quais sobressai o da segurança jurídica, a par dos que são expressamente referidos à Administração Pública (CF, art. 37), como os da legalidade (a rigor, um subprincípio do Estado de Direito), da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, e os que estão declarados ou embutidos na declaração dos Direitos e Garantias Fundamentais (CF, Título II), como o da igualdade, o do devido processo legal (a que alguns autores vinculam os princípios da razoabilidade e

52 Gérard Marcou, in *Les Mutations du Droit de L'Administration en Europe*, Paris, L'Harmattan, 1995, p.58.

53 A frase é de Fritz Werner e constitui o título de um trabalho seu. Sobre o conflito dessa posição com a de Otto Mayer, segundo a qual "o Direito Constitucional passa, o Direito Administrativo fica". (*Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht*) veja-se Norbert Achterberg, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Heidelberg, C.F. Müller, 1982, p.63.

54 Para a confirmação dessa afirmação, basta ver a importância que os princípios constitucionais ganharam nas obras dos autores contemporâneos de Direito Administrativo. Veja-se, entre nós, por exemplo e por todos, Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 1994, p. 43 e ss. Sobre o papel dos princípios no direito moderno, Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, São Paulo, RT, especialmente p.92 e ss., com ampla remissão à doutrina estrangeira.

55 República e Constituição, São Paulo, RT, 1985.

## Os Índividuos e o Estado...

---

da proporcionalidade<sup>56</sup>) e o da ampla defesa, tornaram a Administração Pública brasileira largamente aberta à fiscalização e ao controle dos particulares, dilatando, por consequência, a participação dos indivíduos na realização dos fins de interesse público.

A noção de República, identificada por muitos como a acepção da palavra que apenas designa o oposto de monarquia, voltou a ter o sentido vivo e palpitante que denotam as raízes etimológicas do vocábulo. É ela verdadeiramente a res publica, a coisa de todos, de que todos devem cuidar e a que todos devem vigiar para que realmente satisfaça e realize os interesses comuns da sociedade.

Parece óbvio, nesse quadro, que o Estado, para não ser alvo, a cada momento, de ações movidas pelos indivíduos - facilitadas, sob o ângulo formal, pela variedade dos meios processuais reconhecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro e, sob o aspecto material, pelo novo e especial realce dos princípios constitucionais incidentes sobre a Administração Pública -, propenderá a atuar de forma mais incisiva e eficiente.

## IX -O gigantismo do Estado e a volta do pêndulo

29. De outra parte, entretanto, é irrecusável que, em todo o mundo, há enorme preocupação com o gigantismo do Estado e com a qualidade de alguns dos serviços que ele presta. Tal preocupação traduziu-se numa retração das fronteiras do Estado, que passou a devolver a particulares terreno por ele ocupado ou que até mesmo a entregar a particulares tarefas que anteriormente só ele desempenhava. O pêndulo que oscilava para o setor público torna, agora, para o setor privado<sup>57</sup>.

Para isso contribuiu grandemente o fato de as empresas públicas e as sociedades de economia mista não terem tido, em muitos casos, desempenho satisfatório. Seus dirigentes eram tentados a abusar da relativa liberdade de que gozavam, no regime preponderantemente privado que as disciplinava.

No Brasil, alguns desses excessos decorriam do entendimento sustentado por autorizados doutrinadores de que as entidades de direito privado da Administração indireta não estavam obrigadas a realizar concurso público ou procedimento licitatório para a contratação, respectivamente, de seus empregados e de serviços e obras.

Empreguismo, favorecimento de correligionários ou mesmo de familiares em contratos vultosos são exemplos, entre muitos outros, de distorções verificadas nessas pessoas jurídicas. Daí a tendência de submetê-las a critérios mais estritos, de direito público, como acabou prevalecendo na Constituição de 1988, principalmente com as disposições contidas no seu art 37.

Por certo, o regime jurídico dessas entidades sempre fora híbrido: predominantemente de direito privado, mas integrado, também, por regras de direito público. É o

---

56 Por exemplo, Raquel Denize Stumm. Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1995, p. 120 e ss.; Xavier Philippe, Le Contrôle de Proportionnalité dans les Jurisprudences Constitutionnelles et Administratives Françaises, Paris, Economica, 1990, p.34 e ss.

57 Caio Tácito. O Retorno do Pêndulo: Serviço Público e Empresa Privada. O Exemplo Brasileiro, in RDA, 202. p. 1 e ss.

que a doutrina alemã, já o dissemos, denomina de Direito Privado Administrativo, ou seja, um direito privado adaptado à Administração Pública pela incidência de normas de direito público. A Constituição de 1988 ampliou consideravelmente a parte de direito público desse regime, a ponto de torná-lo muito semelhante ao regime puramente de direito público que disciplina a Administração direta ou centralizada.

30. Todas essas circunstâncias, aliadas ao imenso custo do Estado Social ou do Estado Providência, causador de déficits públicos quase insuportáveis, e às correntes ideológicas que se viram reforçadas pelas bruscas mudanças políticas no leste europeu, acabaram por empurrar também o Brasil para o rumo hoje trilhado pela grande maioria das nações democráticas.

A privatização, no sentido estrito do termo, e a terceirização são as ilustrações mais significativas dos caminhos a que se inclina o Estado, neste final de século.

Mais do que uma vitória da doutrina neoliberal, a onda privatizante que bate atualmente em todos os continentes tem de ser vista como um triunfo do pensamento pragmático ou problemático sobre o pensamento estruturado em bases puramente racionais, de cunho axiomático, dogmático ou sistemático, que tanto seduziu a filosofia e a ciência até tempos bem recentes. Muito embora existam radicais nos dois extremos, pois há os que julgam que privatizar a qualquer custo é sempre um bom negócio e os que acreditam que o Estado nunca deve desfazer-se do seu patrimônio, a verdade, como em tantas outras situações, parece estar no meio termo. O certo é que privatizações tem sido feitas não apenas em países de acentuada tradição liberal e defensores antigos e ardorosos do sistema capitalista, como também até mesmo em países comunistas, muito embora no último caso se trate de privatização parcial, pois essas alienações restringem-se à parte minoritária do capital de empresas públicas. Cuba, para ficar num exemplo que diz tudo, em 1994 vendeu ao grupo mexicano Domos 49% das ações de sua empresa estatal de telecomunicações, a Emtel/Cuba<sup>58</sup>.

31. A terceirização inspira-se nas mesmas razões. Muitas vezes ela é utilizada, porém, para fraudar a regra do concurso público, que a Constituição vigente deu extensão que me parece exagerada, ao compreender todos os cargos e empregos, tanto da administração direta quando da indireta, sejam as entidades de direito público ou de direito privado. Há tarefas de importância menor, como as de limpeza e manutenção de prédios, ou ainda as de obra, além de muitas outras, para as quais a admissão mediante concurso público é uma exigência excessiva. O recurso à terceirização vai se constituindo numa praxe referentemente a esses misteres. Mas a Administração Pública não o circunscreve a tais ocupações. A terceirização não raramente é adotada também para o desempenho de atribuições mais complexas.

32. Em todas essas situações há problemas jurídicos de difícil solução, pois a categoria dos servidores públicos tem, na Constituição, como lhe reconheceu Carl

<sup>58</sup> Pierre Guilain, *Les Privatisations, un défi stratégique, juridique et institutionnel*, Bruxelles, De Boeck-Wesmael, 1995, p. 19.

Schmitt, a posição de garantia institucional<sup>59</sup>, e o princípio do livre acesso aos cargos e empregos públicos, que a exigência do concurso reflete e disciplina, não comporta qualquer exceção.

Tanto nas privatizações quanto na terceirização, o instituto jurídico que permite ao Estado realizar os fins a que se propõe é o contrato e, fundamentalmente, o contrato de direito privado. A compra e venda, a locação de serviços, os acordos de acionistas e, quando a lei o permite, os contratos de gestão ao estilo germânico dos *Beherrschungsverträge*, são os instrumentos naturais para compor os interesses da Administração Pública e do setor privado nas relações que modernamente se estabelecem entre os indivíduos e o Poder Público, ao cogitar-se de redefinir o papel do Estado.

Mas não só. Também o contrato administrativo, especialmente na modalidade francesa, com a concessão de serviço público à frente, goza hoje de alto prestígio.

33. Não há dúvida de que houve um renascimento do contrato de concessão de serviço público, tanto considerado isoladamente como na feição originária, em que aparecia sempre associado à concessão de obra pública. Verificou-se, igualmente, um alargamento da área de utilização do contrato de concessão de serviço público, passando a compreender não apenas os serviços de natureza industrial e comercial, como também os próprios serviços administrativos. Tornou-se comum, em certos países, o Poder Público conceder a particulares a exploração de rodovias, pontes, túneis, parques de estacionamento, portos e aeroportos, hospitais, serviços cuja natureza é mais acentadamente administrativa mas que comportam, como os serviços industriais e comerciais, o pagamento de uma contraprestação pelo usuário<sup>60</sup>.

Na França, mesmo no longo governo socialista de Mitterand, a concessão de serviço público, com as características que acabamos de apontar, foi muitíssimo empregada e com resultados plenamente exitosos. No Brasil, a Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre concessão de obras e serviços públicos e as permissões de serviços públicos, destina-se a revigorar, no nosso meio, instituto que tanta importância teve nas últimas décadas do século passado e nas primeiras décadas deste século.

## X - A consensualidade nas decisões administrativas

34. Fenômeno relativamente recente nas relações entre o Estado e os indivíduos na realização de fins de interesse público tem sido a busca de decisões administrativas por meios consensuais.

Administração concertada<sup>61</sup>, administração consensual, *soft administration* são

59 *Verfassungslehre*, Berlim, Duncker & Humblot, 1928, p. 172; também *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Berlim, Duncker & Humblot, 1928-1973, p. 174.

60 R. Chapus, *op. cit.*, vol. I, p.511 e ss.

61 A utilização do contrato para a solução de problemas que anteriormente eram resolvidos de forma imperativa pelo Estado, unilateralmente, surge pela primeira vez na França, no campo do Direito da Economia, com os chamados “contratos fiscais” e com os “contratos de ajuda financeira”, estes últimos relacionados, como o nome deixa entrever, com a política de subsídios.

expressões que refletem formas novas de democracia participativa, em que o Poder Público, ao invés de decidir unilateralmente, utilizando-se desde logo do ato administrativo, procura ou atrai os indivíduos para o debate de questões de interesse comum, as quais deverão ser solvidas mediante acordo. Por vezes esse acordo é estabelecido informalmente, antes de o Poder Público exarar ato administrativo. Então, o que aparece, juridicamente, é apenas o ato administrativo e não a solução consensual que ficou atrás dele e escondida por ele.

Na Alemanha, a par desses acordos informais ou do “ato administrativo negociado” (*ausgehandelter Verwaltungsakt*)<sup>62</sup>, a Lei de Procedimento Administrativo, de 25 de maio de 1976, nos seus parágrafos 54 a 61, instituiu a figura do contrato administrativo, com um sentido absolutamente distinto do que essa locução - contrato administrativo - possui no direito francês ou no direito brasileiro.

35. Na lei germânica o contrato administrativo foi concebido como modo alternativo de atuação da Administração Pública, relativamente ao ato administrativo. É ele um *Ersatz*, um sub-rogado do ato administrativo<sup>63</sup>. Hartmut Maurer, um dos mais importantes administrativistas alemães contemporâneos, vê no contrato administrativo “um instrumento necessário e legítimo de que dispõe a Administração para solver problemas (*Regelungsinstrument*). Ele permite uma administração flexível e, sobretudo, capaz de solucionar casos atípicos. Responde, em particular, ao que se espera de uma administração moderna, conforme as exigências do Estado de Direito democrático, que não vê apenas no cidadão um simples súdito, mas um titular de direitos autônomo e um parceiro da Administração e que por isso o inclui na atividade administrativa como corresponsável”<sup>64</sup>.

Embora sua utilização no direito tributário esteja praticamente excluída pela incidência de princípios e normas específicos, e seja limitada no direito da previdência social e nas relações com os servidores públicos, o contrato administrativo tem sido, entretanto, largamente empregado no direito administrativo econômico, notadamente no campo das subvenções, no direito urbanístico, no direito da proteção ambiental e no direito dos cartéis<sup>65</sup>.

O exemplo alemão parece ter estimulado a Itália, cujas Leis n.142 e 241, ambas de 1990, introduziram, ao dispor sobre regras de procedimento administrativo, o

Sobre isso, por todos, Michel Fleuriet, *Les Techniques de l'Economie Concertée*. Paris, Sirey, 1974, p.57 e ss.

62 Hartmut Maurer, *Droit Administratif Allemand*, trad. de Michel Fromont, Paris, L.G.D.J., 1994, p.378.

63 É o que se depreende claramente do enunciado no parágrafo 54: “Uma relação jurídica de direito público pode ser criada, modificada ou extinta por contrato (contrato de direito público), desde que a lei não vede. Especialmente pode o agente público, em lugar de exarar ato administrativo, celebrar contrato de direito público com quem seria o destinatário do ato administrativo”. No original: “Ein Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts kann durch Vertrag begründet, geändert oder aufgehoben werden (öffentlich-rechtlicher Vertrag) soweit Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen. Insbesondere kann die Behörde, anstatt einen Verwaltungsakt zu erlassen, einen öffentlich-rechtlichen Vertrag mit demjenigen schliessen, an den sie sonst den Verwaltungsakt richten würde”.

64 Op. cit. na nota anterior, p. 378 ou *Allgemeines Verwaltungsrecht*, C.H.Beck, München 1982, p.276. A tradução da passagem citada foi feita com base nos dois textos.

65 Wolff/Bachof/Stober, *Verwaltungsrecht*, 1, München, 1994, p.790 e ss.

## Os Índividuos e o Estado...

---

contrato ou o acordo como novas formas de atuação administrativa, como alternativa ao ato administrativo<sup>66</sup>. Também na relação de emprego público o contrato passou a ter posição predominante.

No nosso país, no plano federal, a administração consensual tem sido usada de forma muito tímida e só informalmente, expressando-se, sobretudo, nos acordos de cavalheiros que por vezes o Governo celebra com certos setores empresariais, visando quase sempre a contenção dos preços.

No direito urbanístico, entretanto, frequentemente as licenças para construir são precedidas de ajustes entre as municipalidades e os particulares, pelos quais estes obrigam à construção de obras em favor da comunidade ou ao plantio de árvores em locais indicados pelo município ou a outros benefícios públicos.

Ainda na esfera municipal, o orçamento participativo, prática adotada ao que parece pioneiramente por alguns municípios gaúchos, ganhou notoriedade nacional como nova via de colaboração dos particulares nas decisões do Poder Público<sup>67</sup>.

### XI - A Privatização da Justiça

36. A recente edição da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, que dispõe sobre a arbitragem, visa a estimular o emprego de modalidades alternativas de solução de conflitos entre os particulares, substituindo a prestação jurisdicional oficial pela decisão de árbitros privados, dotada da mesma força da sentença judicial<sup>68</sup>. Busca-se, com isso, desafogar a Justiça, entavada, em toda a parte, pelo acúmulo de processos, o que impede, obviamente, a solução da maioria das controvérsias em prazo curto.

O intuito do legislador foi o de criar, verdadeiramente, uma via de solução de conflitos paralela à do Poder Judiciário para compor divergências a respeito de direitos patrimoniais disponíveis, pois a parte só poderá pleitear ao órgão competente do Poder Judiciário a decretação de nulidade da sentença arbitral nos casos de invalidez previstos na própria Lei de Arbitragem, e que são restritos<sup>69</sup>. Questão que resta em aberto, e que não cabe aqui examinar, é a da constitucionalidade dessa restrição, face ao princípio enunciado no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, segundo o qual “a lei não

---

66 Vd. Gérard Marcou, *op. cit.*, p.55.

67 Alguns municípios do Rio Grande do Sul, como o de Porto Alegre, adotaram a prática do “orçamento participativo”, pela qual as prioridades orçamentárias são definidas mediante consulta e com a colaboração ativa da comunidade. Apesar das controvérsias políticas e jurídicas que a fórmula provoca, pelos conflitos que tende a gerar entre democracia representativa devidamente institucionalizada e sujeita a formas definidas - e democracia direta - não institucionalizada, informal e, pois, passível de manipulações partidárias ou de facções da sociedade - seus resultados parece que têm sido animadores (a julgar-se, sobretudo, pelos sucessos eleitorais obtidos pelos governos que a empregaram).

68 Art. 31: “A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”.

69 Estão eles arrolados no art. 32: “É nula a sentença arbitral se: I - for nulo o compromisso: emanou de quem não podia ser árbitro; III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei; IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; V - não decidir todo o litígio submetida arbitragem; VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art.12, inciso III, desta Lei; e VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, parágrafo 2, desta Lei.

excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Se, no mundo romano, os particulares participavam da jurisdição oficial, em ambas as fases em que se desdobrava o processo no período clássico, agora, no Brasil, os particulares, a par de cooperarem com a Justiça oficial, nos Juizados de Pequenas Causas, poderão ter sua Justiça privada, como o permite a Lei de Arbitragem.

## XII- Estado e Sociedade. Direito Público e Direito Privado. A fuga do direito privado

37. Até as últimas décadas do século passado, quando começa a definir-se o perfil do Estado Social, pode-se dizer que Estado e Sociedade são conceitos apartados. As concepções liberais, que viveram sua época de apogeu no século XIX, alargaram ao máximo o fosso de separação entre aqueles dois conceitos. Haveria na sociedade uma ordem espontânea (a famosa mão invisível, de Adam Smith), devendo o Estado ser contido pelo direito, especialmente por normas de organização, a fim de não interferir na liberdade e na propriedade dos indivíduos.

Dentro dessa moldura é evidente que o Direito Privado possuía importância muitíssimo maior do que o Direito Público, pelo menos nos países da Europa continental ou que se filiam ao sistema jurídico romano-germânico. Como ilustração do que acabei de afirmar, lembro que nenhuma das Constituições que a França teve no século passado sequer aproximou-se em prestígio do Code Napoléon. Nos países do judge made law isto, à primeira vista, talvez não pareça tão claro, em face do relevo assumido pela Constituição americana e da fragmentação do direito privado, resultante da estrutura federativa do Estados Unidos. Contudo, abaixo da Constituição, nas relações entre os particulares ou nas relações da Administração Pública com os indivíduos, o que existe é verdadeiramente um direito comum, a common law, que consiste, basicamente, no direito privado. Daí por que a distinção entre direito público e direito privado tem um papel secundário no sistema jurídico anglo-americano e também não é outra a razão pela qual só em tempos relativamente recentes se afirma a existência de Direito Administrativo, na Inglaterra e nos Estados Unidos e se escrevem obras de Direito Administrativo naqueles países<sup>70</sup>.

38. Ainda nesse quadro, dominado pelas concepções liberais, não seria dema-

70 Nota Friederich A. Hayeki (Law, Legislation and Liberty, Chicago, The University of Chicago Press, 1973, vol. I, p.124 e 173-174) que ainda no século XVII questionava-se, na Inglaterra, se um ato do Parlamento poderia contrapor-se à common law, referindo registro de Edward Coke, a propósito do Dr. Bonham's case: "And it appears in our books, that in many cases, the Common Law will controul Acts of Parliament and sometimes adjudge them to be utterly void: for when an Act of Parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the Commnn Law will controul it, and adjudge such Act to be void". A questão, aliás, era a mesma que já se punha no direito romano, desde o período arcaico, na oposição entre lex, como ato de formação do direito pelas assembleias populares, e o ius, como direito elaborado pelo costume. Também lá dava-se preponderância ao ius sobre a lex, como transparece na cláusula legal "si quid ius non esset rogariet, eius ea lege nihil rogatum" e como demonstrou Arangio Ruiz (La Règle de Droit et la Loi dans l'Antiquité Classique, in Égypte Contemporaine, vol. 28, 1938, p.30 e ss, apud. Max Kaser, Altrömischeres Ius, cit. p.69), o que era particularmente respeitado na perda da liberdade ou da cidadania.

siada ousadia afirmar que o direito público exercia um papel puramente instrumental com relação ao direito privado, do mesmo modo como o Estado é um instrumento para garantir o bem-estar da sociedade como um todo e, conseqüentemente, propiciar a felicidade dos indivíduos.

O Estado Social, entretanto, rompeu com a rígida dicotomia entre Estado e Sociedade ao atribuir ao Poder Público o papel de cooperar na formação do próprio corpo social, intervindo nas relações econômicas e sociais para aproximá-las o mais possível da Justiça material.

O novo desenho assim assumido pelo Estado impôs modificações profundas no Direito Público e nas suas relações com o Direito Privado. O Direito Público, especialmente pelo Direito Administrativo, passou a ocupar espaços que eram preenchidos pelo Direito Privado. Já dissemos que em quase todo o século passado o direito que regia todos os contratos com a Administração Pública e que disciplinava os serviços públicos era o Direito Privado. A teoria francesa do serviço público, que é, em suma, uma secreção do Estado Social, transpôs parte significativa das relações contratuais dos particulares com o Estado para o Direito Público, ao cunhar o conceito de contrato administrativo, bem como também inscreveu na esfera do Direito Público os vínculos dos particulares com o Estado quando estabelecidos diretamente em função de um serviço público. A responsabilidade extracontratual do Estado, regida por princípios distintos da responsabilidade civil, é o mais célebre exemplo disto. Mas, apesar de terem sido assim consideravelmente estendidas as fronteiras do Direito Público, pelo braço do Direito Administrativo, mostrava-se ele ainda insuficientes para balizar as novas modalidades de atuação do Estado. A Administração Pública empreendeu, então, a “fuga para o Direito Privado”, de que resultou o Direito Privado Administrativo, misto de Direito Privado, como parte predominante, e de Direito Público.

39. Hoje presenciamos um movimento de sentido inverso, que se poderia designar como “a fuga do Direito Privado”, pois o Estado, com maior ou menor intensidade, trata de demitir-se das funções que assumiu, na prestação de serviços públicos industriais e comerciais, entregando ao setor privado as entidades de direito privado que constituiu com essa função. Manifesta-se, pois, a tendência de refluir a onda do Estado para dentro dos compartimentos do Direito Público. Mas será que haverá um retorno à nítida separação entre Estado e Sociedade?

Não considero provável que o Estado fique algum dia reduzido ao Estado mínimo com que sonham os paladinos do pensamento neoliberal, a ponto de renunciar à posição de árbitro entre as forças em conflito na sociedade e de suprimir do rol das finalidades que persegue a realização da Justiça material, de que a justiça social é a parte mais relevante. Não se pode esquecer de que o lado do Estado que hoje é o maior e que tem também a maior importância, mesmo em países de acentuada tradição liberal, como é o caso dos Estados Unidos, é aquele em que se situa a Administração prestadora de benefícios. “O Welfare State” - escreve, a propósito, Bernard Schwartz - “converteu

uma parte sempre maior da comunidade em clientes do governo. Os americanos cada vez mais estão vivendo de benefícios públicos. Para um número sempre maior deles, o Governo passou a representar uma fonte imediata de renda e de benefícios econômicos. Isto determinou tremenda expansão de “agências não regulatórias”. Quantitativamente, a obra do Departamento de Saúde, Educação e Bem-Estar supera completamente o das agências regulatórias, como a Comissão de Comércio Interestadual<sup>71</sup>. Estas palavras foram escritas antes dos últimos governos republicanos nos Estados Unidos. Mas, apesar de eles terem suprimido muitos programas sociais, especialmente o do Presidente Reagan, não modificaram substancialmente o quadro pintado pelo jurista, E o mesmo se poderia dizer da Inglaterra durante e após a era Thatcher, sob o comando político dos conservadores.

Se, por um lado é certo que o Estado contemporâneo olha-se permanentemente no espelho para ver onde e de que modo poderá adelgaçar a sua silhueta, fazendo-se mais leve e ágil, por outro é irrecusável que está sempre atento para impedir que os economicamente mais fracos sejam esmagados pelos economicamente mais fortes ou que estes causem danos irreparáveis a bens de interesse comum. As leis de proteção ao consumidor e ao meio ambiente, editadas hoje em todo o mundo, são a comprovação cabal de que o Estado não pensa em tornar a assumir a posição de mero espectador ou de simples fiscal do que ocorre na sociedade. O Estado gendarme ou o Estado guarda noturno, se é que algum dia verdadeiramente existiu, pertence definitivamente às cinzas do passado. Em outros termos, nada faz acreditar que se registre, outra vez, uma separação muito clara entre Estado e sociedade e que o Estado deixe de preocupar-se em “formar, estabilizar e equilibrar um mundo de extrema vulnerabilidade”, como afirmava Forsthof<sup>72</sup>.

40. Nada faz supor, igualmente, que o direito privado se sobreponha em importância ao direito público, ficando este reduzido a simples normas de organização, como pretende Hayek<sup>73</sup>.

Conquanto muitos critiquem, por diferentes razões, a atualidade da distinção entre direito público e direito privado<sup>74</sup>, é irrecusável que ela não pode ser abandonada por exigências de ordem prática e até mesmo por imposições do ordenamento positivo<sup>75</sup>.

Se, no século passado, a expressão sistema jurídico era quase sinônima de sistema

71 Op. cit. p.5 e 6. “Agências não regulatórias” são as que atuam na prestação de benefícios, em contraste com as “agências regulatórias” que atuam coercitivamente. No balanço do que fazem umas e outras, conclui o grande constitucionalista americano: “Though too many lawyers may still not realize it, the growing point of administrative law today is in the non regulatory area” *ib.*, p.6.

72 Lehrbuch des Verwaltungsrecht. München, C.H.Beck, 1972, p.4

73 Op.cit., especialmente o vol. I.

74 Veja-se, sobre essa discussão, Norbert Achterberg, *op. cit.*, p.7 e ss.

75 No Brasil, pela partilha constitucional de competências, só a União legisla sobre Direito Privado Há, porém, distintas competências, vinculadas à União, aos Estados e aos Municípios, para legislar, p. ex. sobre Direito Administrativo. Assim, ainda que no plano teórico possa-se admitir que a distinção entre Direito Público e Direito Privado tem muito de artificial, nosso ordenamento jurídico exige que essa distinção seja feita, para que as competências constitucionais possam ser adequadamente exercidas.

de direito privado, desempenhando a idéia de codificação e de código um papel central e dominante, hoje é inquestionável que a noção que se possa ter de sistema jurídico, qualquer que seja ela - fale-se de sistema fechado, aberto, autopoietico, ou o que seja -, passa a ser conformada pela Constituição, com toda a sua constelação ou ordem de valores que abriga. Conseqüentemente, todo o ordenamento jurídico infraconstitucional, de forma mais ou menos intensa, é informado, vivificado, oxigenado e animado pelos preceitos maiores, pelos princípios e regras estampados na Constituição, ou até mesmo por normas supraconstitucionais, de direito comunitário, como ocorre na União Européia e como esperamos que venha a ocorrer, também, no Mercosul.

41. Assim, se estas já longas reflexões permitem mostrar que quase sempre na história o Direito Privado foi mais importante do que o Direito Público, neste século cremos que tal posição alterou-se substancialmente. As Constituições passaram a ser mais importantes que os Códigos na conformação do sistema jurídico.

O relevo assumido pela noção de interesse difuso e coletivo no sistema jurídico nacional transformou, também, o conceito que se tinha de relação jurídica de Direito Administrativo, ampliando o número dos sujeitos que nela intervêm. Na concepção tradicional a relação de Direito Administrativo era predominantemente bilateral, vinculando o Estado e o destinatário imediato do ato administrativo ou, na hipótese de contrato administrativo, o outro contratante. O ato administrativo que beneficia alguém pode prejudicar outra pessoa ou outras pessoas. A licença para instalação e funcionamento de uma fábrica não estabelece relação de Direito Administrativo apenas entre a entidade pública que outorga a licença e o particular que a obtém. A instalação e o funcionamento da fábrica podem vir a prejudicar muitas outras pessoas, que terão interesse jurídico em impugnar a licença, se for o caso. Do mesmo modo, o contrato para a construção de obra pública pode causar impacto ambiental, gerando o interesse de outras pessoas em discutir a matéria ou em contrapor-se às decisões do Poder Público recorrendo ao Judiciário. A relação de Direito Administrativo tornou-se, pois, muito freqüentemente, uma relação pluripessoal, mudança que está obviamente ligada à democratização da defesa dos interesses públicos, difusos e coletivos perante o Poder Judiciário e a novas formas de democracia participativa na tomada de decisões pelo Estado, quando no exercício da função administrativa, como ocorre, sobretudo, nas matérias relacionadas com o meio ambiente.

42. Seria equivocado pensar, contudo, que o Estado tenha abandonado completamente o Direito Privado na realização de fins imediatamente públicos. Muito embora haja, efetivamente, como assinalai, uma fuga do direito privado, por parte do Estado, é irrecusável, porém, que o Poder Público continua e continuará usar, em considerável medida, de meios e instrumentos do Direito Privado, para a consecução dos seus objetivos de utilidade pública. O crédito público, as políticas de subvenções, não prescindirão, por certo, do contrato de direito privado. Do mesmo modo, quando permitida, a terceirização. E, enquanto existirem empresas públicas, sociedades de

economia mista, e fundações de direito privado instituídas ou mantidas pelo Direito Público, haverá Direito Privado Administrativo regendo essas entidades. Do Direito Privado há de utilizar-se, ainda, o Estado, nos seus procedimentos de privatização.

O recuo do Estado já ampliou e haverá de ampliar ainda mais o campo do setor privado. O Estado, porém, não poderá deixar de ter entre os seus fins mais eminentes a realização da Justiça material, sob pena de desqualificar-se como Estado de Direito. Novas parcerias e modalidades de colaboração dos indivíduos com o setor público ou destes com os particulares, por meios de direito público ou de direito privado, haverão certamente de desafiar ainda mais agudamente a imaginação dos juristas no milênio que se aproxima. As respostas que os juristas deram, no passado, a desafios semelhantes - algumas das quais pretendi aqui examinar - talvez contribuam para que se encontrem soluções adequadas aos problemas do futuro.

## **PRIVATIZAÇÃO NO BRASIL E O NOVO EXERCÍCIO DE FUNÇÕES PÚBLICAS POR PARTICULARES. SERVIÇO PÚBLICO “À BRASILEIRA”?**

### **I. Introdução**

1. Ao tratar do tema “Privatização no Brasil e o Novo Exercício de Funções Públicas por Particulares” o primeiro ponto a ser esclarecido é o de que funções públicas estamos falando. Dentro da nossa tradição jurídica, “exercício de função pública por particulares” significa o desempenho de atividade de interesse geral, pelos indivíduos ou por pessoas jurídicas de direito privado, mediante delegação do poder público, sob regime jurídico especial. Consiste, portanto, geralmente, em prestação de serviço público.

O conceito de serviço público, no Brasil, segue, em suas grandes linhas, a noção clássica francesa, designando, por consequência, aquele serviço que é prestado por órgão estatal, visando fim de utilidade pública, ou executado por particular, mas, neste caso, sempre por delegação do Estado. Em outras palavras, para qualificação de um serviço como público, a par do interesse geral a que se destina a satisfazer, é indispensável a existência de um vínculo orgânico entre ele e o Estado. Este é o titular do serviço, muito embora sua gestão possa ser transferida a particulares.

Nesse contexto, seria inaceitável falar-se em exercício de função pública por particulares sem existir qualquer ato jurídico de direito público, mesmo implícito, que importe delegação do desempenho daquela função, o que equivale a dizer que a ativi-

dade privada, por mais relevante ou útil que seja para toda a sociedade, não caracteriza, por si só, via de regra, serviço público. Por certo, há tipos ou espécies de atividades de interesse geral que são desempenhadas tanto pelo Estado como pelos indivíduos. O Estado não se apresenta, nesses casos, como o titular exclusivo dos serviços. É o que acontece, entre muitas outras hipóteses, com as atividades relacionadas com o ensino ou com a saúde. Quando prestadas pelo Estado ou executadas por delegação estatal elas se inserem no âmbito do conceito de serviço público. Se ausente qualquer laço com o Estado, elas são geralmente tidas e consideradas como atividades ou serviços puramente privados<sup>1</sup>.

Resumindo tudo: o direito brasileiro, em linha de princípio, não conhece função pública ou serviço público, de qualquer natureza, que não seja prestado pelo Estado ou mediante delegação do Estado.

De outra parte, o regime jurídico a que se submete a prestação de serviço público ou é inteiramente de direito público, como sucede com os serviços administrativos ou é, em se tratando de serviços de natureza comercial ou industrial, um regime híbrido, predominantemente de direito privado, mas mesclado com normas de direito público, caracterizando o que Hans Julius Wolff denominou de Direito Privado Administrativo<sup>2</sup>.

Completam-se, assim, os três requisitos necessários à configuração jurídica do serviço público exigidos por antiga doutrina<sup>3</sup>.

1 Há neste particular, entretanto, uma exceção importante. Por vezes a intensidade da nota de interesse público que assinala certas atividades desempenhadas pelos particulares faz com que a elas se estenda o direito público, por considerar-se que seus prestadores estão investidos em funções públicas delegadas, de sorte que alguns dos seus atos são tidos como atos administrativos, impugnáveis pela via do mandado de segurança. É o que acontece com os atos de diretores de estabelecimentos privados de ensino suscetíveis de serem combatidos por aquela ação constitucional. Segundo antiga classificação de Laubadere, seriam eles atos administrativos em sentido apenas funcional (*Traité de Droit Administratif*, Paris, L.G.D.J. 1973, vol. I, p.61). Por outro lado, uma vez que os estabelecimentos privados de ensino não são permissionários nem concessionários de serviços públicos, necessitando, porém de autorização do Estado para que possam funcionar, como ocorre com algumas atividades privadas (CF, art. 170, parágrafo único), não é impertinente ver nessa situação excepcional algo muito semelhante, senão idêntico, às hipóteses compreendidas pelo conceito de serviço público em sentido “objetivo”, ou “impróprio”, ou “virtual”, no sentido que dá a estas expressões a doutrina italiana, e nas quais sobreleva o caráter de “missão de interesse geral”, com a qual se confunde a noção de serviço público em sentido puramente material (veja-se, sobre isto, a exposição de Frank Moderne, em *L’Idée de Service Public dans le Droit des États da l’Union Européenne*, Paris, l’Harmattan, 2001, coletânea de estudos dirigida por Frank Moderne e Gérard Marcou, p.34 e ss.).

2 Hans Julius Wolff/Otto Bachof/Rolf Stober, *Verwaltungsrecht*, München, C.H. Beck, 1994, pp.225-6. O conceito de Direito Privado Administrativo teve importância na Alemanha até a edição, em 1974, da Lei do Processo Administrativo, cujo § 54 criou o instituto do “contrato administrativo”, que publicizou as relações entre o Estado e os indivíduos até então regidas pelo Direito Privado, como observam aqueles mesmos autores (op e p. cit.). Parece-me, porém, que ele pode perfeitamente ser utilizado no Brasil para designar o complexo normativo misto, integrado por normas de direito privado com temperamentos de direito público, que comumente disciplina a prestação de serviços públicos por particulares, situação que, aliás, também se verifica no direito francês, como esclarece Jacqueline Morand Deviller: “En effet, lorsque l’activité érigée en service public est exercée de la même manière qu’une activité privé analogue, le régime juridique fortement privatisé qui lui est appliqué comporte toujours des règles exorbitantes du droit commun en raison de sa finalité permanente d’intérêt général. La différence entre un service public administratif (S.P.A) et un service public industriel et commercial (S.P.I.C.) est une différence de degré dans la soumission au droit public: maximum dans le premier cas, minimum dans le second (ce qui explique son attraction vers le juge judiciaire.” (*Cours de Droit Administratif*, Paris, Monchrestien, 2001, p.459).

3 Na sua mais antiga formulação, para a caracterização do serviço público fazia-se mister a reunião de três elementos essenciais: a) serviço de interesse geral ou de utilidade pública; b) prestado pelo Estado e c) sob regime jurídico especial, de direito público. Os dois últimos elementos há muito já se modificaram. Pessoas jurídicas de direito privado também prestam serviço público, mas seria sempre necessária a existência de um vínculo orgânico com o Estado. No tocante ao regime jurídico, ele não é só o de direito público a que se subordinam os serviços públicos de natureza administrativa.

2. Por estas resumidas notas bem se vê, portanto, que o quadro brasileiro é totalmente diverso do norte-americano. Nos Estados Unidos inexistente o conceito de serviço público e praticamente toda a atividade econômica é deixada ao setor privado, sendo pouquíssimos os casos em que o Estado dela se desincumbe. Geralmente o Estado limita-se a exercer a função de mero regulador daquela atividade. De outra parte, o direito que rege a atividade do Estado e as relações por este travadas com os indivíduos é basicamente a *common law*, o direito comum, o mesmo direito, em princípio, que disciplina as relações dos indivíduos entre si.

A escolha dos Estados Unidos, neste trabalho, como recorrente *terminus comparationis* justifica-se pelo fato de o final do século XX haver acusado a tendência não só no Brasil ou na América Latina, mas também em muitos países europeus de reexaminar algumas concepções jurídicas bem arraigadas em suas culturas (como, por exemplo, a de serviço público) de sorte a aproximá-las das vigorantes na realidade econômico-jurídica norte americana.

Não será necessário dizer que tal tendência está intimamente relacionada com a circunstância de haver os Estados Unidos, após a segunda grande guerra mundial e, mais fortemente ainda depois da queda do muro de Berlim, assumido posição hegemônica numa economia que hoje é globalizada. Mas não só. Existem outras causas que são, pelo menos, igualmente importantes. Ela resulta também da crise do Estado Social, do Estado Providência ou do Welfare State, o qual, com o seu gigantismo, suas imensas despesas e seus déficits públicos, sua ampla intervenção no campo econômico e no

---

Quase sempre a prestação dos serviços públicos industriais e comerciais se realiza sob regime misto, de Direito Privado Administrativo, ou seja, predominantemente de direito privado mas com normas, também, de direito público. No direito francês, a concepção mais moderna é a de que o regime jurídico é totalmente irrelevante para a caracterização dos serviços públicos. Estes se definem apenas pelo fim de interesse geral que perseguem e o vínculo orgânico, direto ou indireto, com o Estado (veja-se, a respeito, René Chapus, *Droit Administratif Général*, Paris, Montchrestien, 1993, vol. I, p.477). Parece-me, porém, que o regime jurídico, é, em algumas hipóteses, e sem quaisquer outras considerações, desde logo decisivo para saber se determinada atividade, que guarde vínculo orgânico com o Estado, é efetivamente serviço público. Assim, se o regime a que se submete essa atividade for de direito público, não há dúvida que se tratará de serviço público. Contudo, como foi visto, nos serviços públicos de natureza industrial e comercial o regime que os disciplina não é puramente de direito privado. De qualquer modo, nas duas situações, a particularidade de estar a atividade submetida a um regime próprio, que não é ou que não é inteiramente de direito privado, revela-se um instrumento importante na identificação dos serviços públicos. O que, com todo o respeito, não me parece aceitável, por destoante da realidade do nosso tempo e até mesmo do ordenamento jurídico brasileiro é a bem conhecida posição de Celso Antônio Bandeira de Mello, que só considera serviço público o que seja prestado sob regime de direito público. Isso implica dizer que só os serviços administrativos são serviços públicos, expelindo-se do conceito os de natureza industrial e comercial, que, por subordinados a regime predominantemente de direito privado, seriam classificados, se bem compreendo o pensamento do ilustre mestre paulista, como “serviços governamentais” (Curso de Direito Administrativo, São Paulo, Malheiros, 2001, p.602). Tais serviços, embora presente o vínculo orgânico com o Estado e conquanto prestados no interesse geral, não seriam serviços públicos. Mas que natureza teriam? Seriam atividade puramente econômica do Estado, em tudo igual à que os indivíduos desempenham? Como explicar as regras constitucionais que os tratam como serviços públicos (p.ex., os incisos XI e XII, do art.21)? Isto lembra a famosa irrisignação de Hauriou, formulada em 1900: “L’État n’est pas une association pour travailler ensemble à la production des richesses, il est seulement pour les hommes une certaine manière d’être ensemble, de vivre ensemble, ce qui essentiellement le fait politique”. Se o Estado passasse a desempenhar atividades econômicas, industriais e comerciais, além daquelas de natureza política, exclamava o mestre de Toulouse: “nous disons que c’est grave, parce qu’on nous change notre État” (vd. René Chapus, *op. cit.*, p.476). E o que se viu durante quase todo o século XX foi essa “mudança do Estado” temida por Hauriou, em que o Poder Público passou a exercer, em muitos países, entre eles o Brasil, atividade econômica sob a forma de serviços públicos industriais e comerciais, em regime predominantemente de direito privado ao lado do estrito papel que o liberalismo lhe reservava, no desempenho de serviços públicos administrativos, submetidos ao direito público.

campo social, deu origem e alimentou uma forte reação no plano teórico, representada pela corrente de pensamento chamada de neo-liberal. Ao longo das últimas décadas do século passado o neo-liberalismo, que ganhara consistência e expressão com a difusão das obras de Friederich von Hayeck e o crescente prestígio dos economistas da escola de Chicago, liderados por Milton Friedmann, acabou por influenciar poderosamente as políticas econômicas e sociais dos Estados Unidos e da Inglaterra, respectivamente nos governos Reagan e Thatcher. É claramente perceptível, por igual, a influência do liberalismo, pelo favorecimento da concorrência e do mercado, em normas fundamentais que, desde o Tratado de Roma, presidem as relações entre os países membros da União Européia.

3. Foi dentro dessa moldura que se iniciou a discussão mundial sobre o tamanho do Estado e as medidas que deveriam ser utilizadas para reduzi-lo. Estão ligadas a esse contexto as privatizações, a liberalização, a desregulamentação, a quebra de monopólios estatais de serviços públicos e a abertura à concorrência das atividades por eles exercidas, bem como a atribuição de novos papéis aos particulares na realização de fins públicos.

É ainda dentro dessa ordem de idéias que se trava, na Europa, o debate sobre o conceito de “serviço de interesse econômico geral”, referido originariamente no art. 90-2, atual art. 86-2, “do Tratado de Roma e a que o Tratado de Amsterdam deu ênfase especial, ao erguê-lo ao plano dos “valores comuns da União”, destacando sua importância “na promoção da coesão social e territorial da União”<sup>5</sup>. A principal questão, nesse debate, é a compatibilização do conceito comunitário de serviço de interesse econômico geral, de raiz marcadamente liberal e muito próximo da noção anglo-americana de public utilities, com o conceito francês de serviço público, também adotado por outros países europeus<sup>6</sup>. Enquanto o conceito de serviço público é um conceito jurídico, o que está expresso no Tratado de Roma é de índole econômica, conformado pela idéia de mercado (designadamente do mercado comum), de que a livre concorrência é, em princípio, inafastável<sup>7</sup>. Já se percebe que esse debate interessa ao Brasil, pois nosso conceito de serviço público, como já se disse, é fortemente influenciado pela noção francesa. Essa noção, entretanto, na sua pátria de origem, desde Duguit até hoje, sofreu mutações profundas, sendo as mais significativas precisamente as decorrentes de normas comunitárias. Foi ela levada, por imposição daquelas normas, a acomodar-se com o mercado e com a concorrência, daí resultando o conceito de serviço público “à

4 A cláusula submete as empresas incumbidas da prestação dos serviços de interesse econômico geral às regras da concorrência desde que a aplicação daquelas regras não impeça a realização da missão particular a que se destinam.

5 Art. 16 do Tratado da Comunidade Européia, na versão do Tratado de Amsterdam, de 1997.

6 É o que se poderia chamar a segunda crise daquele conceito, pois a primeira seria a descrita por Jean Louis Corail num livro famoso, de 1954, “La Crise de la Notion Juridique de Service Public”, a ponto de questionar-se, como ocorreu em colóquio promovido pela Universidade de Paris-Dauphine, em 1977, se “L’Idée de Service Public Est-elle Encore Soutenable?” (Paris, 1999, PUF, obra coordenada por Jean-Marie Chevalier, Ivar Ekeland e Marie-Anne Frison-Roche).

7 Veja-se sobre o panorama geral do conceito de serviço público no direito europeu o esplêndido ensaio de Frank Moderne, Les Transcriptions Doctrinales de L’Idée de Service Public, e os demais artigos reunidos sob a coordenação de Frank Moderne e Gérard Marcou no livro L’Idée de Service Public dans le Droit des Etats de L’Union Européenne, Paris, 2001, L’Harmatan. Especialmente sobre o ponto em questão, veja-se p.15.

la française”, de que hoje tanto se fala<sup>8</sup>.

4. As normas comunitárias, por sua vez, não são apenas resultantes dos variados fatores antes apontados, de natureza econômica, política, cultural, que se reconduzem ao perfil que se deseja tenha o Estado nos tempos em que vivemos, mas foram também determinadas pelos impressionantes progressos tecnológicos verificados nas últimas décadas do século XX em setores como o das telecomunicações, da informática e da microeletrônica, os quais, fundidos ou inter-relacionados, produziram a revolução das telecomunicações, cuja importância histórica só é comparável com a revolução industrial<sup>9</sup>.

Nesse conjunto de fatos, ganharam impulso institutos e práticas de democracia participativa ou de colaboração dos particulares com o Estado, como observa Diogo de Figueiredo Moreira Neto, em excelente síntese: “Os modelos de colaboração entre entidades privadas e Estado tendem a se multiplicar, tanto em razão do avanço da consensualidade, abrindo alternativas mais flexíveis às formas tradicionais de administração pública impositiva, como por motivo do desenvolvimento do conceito do espaço público não estatal, o que tem possibilitado a ação coordenada das chamadas entidades intermédias, bem como o surgimento de novos instrumentos de provocação social de controle, ampliando-se, nesse processo político, um continuum de ações convergentes entre a Sociedade e o Estado, com o conseqüente progresso da legitimidade”<sup>10</sup>.

A busca de respostas aos desafios decorrentes de tão significativas transformações tem induzido, como se disse, o exame mais atento dos modelos econômico-jurídicos dos Estados Unidos, país onde, como em nenhum outro, o pensamento de Locke e os postulados econômicos do liberalismo deitaram raízes profundas.

5. Até que ponto, porém, será possível conciliar idéias, conceitos e institutos jurídicos firmemente incorporados ao direito brasileiro, muitos deles de matriz européia, com transplantes retirados do tecido econômico-jurídico americano? Como harmonizar, por exemplo, o conceito brasileiro de serviço público, plasmado em diversas normas de nossa Constituição Federal<sup>11</sup>, com preceitos da legislação ordinária que, na moldura da privatização e da reforma do Estado, abriram à concorrência atividades que eram

8 Ao influxo dessa nova formulação do conceito de serviço público, vários monopólios foram quebrados ou eliminados privilégios de empresas estatais que se desincumbiam de serviços daquela natureza (vd. Jacqueline Morand-Deville, op cit., pp.462 e ss, ver também pp.455 e ss). Cuida-se, atualmente, de conceito que se pretende seja flexível, não sendo conveniente, portanto, que tenha sede constitucional. Observa Frank Moderne que “o recurso à lei (para definir o campo do serviço público, designar a coletividade organizadora e determinar as modalidades do seu controle) - ou a utilização dos princípios gerais do direito que regem seu funcionamento são suficientes para salvaguardar uma estrutura jurídica mínima, sob a dupla fiscalização do juiz constitucional e do juiz administrativo” (op. cit., pp.32).

9 Vd. Marco M. Fernando Pablo, *Derecho General de las Telecomunicaciones*, Madrid, 1998, Editorial Colex, p.25, nota 11: “Por esquematizar múltiples visiones, puede decirse que la revolución de las telecomunicaciones se asienta, en el plano técnico, en la convergencia entre microeletrónica, informática y tecnología de las telecomunicaciones, mientras que en el plano político se sustenta, como luego se apuntará, en la toma en consideración de la globalidad del fenómeno y la necesidad de dotarse de nuevas infraestructuras nacionales, sustentadas en la libre iniciativa privada, lo que dará como resultado jurídico la liberalización de las telecomunicaciones”.

10 Curso de Direito Administrativo, Rio Forense, 2001, 12ª ed., p.33.

11 As principais normas da Constituição Brasileira referente a serviços públicos irão sendo mencionadas ao longo do presente trabalho.

exercidas em regime de monopólio?

Obviamente não cabe aqui examinar todos esses temas. Nosso bem mais modesto propósito será o de, inicialmente, esboçar de modo sucinto a história brasileira, no último século, das relações do Estado com a economia (II), descrevendo, depois, também em termos breves, qual o caminho seguido pelo Brasil, em contraste com o escolhidos pelos Estados Unidos, na redução do tamanho do Estado (III), bem como a política brasileira de privatizações (IV), para finalmente considerar os tópicos principais e as mais importantes implicações jurídicas do programa brasileiro de desestatização, avaliando a compatibilidade com a nossa Constituição, muito especialmente com o conceito de serviço público por ela desenhado, de inovações introduzidas pela legislação ordinária, especialmente no campo das telecomunicações, da energia elétrica, dos transportes e da administração dos portos (V). Num último item estão condensadas as conclusões (VI).

## II. Estado e economia no Brasil o Estado como agente Econômico

6. No século XX, pode-se dizer que o Estado brasileiro, nas suas relações com a economia, acompanhou o modelo dos países capitalistas adiantados da Europa continental, embora quase sempre com algum atraso.

Nas duas primeiras décadas, ao pequeno tamanho do Estado, correspondia sua diminuta intervenção no campo econômico, limitada quase que exclusivamente ao plano normativo. Como em outras partes do mundo, o instituto jurídico da concessão de serviço público - concebido aqui como um contrato administrativo, ao estilo francês - gozava de largo prestígio, sendo muito utilizado, sobretudo nos serviços de transporte ferroviário. A concessão de serviço público, nessa época, geralmente compreendia ou implicava a concessão de obra pública, o que a fazia extremamente vantajosa para o Estado. A obra era feita por conta e risco do concessionário, o qual passava, após, a explorar os serviços, também por sua conta e risco, nas condições econômico-financeiras pactuadas com o concedente.

A concessão de serviço público foi, assim, também no Brasil, o instrumento jurídico que serviu como grande mola propulsora da expansão da nossa rede ferroviária, tanto na órbita federal quanto na dos Estados-membros.

Ao falar-se em concessão de serviço público já se compreende, implicitamente, que se trata de delegação de um serviço cuja titularidade cabe ao Estado.

7. Nos anos 20, inicia-se um processo de descentralização do Estado, com a criação de autarquias. Esse processo, após a Revolução de 1930, na era Vargas, ganhou notável incremento, exercendo as autarquias, não apenas funções de índole administrativa, como também de natureza industrial ou comercial. Com isto, intensificou-se fortemente a presença do Estado no campo econômico, tendo crescido, também, sua interferência nessa área mediante a edição de normas jurídicas.

Após a segunda grande guerra, a descentralização do Estado passa a realizar-se predominantemente no sentido da “fuga para o Direito Privado” como, escrevendo para uma outra realidade, registrara e vaticinara Fritz Fleiner, ainda no limiar do século passado. No período que estamos considerando, as atividades comerciais e industriais que o Estado exerce, quase sempre na prestação de serviços públicos que têm essa natureza, ao invés de serem atribuídos a autarquias, são agora realizadas por pessoas jurídicas de direito privado, sociedades de economia mista e empresas públicas, integradas à Administração Pública Indireta, segundo expressão que mais tarde acabaria consagrada entre nós.

Nesse cenário, é fácil de entender tenha a concessão de serviço público - que aqui também reproduziu os inconvenientes que apresentara em outras nações - entrado em franco declínio.

Os governos militares, com todas as críticas que a eles possam ser feitas sob o aspecto político-jurídico, indiscutivelmente realizaram grandes obras de infra-estrutura necessária ao desenvolvimento e à modernização do país. Ampliou -se consideravelmente, nesse esforço, a órbita de atuação do Estado na economia, tanto pela criação em grande número de entidades de sua administração indireta destinadas a desempenhar o papel de agentes econômicos, quanto pela edição, também em número extremamente avultado, de regras jurídicas disciplinadoras da atividade econômica.

8. Paralelamente a essa tendência institucionalizada ou formal de intervenção na economia, surge uma outra que aponta para o mesmo sentido, só que de tipo informal, mas não menos significativa, decorrente em larga medida do fomento público ou do crédito concedido por entidades bancárias oficiais, como o Banco do Brasil e o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (BNDE)<sup>12</sup>, além de muitos outros, na esfera dos Estados-membros. As empresas devedoras dessas instituições públicas, quando impossibilitadas de pagarem os débitos com elas contraídos, passavam, muito freqüentemente, a tê-las como sócias e, não poucas vezes, como sócias detentoras do controle acionário.

Assim, não bastassem as sociedades de economia mista e as empresas públicas que integram sua administração indireta, tornou-se a União Federal, no decorrer dos anos, proprietária de importante participação no capital de empresas privadas que perseguiram os fins os mais diversos, nas mais das vezes sem qualquer vinculação com o interesse público.

O quadro que venho tentando desenhar nas suas grandes linhas, embora se refira à União, mediante algumas reduções e adaptações serve igualmente para os Estados-membros da federação brasileira. Creio que corresponde, também, sempre guardadas as proporções, ao que aconteceu na Europa continental e, de algum modo, também na Inglaterra, no que respeita às modificações sofridas pelo perfil do Estado

<sup>12</sup> Hoje, Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES).

no seu relacionamento com a sociedade, na passagem do Estado liberal burguês para o Estado-Providência, para o Estado Social ou para o Welfare State, qualificativos que expressam, na sua variedade semântica, uma mesma essência.

### III. A redução do tamanho do Estado

9. A partir dos anos 70, do século XX, esse cenário se altera substancialmente, ao influxo de diferentes fatores, nos quais se misturam razões pragmáticas com razões políticas e ideológicas<sup>13</sup>, convergindo todos eles, porém, na direção comum de reduzir o tamanho do Estado. Nessa intenção, ora se diz que seus custos são insuportáveis e que é impossível conviver-se com os déficits orçamentários, ora se afirma, à semelhança do lema célebre da Bauhaus, que “menos é mais” e que “Estado menor é Estado melhor”, devendo ser buscada, a qualquer custo, a realização, na medida do possível, do Estado mínimo, senão na configuração utópica que lhe atribuiu o pensamento neo-liberal extremado, pelo menos em medida que libertasse a sociedade de sua presença tão forte como agente econômico, bem como dos excessos sufocantes e estranguladores da overlegislation ou da regulamentação exagerada.

Privatização e desregulamentação constituíram-se, portanto, nos dois mais importantes remédios da receita neo-liberal. Em dosagens diferenciadas, passou ela a ser adotada pelas principais nações do ocidente.

Na América Latina, a terapêutica concentrou-se com ênfase nas privatizações, insistentemente recomendadas, para não dizer impostas, por instituições internacionais, de que o exemplo mais marcante é o FMI.

10. Em contraste, nos Estados Unidos, a receita adotada para reduzir o tamanho do Estado foi a desregulamentação. É que, no que concerne às relações entre o Estado e a sociedade, em matéria econômica, desde tempos que remontam a 1887, quando foi criada a Interstate Commercial Commission, ou que são ainda anteriores a isso, sempre, prevaleceu, nos Estados Unidos, a posição de que o Estado, ao invés de assumir uma participação direta no jogo econômico, deveria limitar-se a ser mero regulador desse jogo, só interferindo quando as regras elaboradas pelo próprio mercado fossem deficientes ou falhassem.

A concentração desse poder regulador em entidades independentes, as agências reguladoras (regulatory agencies), incumbidas também de implementar a aplicação e controlar a observância das normas por elas criadas, foi uma boa solução para o problema, pois geralmente permite que as normas obtenham excelente grau de qualidade técnica, em razão, por um lado, da proximidade entre os órgãos da entidade e os fatos a serem disciplinados ou controlados e, por outro, do caráter setorial ou específico da regulação e do controle.

13 Vd. Odete Medauar, *Direito Administrativo Moderno*, São Paulo, RT, 2000, 4ª ed., p.105.

É em torno dessas agências reguladoras que surge o Direito Administrativo norte-americano<sup>14</sup>, polarizado, num primeiro instante, pela questão dos poderes delegados às agências, considerados como “quase legislativos” e “quase judiciais” e, depois da edição do Federal Administrative Procedure Act em 1946, pelos standards processuais ou procedimentais que deveriam pautar a atividade daquelas entidades<sup>15</sup>.

11. Seria equivocado, entretanto pensar, que as agências administrativas americanas tenham todas elas caráter regulador. Como em toda a parte, a Administração Pública, nos Estados Unidos, pode ser dividida em “administração coercitiva” e “administração prestadora de benefícios” (para usar a terminologia do direito administrativo germânico, que distingue entre Eingriffsverwaltung e Leistungsverwaltung).

A primeira é exercida principalmente pelas regulatory agencies e as outras pelas non regulatory agencies, ou em ambos os casos, pelos departamentos, que são órgãos do Estado americano.

As agências e órgãos da administração não investidos de poderes reguladores é que se encarregam dos benefícios sociais, como os relacionados, por exemplo, entre muitos outros, com a saúde, com a assistência médica, com a habitação, com a ajuda aos pobres e necessitados. Na edição de 1976, do seu Administrative Law, observava Bernard Schwartz que o centro de gravidade do direito administrativo

americano se transferira da área reguladora para a não reguladora, registrando ainda, a esse respeito, que “o Estado do Bem Estar converteu uma parte sempre crescente da comunidade em clientes do governo, que passaram sempre mais a depender dos recursos públicos. Para um número cada vez maior deles, o governo passou a representar uma fonte primária de renda e de outros benefícios sociais. Isso determinou uma tremenda expansão das agências não reguladoras. Quantitativamente, a obra do Departamento de Saúde, Educação e Bem Estar é incomparavelmente maior do que a de uma agência reguladora, como a Interstate Commerce Commission. A conseqüência é a transferência de importância da administração reguladora para a não reguladora.

Conquanto muitos advogados ainda não tenham compreendido isto, o ponto que cresce de relevância no direito administrativo é a área não reguladora”<sup>16</sup>.

Bem se vê, portanto, que a preocupação com a Daseinvorsorge, como a chamava Forsthoff, com as condições capazes de assegurar existência digna para os indivíduos, foi a idéia-força do Estado Social, do Estado Providência ou do Estado do Bem Estar, fixando-se e expandindo-se enormemente até mesmo em países de robusta tradição liberal, como os Estados Unidos.

12. Desse modo, quando o combate ao gigantismo do Estado atingiu o nível das prioridades urgentes do governo dos Estados Unidos - o que veio a suceder na admi-

14 Geralmente se afirma que o nascimento do Direito Administrativo nos EE.UU se deu com o Interstate Commerce Act, que criou a Interstate Commerce Commission, em 1887. Veja-se, Bernard Schwartz, Administrative Law, Boston/Toronto, Little, Brown and Co., 1976, pp.17 e 19.

15 Bernard Schwartz, op. cit., p.21.

16 Op. cit., p. 6

nistração Reagan - as providências que nesse particular foram tomadas endereçaram-se para dois objetivos bem definidos: a desregulamentação e a diminuição da área da administração prestadora de benefícios, ou da non regulatory administration, como lá é chamada.

Foi nesse contexto e sob a inspiração dessas idéias que se deu a supressão de número considerável de programas sociais e levou-se a pontos extremos o processo de desregulamentação de certos setores, como o aeronáutico, que culminou com a extinção, em 1985, de sua agência reguladora, o Civil Aeronautic Board, providência que não é absurdo pensar tenha tido alguma relação com os trágicos atentados de 11 de setembro.

De privatização não havia o que falar, pois a estatização de atividades até então reconhecidas como privadas ou a direta utilização da propriedade pública ou de entidades públicas como agentes econômicos jamais foi política adotada pelo Estados Unidos, apesar de algumas exceções importantes a essa regra, como é o caso da Tennessee Valley Authority. Esta posição de respeito à iniciativa e à propriedade privadas, resistindo aos conselhos keynesianos que recomendavam, em certas situações, uma intervenção pela ação direta do Estado no campo econômico, é mais uma ilustração eloqüente, entre muitas que poderiam ser invocadas, da solidez das convicções liberais imperantes naquele país.

#### IV. As privatizações no Brasil

13. No Brasil, os primeiros ensaios privatizantes apareceram no governo do Gen. João Figueiredo (1981-1984) com a edição do Decreto nº 86.215, de 15.07.81.

Vinte empresas que estavam sob o controle da União (entre elas Riocel, América Fabril, Companhia Química Recôncavo) foram privatizadas, produzindo uma receita de 190 milhões de dólares<sup>17</sup>. No governo do presidente José Sarney (1985-1989) as privatizações abrangeram cerca de 18 empresas (entre elas a Companhia Brasileira; de Cobre, a Caraíba Metais, a Aracruz e a Celulose Bahia), o que gerou um ingresso nos cofres da União no valor de 533 milhões de dólares<sup>18</sup>. Nesse período foi editado o Decreto n. 95.886, de 29.03.88, que se referia a um programa federal de desestatização. Nos dois anos do governo Collor (1990-1992) as privatizações tomaram notável impulso. Foi editada a Lei nº 8.031, de 12.04.90, que instituiu o Programa Nacional de Desestatização, várias vezes modificada, até ser revogada e substituída pela Lei n. 9.491, de 09.09.97. Sob a égide dessas leis, desde 1991, em governos sucessivos, 66 empresas e participações acionárias estatais federais foram privatizadas (entre as quais, no governo Itamar Franco, a Companhia Siderúrgica Nacional, um dos símbolos da era Vargas e, no governo Fernando Henrique Cardoso, a Companhia Vale do Rio Doce, duas das maiores empresas nacionais nos respectivos setores), gerando resultados

<sup>17</sup> Leopoldo Mamelque, *Privatização: Modernismo e Ideologia*, São Paulo, RT, 1995, p.17.

<sup>18</sup> Idem, *ibidem*.

consolidados da ordem 37,43 bilhões de dólares, até julho deste ano<sup>19</sup>.

A gestão de diversos serviços públicos ferroviários, portuários, de energia elétrica, de telecomunicações, de que a União é titular, também foi transferida ao setor privado, mediante concessão, permissão ou autorização. Nos Estados-membros, políticas análogas foram adotadas e implantadas.

14. A onda de privatizações, que rolou por todo o mundo, provocou no Brasil, como também em muitos outros países, um renascimento ou uma revivescência da concessão de serviço público, bem como dos dois outros instrumentos de delegação de gestão de serviços públicos, igualmente previstos na Constituição Federal, que são a permissão e a autorização. Para isso muito contribuiu a abolição do monopólio do Estado no setor de telecomunicações que é um ramo da atividade econômica hoje altamente disputado em toda a parte<sup>20</sup>. As privatizações também deram causa, entre nós, ao ressurgimento das autarquias, qualificadas como especiais porque independentes, mas também porque investidas de poderes peculiares, sobretudo de poderes reguladores e, por isso mesmo, batizadas de “agências reguladoras”, em homenagem ao símile norte-americano tomado como modelo.

A maioria dessas agências reguladoras tem a função precípua de disciplinar e controlar a prestação de serviços públicos por particulares, a eles confiados mediante concessão, permissão ou autorização.

15. As privatizações estão assim estreitamente ligadas a um turning point do Direito Administrativo Brasileiro, em razão de sua aproximação, verificada nesse período, com o sistema jurídico americano<sup>21</sup>. Dessa aproximação resultou, entre outras coisas, a introdução, no nosso complexo normativo, não só de princípios extraídos do utilitarismo norte-americano, como o da eficiência<sup>22</sup>, erguido, pela Emenda nº 19/98, à condição de princípio constitucional a ser observado pela Administração Pública, mas também, já o vimos, de instituições típicas do Direito Administrativo estadunidense, como as agências reguladoras, ainda que embutidas em corpo trazido do direito euro-

<sup>19</sup> Estes dados constam do site do BNDES.

<sup>20</sup> O inciso XI do art. 21 da Constituição Federal, na sua redação original, determinava caber à União “explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado através de rede pública de telecomunicações explorada pela União” (o destaque é nosso). A Emenda Constitucional nº 8, de 15.08.95, deu nova redação a esse inciso XI, que passou a vigor com o seguinte enunciado: “explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais”. Permitiu-se, assim, que a gestão daqueles serviços fosse delegada a particulares, mediante autorização, concessão ou permissão.

<sup>21</sup> Quanto à influência, no passado, do direito norte-americano sobre o direito administrativo brasileiro, veja-se, por todos o excelente estudo que Caio Tácito dedicou à Presença Norte-Americana no Direito Administrativo Brasileiro, especialmente no campo da fixação de tarifas, guiada pelo princípio do serviço pelo custo (service at cost), aqui recebido “especialmente no campo do aproveitamento industrial da energia hidroelétrica”. Registra o autor que “A marca do sistema norte-americano se fez, assim, presente, no Código de Águas e suas regras básicas ingressaram no plano constitucional a partir de 1934 e se repetiram nos textos sucessivos, até o atual” (Temas de Direito Público, Rio, Renovar, 1997, vol.1, pp. 13 e ss.)

<sup>22</sup> Sobre as matrizes ideológicas do princípio da eficiência, vd. Horst Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, Tübingen, Mohr Siebek, 1995, pp.22 e ss.

peu, como são as autarquias. Com elas veio, também, a inclinação de dar ao conceito brasileiro de serviço público conotação que o assemelhasse à noção de public utilities, vigente na common law.

## V. Constituição Federal e os serviços públicos

16. O que nos toca aqui examinar é como ficou, dentro desse novo quadro, o exercício de funções públicas por particulares. Não iremos considerar a vasta gama de situações em que a atividade privada visando fins de caráter privado submete-se, entretanto, a controles do Estado, aos seus poderes reguladores e sancionatórios ou, numa palavra, ao seu poder de polícia administrativa no sentido mais amplo que essa expressão possa ter, ora para que seja assegurado o fair play da concorrência entre empresas no mercado, ora para que se proteja e resguarde o meio ambiente e o patrimônio histórico e cultural, ora para que a atividade dos bancos e das instituições financeiras se realize dentro de pautas condicionadas pela legislação e pela política econômica do país, para ficarmos apenas em alguns exemplos bem conhecidos.

O tema é restrito àqueles casos em que a privatização implicou transferência aos particulares do exercício de funções públicas. É esta precisamente a hipótese prevista no § 1º do art. 2º, “b”, da Lei nº 9.491, que considera desestatização “a transferência, para a iniciativa privada, da execução de serviços públicos explorados pela União, diretamente ou através de entidades controladas, bem como daqueles de sua responsabilidade”.

17. Como se dá, porém essa transferência? Será ela, em todas as situações cogitadas pela legislação ordinária, transferência apenas da gestão dos serviços e não da sua titularidade, ou haverá casos em que, no Brasil, os particulares passaram a exercer serviços de interesse coletivo, autorizado, fiscalizado e regulado pelo Poder Público, mas em regime de concorrência e sem qualquer vínculo orgânico com o Estado? As respostas a essas indagações dependem do tratamento que a Constituição Federal deu ao conceito de serviço público.

Dos seus muitos preceitos concernentes ao serviço público creio, que os mais importantes são o do art. 175 e seu parágrafo único, que têm este enunciado:

“Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado”.

Por essas normas, como se extrai facilmente da simplicidade de sua expressão verbal, a delegação da gestão de serviços públicos só se dá por duas maneiras: pela concessão ou pela permissão e sempre, em qualquer caso, mediante licitação. O procedimento licitatório como exigência prévia à delegação, tanto pela concessão como pela permissão, resguarda amplamente o princípio da igualdade.

O art. 175 está inserido em capítulo da Constituição que trata dos princípios gerais da atividade econômica. Não há dúvida, portanto, que os serviços públicos delegáveis mediante concessão ou permissão, sempre através de licitação, são aqueles de natureza comercial e industrial.

18. Inexiste, no preceito acima reproduzido menção a autorização de atividades ou serviços. Contudo, no art. 21, os incisos XI e XII declaram ser da competência da União “explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão” os serviços ali referidos, e que são os de telecomunicações (inciso XI), de radiodifusão sonora, e de sons e imagens (inciso XII, a)<sup>23</sup>, os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água (inciso XII, b), a navegação aérea, aeroespacial e infraestrutura aeroportuária (inciso XII, c), os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, o que transponham os limites de Estado ou Território (inciso XII, d), os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros (inciso XII, e), os portos marítimos, fluviais e lacustres (inciso XII, f).

Também o parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal alude a autorização, ao proclamar que “é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previsto em lei”.

O que há de comum entre as regras do art. 21, XI e XII, e do art. 170, § 1º, é que todas elas se referem ao exercício de atividade econômica. Esta, em princípio, cabe aos particulares, como o afirma o art. 173 da Constituição Federal: “ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definido em lei”.

19. O art. 173 é coerente com a livre concorrência, escolhida pelo art. 170, IV, para ser princípio da ordem econômica. Algumas das atividades econômicas de relevante interesse coletivo, a ponto de serem qualificadas como serviços públicos<sup>24</sup>,

23 O art. 223 da CF volta a referir-se à autorização, ao declarar que “compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal”.

24 Sempre me pareceu discutível a distinção radical que muitos administrativistas brasileiros fazem entre prestação, pelo Estado, de serviços públicos e de atividade econômica. Os primeiros estariam regidos pelo art. 175 da Constituição e a última pelo art. 173. Ora, essa separação absoluta - que melhor seria dizer oposição absoluta - entre as duas noções talvez tenha existido no século XIX. A partir, no entanto, do momento em que o Estado tomou para si a execução direta, ou mediante delegação de atividades econômicas de interesse coletivo, dando nascimento ao conceito de serviços públicos de natureza industrial e comercial, a linha divisória entre atividade econômica e serviço público tomou-se menos nítida, uma vez que a atividade econômica, até então reservada aos particulares, tornou-se a matéria de que eram feitos aqueles serviços

a Constituição, no art. 175, determinou que seriam exercidas diretamente pelo Poder Público, ou delegadas mediante concessão ou permissão, estas sempre precedidas de licitação, o que vale para a União, Distrito Federal, Estados e Municípios. Outros serviços, cujo substrato também consiste em atividade econômica (os do art. 21, incisos XI e XII) a Constituição prescreveu que poderiam ser exercidos diretamente pela União, ou mediante autorização, concessão ou permissão. Como se vê, nas situações previstas em “*numerus clausus*” nos incisos XI e XII do art. 21 só a União pode autorizar que terceiros exerçam aquelas atividades, as quais, entretanto, conforme as circunstâncias, poderá delegar sua prestação mediante concessão ou permissão.

Não é de estranhar, assim, que a Constituição, ao cogitar de delegação de serviços públicos de natureza industrial ou comercial, da órbita dos Estados e Municípios, tenha silenciado quanto à autorização (p. ex. o art.25. § 2º, que cuida da competência dos Estados para explorar “diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado”, e o art. 30, V, que trata da competência dos Municípios para “organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial”)<sup>25</sup>.

Em lugar de um lapso, uma impropriedade ou um “*cochilo*” do legislador constituinte, isto parece ser, antes, um forte indício de que sua intenção - que no, caso, se confunde com a própria *ratio legis* foi a de possibilitar maior flexibilidade à atuação da União em face de certas atividades econômicas de Interesse coletivo. A ela será dado escolher entre a execução direta da atividade ou do serviço ou permitir a execução por particulares, mediante autorização, concessão ou permissão.

20. Por uma interpretação a contrario sensu do art. 175 poder-se-ia entender que só seriam públicos os serviços prestados mediante concessão ou permissão. Assim, a execução, por terceiros, dos serviços e atividades referidos nos incisos XI e XII do art. 21, mediante autorização, induziria desde logo a conclusão ou, de que aqueles serviços não eram públicos ou, embora públicos, seriam de algum modo distintos dos delegáveis mediante concessão ou permissão. Dizendo de outro modo: só estes últimos, os serviços delegáveis mediante concessão ou permissão, porque expressamente considerados pelo art. 175 seriam (a) serviços públicos, ou (b) serviços públicos *stricto sensu*, e os demais,

---

públicos. Assim, será forçoso convir que o art. 173 da Constituição Federal refere-se exclusivamente a serviços públicos de natureza industrial e comercial, uma vez que a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. Na verdade se o Estado só pode atuar diretamente no campo

econômico nessas duas hipóteses, que deverão ser ainda definidas em lei, não há dúvida de que quando tais atividades consistem em prestações feitas ao público, serão elas serviços públicos. Tal entendimento foi sufragado, aliás, pelo Supremo Tribunal Federal (RTJ 98/230 -RE nº 89.876, e RE no205.193-4, rel. Min. Celso de Mello. Vejam-se os comentários sobre essas decisões em “Nova Amplitude do Conceito de ‘Domínio Econômico’”, de Fátima Fernandes Rodrigues de Souza e Patrícia Fernandes de Souza Garcia, in Contribuições de Intervenção no domínio Econômico e Figuras Afins, obra coordenada por Marco Aurélio Greco, São Paulo, Dialética, 2001, pp.85-86.

25 É óbvio, porém, que Distrito Federal, Estados e Municípios poderão exarar atos administrativos de autorização em todas as outras hipóteses em que eles são habitualmente utilizados: o que lhes está vedado é delegar a execução de serviços públicos mediante autorização. Só lhes cabe fazê-lo, pela forma geral imposta pelo art. 175 da CF, sob as espécies de concessão e permissão, sempre precedidas de licitação.

executados mediante autorização, ou (a) não seriam serviços públicos, rompendo-se, assim o vínculo orgânico com o Estado, ou (b) seriam serviços públicos lato sensu, com características menos severas, e subordinados a regime jurídico mais brando do que os vigentes para o serviço público em acepção estrita.

Conquanto um critério de definição de serviço público a partir das formas ou espécies pelas quais ele possa ser delegado a terceiros seja lógica e cientificamente insustentável, de qualquer maneira, a coexistência desses três termos, autorização, concessão e permissão, no corpo da Constituição, a qual não pode ter expressões incongruentes, excrescentes ou inúteis, obriga o intérprete a buscar o adequado sentido de cada um deles dentro do sistema.

Nessa tarefa, dever-se-á levar em conta que, especialmente em razão dos avanços tecnológicos verificados em certos setores, as atividades econômicas agrupadas em, cada um dos distintos serviços referidos nos itens XI e XII do art. 21 da Constituição no mais compõem sempre um bloco uniforme, de maneira que sua prestação mais eficiente pudesse também sempre ser realizada dentro de formas idênticas nos moldes tradicionais da execução direta pelo Poder Público, ou da delegação mediante concessão ou permissão, no velho regime de monopólio.

Os serviços públicos fragmentaram-se, assumindo diversas formas, muitas das quais reclamam tratamento jurídico especial, ora mais severo, ora mais brando, ora com um peso maior de normas de direito público, ora com um peso maior de normas do direito privado. Existem modalidades desses serviços cujo modo de prestação ideal é a que resulta da livre concorrência num mercado que é, em princípio aberto, mas que pode e deve sofrer, sempre que necessário ou conveniente, intervenções do Estado, para afeiçoá-lo ao interesse público. Mas é certo, igualmente, que existem outras modalidades de atividade, aquelas exercidas em “rede”, (p. ex. telecomunicações, energia elétrica, gás, ferrovias) em que o regime do monopólio é praticamente inevitável, comportando, por vezes combinações com o da concorrência. Assim, nos setores de transmissão e distribuição de energia elétrica, pode-se dizer que o monopólio natural é uma consequência necessária da racional idade e das exigências econômicas, pois não teria sentido que existissem várias redes paralelas ou superpostas. Modernamente, todavia, compatibilizam-se os interesses do proprietário da rede com o interesse geral, quando este for mais bem atendido pela concorrência, impondo àquele a obrigação de dar acesso à rede a outros prestadores de serviços, garantindo-se, assim, o regime de competição<sup>26</sup>.

De outra parte, nos setores da geração e comercialização, a concorrência tem se revelado muito mais vantajosa do que o monopólio.

21. Feita esta observação, voltemos ao exame da natureza jurídica daqueles três

26 Foi esta a solução adotada, p. ex., no art. 155 da Lei Geral de Telecomunicações (Lei n. 9472/97): “Para desenvolver a competição, as empresas prestadoras de serviços de telecomunicações de Interesse coletivo deverão, nos casos e condições fixados pela Agência, disponibilizar suas redes a outras prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo”.

institutos, para verificar se as disposições a eles concernentes, constantes dos vários atos normativos editados no plano da legislação ordinária, dentro da moldura da reforma e da modernização do Estado, se ajustam às normas constitucionais relativas aos serviços públicos. Tendo em vista que aquelas disposições contemplam, em maior ou menor medida, modificações operadas em todo o mundo no plano dos fatos econômicos, atinentes à prestação de atividades e serviços de interesse coletivo, a análise a que nos propomos busca o objetivo de apurar sobretudo os pontos sensíveis gerados pela introdução de tais modificações no nosso direito positivo quando confrontadas com a Constituição Federal. Começo por registrar que houve, inicialmente, resistência da doutrina em admitir que a permissão, tradicionalmente vista como ato administrativo, se houvesse transformado em contrato administrativo, passando a ter a mesma índole da concessão de serviço público. Os termos do art. 175, e seu parágrafo único, da Constituição Federal não davam, entretanto, qualquer apoio à tese da permissão concebida como ato administrativo, uma vez que deveria ser precedida de licitação, aludindo-se, ainda, ao tratar a norma do regime das empresa concessionárias e permissionárias, ao “caráter especial de seu contrato” e às condições “de rescisão da concessão ou permissão”.

Quanto à autorização, porém, nunca houve dúvida que se tratasse de ato administrativo, muito embora se pudesse e se possa questionar, em face do princípio da igualdade, a existência de discricionariedade na escolha de quem irá executar os serviços por esse modo delegados pela União.

22. Cumprindo o mandamento inscrito no art. 175 da Constituição Federal, foi editada a Lei n. 8.987, de 13.02.95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, logo complementada pela Lei n. 9.074, de 7.07.95, cujas regras referem-se, principalmente, aos serviços de energia elétrica, de que igualmente se ocupam as Leis n.ºs. 9.427, de 26.12.96 e 9.648, de 27.05.98. Os serviços de telecomunicações, no que concerne à delegação de sua gestão a particulares, mereceram tratamento peculiar na Lei n. 9.472, de 16.07.97. E a Lei n. 10.233, de 05.06.01 dispôs sobre a reestruturação do transporte aquaviário e terrestre. São estes os principais diplomas legislativos que, inseridos no conjunto de providências destinadas à reforma e modernização do Estado, cogitaram, no Brasil, das novas modalidades de delegação a particulares de serviços públicos de índole industrial ou comercial. Nesse mesmo sentido, outros atos normativos estão em elaboração, como o que visa a reestruturar a atividade de correios. Característica comum a todos eles é o propósito de abrir espaço à concorrência, à competição e ao mercado na prestação de serviços públicos de natureza econômica. Quase sempre por esta razão, alguns desses preceitos recentemente incorporados ao direito positivo brasileiro deram causa a dúvidas quanto a sua constitucionalidade, como teremos ocasião de mostrar.

23. A Lei n. 8.987/95, no art. 40, define a permissão de serviço público como “contrato de adesão”, acentuando sua “precariedade” e “revogabilidade unilateral” pelo poder concedente. Muitos viram nestas notas caracterizadoras do contrato de permissão

de serviço público uma contradição nos seus próprios termos.

Como um contrato poderia ser precário e, além, disso, a qualquer tempo revogável ou suscetível de denúncia pelo poder concedente?

A resposta definitiva a essas objeções está, a meu ver, na consideração de que, também no direito privado, onde o contrato é menos suscetível de ser modificado pelas partes do que no direito público, o comodato, quando estipulado sem prazo certo, pode ser livremente denunciado, o que revela sua precariedade, mas de nenhum modo serve para desqualificá-lo como contrato<sup>27</sup>.

Por sua vez, a Lei Geral das Telecomunicações (Lei nº 9.472/97), no art.118, parágrafo único, conceitua a permissão como sendo “o ato administrativo pelo qual se atribui a alguém o dever de prestar serviço de telecomunicações no regime público e em caráter transitório, até que seja normalizada a situação excepcional que a tenha ensejado”.

Conquanto no Direito Administrativo brasileiro inexistia consenso, na doutrina e na jurisprudência, quanto à noção de ato administrativo - entendendo uns que esse conceito abrange os atos bilaterais, como os contratos, outros que compreende também os atos normativos, enquanto outros ainda sustentam, na linha do direito alemão, que os atos administrativos são apenas os atos unilaterais, especiais ou concretos - a inserção, no texto legal, da expressão “ato administrativo” autorizaria a que se pensasse na intenção do legislador de insinuar no corpo da lei a antiga e pode-se até mesmo dizer clássica concepção da permissão como ato jurídico unilateral.

Tal interpretação teria, porém, contra si a regra do art. 175, parágrafo único, da Constituição que, como vimos, confere à permissão a natureza de contrato.

Com o preceito constitucional está, no entanto, em consonância a Lei nº 9.472/97, pois, logo adiante, no art. 119, ao exigir procedimento licitatório para a permissão e, no art. 120, prescrever a assinatura pelas partes de termo cujo conteúdo deverá ser minuciosamente discriminado quanto aos diversos itens que estão indicados naquela mesma norma, indubitavelmente em tudo identifica a permissão de serviço público como contrato, cortando qualquer tentação de uma leitura do presente com os olhos do passado.

24. No pertinente à autorização, a Lei nº 8.987/95 dela não cogita. A Lei n. 9.074/95, no art. 6º, preceitua que as usinas termelétricas destinadas à produção independente poderão ser objeto de autorização, o art. 7º explicita que são objeto de autorização a implantação de usinas termelétricas e o aproveitamento de potenciais hidráulicos, em conformidade com os limites ali estabelecidos, destinados ao uso exclusivo de autoprodutor, e, no art. 9º, faculta ao poder concedente regularizar, mediante outorga de autorização, o aproveitamento hidrelétrico existente na data da publicação daquela Lei. O art. 20, por fim, tão-somente contém regra transitória sobre a prorrogação de

<sup>27</sup> Endossamos, neste particular, a posição sustentada por Pedro Henrique Poli de Figueiredo, *A Regulação do Serviço Público Concedida*, Porto Alegre, Síntese, 1999, p.22, nota 15.

antigas autorizações e concessões.

Ainda no tocante à energia elétrica e ao instituto da autorização, o art. 26 da Lei n. 9427/96 declara dependerem de autorização da ANEEL: “I - o aproveitamento de potencial hidráulico de potência superior a 1.000kw e igualou inferior a 30.000 kw, destinado à produção independente ou auto produção, mantidas as características de pequena central hidrelétrica; II - a compra e venda de energia elétrica, por agente comercializador; III - a importação e exportação de energia elétrica, bem como a implantação dos respectivos sistemas de transmissão associados; IV - a comercialização eventual e temporária, pelos autos produtores, de seus excedentes de energia elétrica.”

A autorização destinada ao uso exclusivo do autoprodutor manifestamente não caracteriza delegação de serviço público, pois a delegação endereça-se à “exploração” do serviço público. “Exploração”, na leitura que fazemos dos incisos XI e XII do art. 21 da Constituição Federal, importa “execução” ou “prestação” de serviços públicos que, como tais, se destinam a serem utilizados pelo público em geral. No caso do autoprodutor, quando há uso exclusivo, ele gera a energia e ele é o único consumidor. Tal serviço, inequivocamente, é privado e não público, pois é um serviço que o produtor presta a si próprio.

Contudo, neste particular, ter-se-á de levar em conta que o autoprodutor pode comercializar o excedente da energia por ele produzida, desde que eventualmente e em caráter temporário, o que depende também de autorização (art. 26, IV).

Seria ele, então, neste caso, prestador de serviço público, valendo a autorização como ato de delegação? Entendo que sim. A comercialização de energia elétrica constitui prestação de serviço de interesse geral, tendo vínculo orgânico com o Estado, tanto que se faz necessário ato de autorização. Por certo, a continuidade está intimamente ligada à noção de serviço público. Bem por isso é que Rolland, a quem são atribuídas as célebres “leis do serviço público” (mutabilidade, continuidade e igualdade), considerava que o mais importante dos três princípios era o da continuidade<sup>28</sup>. A ele se refere o art. 6º, § 1º da Lei n. 8.987/95, na configuração do conceito de “serviço adequado”, a que alude o parágrafo único do art. 175 da Constituição Federal. Na expressão “serviço adequado” o que é atingido pela ausência ou pelas falhas na continuidade do serviço é o adjetivo e não o substantivo. Mesmo descontinuo o serviço público não deixa de ser serviço público, muito embora dele não se possa afirmar que seja “serviço adequado”<sup>29</sup>.

É necessário, entretanto, conciliar o ato administrativo de autorização, que é exigido para o auto produtor de energia elétrica comercializar seus excedentes, com o princípio da igualdade.

Só não haverá lesão ao princípio da isonomia, como é óbvio, se a agência der

28 Vd. René Chapus, op. cit., p.493. É também Chapus quem observa: “Ces principes sont intimement liés à l'essence même du service public, ou, en d'autres termes, à son activité de plus grand service” (p.489).

29 René Chapus, a este propósito, agudamente registra que as alterações verificadas nos três princípios dos serviços públicos a que se referia Rolland, implica uma “baixa de qualidade” dos serviços (op. cit., p.489)

o mesmo tratamento aos que estiverem em igual situação e pleitearem autorização.

Há, pelo menos, duas maneiras de se proceder para assegurar a integridade da norma isonômica: atribuir à autorização a natureza de ato vinculado ou, se isto não for possível ou conveniente para a Administração Pública, submetê-la a prévia licitação, caso esta não seja inexigível ou dispensável, na forma da lei.

Não foi outra, nas grandes linhas, a solução dada na Lei Geral de Telecomunicações, como logo adiante veremos.

O que não pode nunca ser esquecido é que a circunstância de a Constituição exigir licitação apenas nas hipóteses de concessão ou permissão não pode dar lugar ao entendimento de que, ao exarar ato de delegação de serviço público sob a forma de autorização, esteja a Administração Pública desobrigada da observância e do cumprimento do princípio da igualdade.

A autorização outorgada ao produtor independente, que irá gerar e comercializar a energia por ele produzida submete-se também a estas imposições.

O produtor independente de energia elétrica está definido no art. 11 da Lei nº 9.074/95 da seguinte forma: “Considera-se produtor independente de energia elétrica a pessoa jurídica ou empresas reunidas em consórcio que recebam concessão ou autorização do poder concedente para produzir energia elétrica destinada ao comércio de toda ou parte da energia produzida por sua conta e risco. Parágrafo único - O produtor independente de energia elétrica está sujeito a regras operacionais e comerciais próprias, atendido o disposto nesta Lei, na legislação em vigor e no contrato de concessão”.

A Lei, entretanto, nada esclareceu quanto às hipóteses em que os serviços seriam delegados mediante concessão ou mediante autorização. Tal omissão, como foi observado, tem propiciado “que, na maior parte das vezes, os competidores não necessitam realizar processo licitatório para obter a aquiescência da União quanto à prestação do serviço. Valendo-se da autorização, não há necessidade de licitação prévia”<sup>30</sup>.

Ora, é inadmissível que no atual estágio de compreensão do Estado Democrático de Direito, possa entender-se como legítima a outorga da prestação de serviço público por particulares mediante ato discricionário, sem qualquer consideração pelo princípio da igualdade, mormente quando em outros casos, também de delegação a produtores independentes, a Administração Pública lança mão do instituto da concessão, a qual, como diz a Constituição, é sempre precedida de licitação. Também aqui torno a insistir que a única forma de compatibilizar o emprego da autorização, no caso de delegação a produtor independente, com a norma constitucional da igualdade, seria atribuir-lhe a natureza de ato vinculado, como admitido na Lei Geral de Telecomunicações, ficando a concessão, caso o Poder Público não se decidisse desde logo por essa forma de delegação, para aquelas hipóteses em que não fosse possível, por razões objetivas, atender a todos os pedidos de autorização<sup>31</sup>.

30 Carlos Fernando Souto e Gustavo Kaercher Loureiro, *O Novo Modelo do Setor Elétrico Brasileiro e as Cooperativas de Eletrificação Rural*, Porto Alegre, Liv. do Advogado, 1999, p.33.

31 É importante destacar, a esta altura, que, como dispõe do Decreto nº 2.655/98, no seu art. 2º, “às atividades de geração e

Aproveito para realçar que a figura do produtor independente, concebida e estimulada, nos Estados Unidos, pelo Public Utility Regulatory Act, de 1978, e que tinha por objetivo principal encorajar novas formas de geração de energia (eólica, geotérmica, solar etc), acabou constituindo notável meio de desenvolvimento de produção de energia baseada no gás natural, obtendo significativo sucesso naquele país, como afirma reputado especialista, pois “nos últimos quinze anos um terço das novas instalações construídas são de produtores independentes”<sup>32</sup>.

A Lei nº 9.074/95, ao incentivar a concorrência no setor de energia elétrica e ao disciplinar as opções de compra de energia elétrica por parte dos consumidores (Seção III), favoreceu os produtores independentes no art. 15, ao determinar que “respeitados os contratos de fornecimento vigentes, a prorrogação das atuais e as novas concessões serão feitas sem exclusividade de fornecimento de energia elétrica a consumidores com carga igualou maior que 10.000 kw, atendidos em tensão igual ou superior a 69 KV, que podem optar por contratar seu fornecimento, no todo ou em parte, com produtor independente de energia elétrica” .

26. No sistema da Lei nº 9472/97 - a Lei Geral das Telecomunicações - a autorização ganhou apreciável relevo.

Aquele ato normativo distingue dois regimes jurídicos básicos sob os quais podem ser prestados os serviços de telecomunicações por particulares: o regime público e o regime privado. Prevê, também, que modalidades de serviços de telecomunicações possam ser prestados “concomitantemente nos regimes público e privado” (art. 65). Quando a delegação do serviço é feita para ser prestado em regime público, os instrumentos jurídicos são a concessão ou a permissão, quando em regime privado, a autorização. Relativamente aos primeiros, aos serviços prestados em regime público, os arts. 63 e 64 da Lei nº 9.472/97 atribuem à prestadora as obrigações de universalização e de continuidade dos serviços de telecomunicações, esclarecendo serem eles, nesta hipótese, de interesse coletivo, compreendendo “as diversas modalidades do serviço telefônico fixo comutado, de qualquer âmbito, destinado ao uso do público em geral”. Trata-se aqui, efetivamente, de serviço público na sua acepção tradicional no direito brasileiro, conquanto no enunciado da regra se haja introduzido a exigência de universalização, de origem anglo-americana, e adotada também, com grande ênfase, como já se viu, no direito comunitário europeu, num contexto de liberalização e de livre concorrência<sup>33</sup>. Os deveres ou obrigações de universalização e de continuidade

---

comercialização de energia, inclusive sua importação e exportação, deverão ser exercidas em caráter competitivo, assegurados aos agentes econômicos interessados o livre acesso aos sistemas de transmissão e distribuição, mediante o pagamento dos encargos correspondentes e na condições gerais estabelecidas pela ANEEL”.

32 Christian Stoffaes, *Électricité: Le Service Public en Perspective Historique*, em *L’Idée de Service Public Est-Elle Encore Sustainable?*, op. cit., pp. 131 e ss.

33 Vd. Arnaud Raclot, *Droit Communautaire des Affaires et Prerogatives de Puissance Publique Nationales*, Paris, 2002, Dalloz, p.343: “Ces grands principes du “service universel” sont, avant tout, des principes de solidarité qui visent à préserver des espaces de cohésion dans la perspective d’un environnement pleinement libéralisé ou l’accès aux biens et services utilitaires est toujours subordonné au paiement d’un prix. Ils pallient le risque de voir naître une “société à deux vitesses”. En effet, ils maintiennent, tout d’abord, la cohésion sociale en garantissant l’accès des moins favorisés ou des indigents à certains services essentiels (lutte contre l’exclusion par l’argent). Ils garantissent, ensuite, la cohésion territoriale en prévoyant

dos serviços são impostos pelo Estado ao seu prestador na intenção de assim procurar atingir, da forma mais ampla possível, a coesão social e do território, de sorte a assegurar que grupos de pessoas ou partes do território não fiquem excluídos dos serviços, cujo acesso deverá ser facilitado aos usuários pelos níveis módicos ou razoáveis dos preços cobrados<sup>34</sup>. Para a cobertura das despesas decorrentes da universalização dos serviços de telecomunicação, a par de outras fontes de recursos, previu-se a constituição de um fundo, para o qual contribuirão prestadoras de serviços de telecomunicações nos regimes público e privado, nos termos da lei” (art. 81, II).

A circunstância de serem os serviços de telecomunicação de interesse coletivo não implica necessariamente devam eles ser prestados em regime público. Só quando modalidades de serviços de interesse coletivo forem essenciais e sujeitas a deveres de universalização é que sua exploração não será feita apenas em regime privado (art. 65, § 10).

Referentemente aos serviços prestados em regime privado, que, a contrario sensu do disposto parágrafo único do art. 64, compreendem os de telefonia móvel, diz o art. 131 da lei que sua exploração dependerá de prévia autorização da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), definindo, no § 1º, a autorização nos seguintes termos:

“Autorização de serviços de telecomunicações é o ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias.”

Sendo ato vinculado, preenchidas as condições subjetivas e objetivas indicadas, respectivamente, nos arts. 132 e 133, qualquer empresa, salvo motivo relevante (art. 128, II), terá direito subjetivo público à obtenção de autorização para prestação de serviços de telecomunicações em regime privado, o que evidencia que, na verdade e à luz de antiga doutrina consolidada no Direito Administrativo brasileiro, trata-se efetivamente de licença e não de autorização.

Não haverá, portanto, em princípio, limite ao número de autorizações de serviço, “salvo caso de impossibilidade técnica ou, excepcionalmente, quando o excesso de competidores puder comprometer a prestação de uma modalidade de serviço de interesse coletivo” (art. 136).

A ANATEL determinará, nessa hipótese, “as regiões, localidades, ou áreas abrangidas pela limitação e disporá sobre a possibilidade de a prestadora atuar em

des conditions d'égal accès sur l'ensemble du territoire concerné (lute contre l'enclavement géographique). Enfin, ils impliquent une cohésion permanente et durable, qui garantit la possibilité d'accéder à un même bien ou service à tout moment”. 34 A Lei nº 9.472/97 define as obrigações de universalização e de continuidade nos parágrafos 1º e 2º do seu art. 79, nos seguintes termos: “§ 1º Obrigações de universalização são as que objetivam possibilitar o acesso de qualquer pessoa ou instituição de interesse público a serviço de telecomunicações, independentemente de sua localização e condição sócio - econômica bem como as destinadas a permitir a utilização das telecomunicações em serviços essenciais de interesse público. § 2º Obrigações de continuidade são as que objetivam possibilitar aos usuários dos serviços sua fruição de forma ininterrupta, sem paralisações injustificadas, devendo os serviços estar à disposição dos usuários, em condições adequadas de uso”. Além disso, o art. 80, assim preceitua: “As obrigações de universalização serão objeto de meias periódicas, conforme plano específico elaborado pela Agência e aprovado pelo Poder Executivo, que deverá referir-se, entre outros aspectos, a disponibilidade de instalações de uso coletivo ou individual, ao atendimento de deficientes-físicos de Instituições de caráter público ou social, bem como de áreas rurais ou de urbanização precária e de regiões remotas”.

mais de uma delas” (art. 136, § 1º). As prestadoras serão selecionadas, em tal caso, mediante procedimento licitatório (art. 136, § 2º), com o que resta observado o princípio isonômico.

Obtida, entretanto, a autorização, a prestadora de serviço em regime privado “não terá direito adquirido à permanência das condições vigentes quando da expedição da autorização ou do início das atividades, devendo observar os novos condicionamentos impostos por lei e pela regulamentação” (art. 130).

A exploração de serviço de telecomunicações no regime privado, afirma o art. 126, “será baseada nos princípios constitucionais da atividade econômica”, devendo sua disciplina garantir, entre outras exigências, “a diversidade de serviços, o incremento de sua oferta e sua qualidade”, “a competição ampla, livre e justa”, “o cumprimento da função social do serviço de interesse coletivo, bem como dos encargos dela decorrentes”, e “a permanente fiscalização” (art. 127, I, II, VIII e X).

Ao impor condicionamentos administrativos ao direito de exploração das diversas modalidades de serviço no regime privado, a ANATEL “observará a exigência de mínima intervenção na vida privada”, devendo assegurar que “a liberdade será regra, constituindo exceção as proibições e interferências do Poder Público” (art. 128 e inciso I), bem como livre será também, em princípio, o preço dos serviços (art. 129).

O complexo de normas atinentes à exploração das telecomunicações “em regime privado”, precedida de autorização, caracterizada como ato administrativo vinculado, tem dado ensejo a acirrada polêmica entre os especialistas brasileiros, que increpam de inconstitucionais muitas das regras jurídicas acima transcritas, porque incompatíveis com as normas da Constituição Federal pertinentes aos serviços públicos<sup>35</sup>.

27. Será possível a prestação de serviço público em regime privado? A Constituição Federal, no seu art. 236, que trata dos serviços notariais e de registro, declara que eles “são exercidos em caráter privado, por delegação do poder Público”<sup>36</sup>. Analogamente, os serviços públicos delegados aos concessionários e permissionários do setor privado são por eles exercidos em caráter privado, por sua conta e risco. Em ambos os casos, porém, não há ampla abertura ao mercado, com liberdade de acesso à atividade pelos interessados, uma vez preenchidos os requisitos exigidos, e com liberdade, também, para a fixação dos preços dos serviços. Por certos, no regime das concessões de serviços públicos estimulou-se, quando possível, uma certa concorrência, mas sempre em termos muito limitados. A Lei nº 8.987/95 determina, efetivamente, no seu art. 16, que

35 As principais críticas que mais adiante examinaremos, estão referidas no excelente trabalho de Dinorá Adelaide Musetti Grotti, *Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação*, incluído em *Direito Administrativo Econômico*, publicação coordenada pelo Prof. Carlos Ari Sunfeld, São Paulo, Malheiros, 2000, pp.39 e ss.

36 Este constitui um dos grandes paradoxos do direito brasileiro um caso de força de inércia do direito antigo, que o faz sobrepor-se ao novo. Apesar de o atual preceito constitucional declarar que os notários e registradores exercem atividade pública delegada, em caráter privado o que logicamente os exclui da execução direta daqueles serviços públicos - diferentemente da situação existente na vigência da Constituição anterior, em que as funções notariais e registras eram estatais e indelegáveis - a jurisprudência, inclusive a dos tribunais superiores, STF e STJ, tem inexplicavelmente persistido no entendimento de que notários e registradores são servidores públicos, a eles se aplicando, por exemplo, as normas constitucionais sobre acumulação de cargos, funções e empregos públicos, bem como as pertinentes à aposentadoria.

“a outorga de concessão ou permissão não terá caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica”, em consonância com o disposto no art. 7º, III, que arrola entre os direitos dos usuários o de “obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha entre vários prestadores de serviços, quando for o caso”. A própria exigência de licitação já demonstra, entretanto, restrição no acesso dos interessados à prestação dos serviços, a qual, via de regra, não é disciplinada, pelo menos preponderantemente, pelo mercado, mas sim pelo poder concedente mediante a respectiva agência reguladora. Para ilustrar o que se afirmou, ninguém discutirá que seria inconcebível, por exemplo, que serviços urbanos de transporte coletivo de passageiros fossem delegados a todas as empresas interessadas na sua prestação, desde que implementados alguns requisitos objetivos e subjetivos. Isto instituiria o caos dentro das cidades.

Em outras espécies de serviços, como os de telefonia móvel, a experiência nos Estados Unidos e na Europa tem demonstrado que a prestação em regime de concorrência e num mercado em que se admite grande liberdade, embora esta não seja total, é extremamente conveniente para os usuários, tanto no que tange à qualidade dos serviços como com relação aos preços cobrados.

Há hipóteses que são intermediárias entre as duas que acabamos de referir. A Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97), no seu art. 104, estatui que “transcorridos ao menos três anos de celebração do contrato, a agência poderá, se existir ampla e efetiva competição entre as prestadoras do serviço, submeter a concessionária ao regime de liberdade tarifária”. A concessionária poderá determinar suas próprias tarifas, tendo, entretanto o dever de comunicá-las à agência até sete dias antes de sua vigência (art. 104 § 1º). Se houver aumentos arbitrários dos lucros ou práticas prejudiciais à competição, a agência deverá restabelecer o regime tarifário anterior, sem prejuízo das sanções cabíveis (art. 104, § 2º).

28. Na verdade, portanto, o que se questiona é se serviços públicos podem, no Brasil, em face dos que dispõe a Constituição, ser exercidos por particulares em regime de livre concorrência.

Quanto a este tema, a primeira ponderação a ser feita é a de que a concorrência, na exploração em regime público ou privado de serviços de telecomunicação, ou de quaisquer outros serviços públicos, não é, no Brasil, totalmente livre ou regulada apenas pelas inclinações do mercado. O Estado tem sempre a possibilidade de interferir.

Trata-se, portanto, de uma liberdade permanentemente vigiada pelo Poder Público, que, pela agência reguladora, tem meios de intervir no sentido de preservar o interesse público quando ameaçado.

É de intuitiva evidência, porém, que tais poderes de fiscalização, controle e de intervenção serão maiores nos casos de delegação dos serviços em regime público, e menores quando o regime for privado. Muito especialmente na prestação dos serviços em regime privado, as intervenções deverão observar o princípio constitucional da proporcionalidade, no seu tríptico aspecto de adequação, necessidade e proporcional

idade em senso estrito<sup>37</sup>, daí resultando que o Poder Público, dentre as medidas interventivas possíveis, deverá sempre eleger a mais branda (Lei nº 9.472/97, art.128, caput, e incisos I, III a V), o que significa dizer a que menos interfira na liberdade de concorrência e de fixação de preços.

As sanções administrativas aplicáveis ao prestador do serviço em regime privado podem consistir em advertência, multa, suspensão temporária e caducidade (Lei nº 9.472, art. 173). No tocante a esta última, prescreve a Lei que no caso de “prática de infrações graves, de transferência irregular da autorização ou de descumprimento reiterado de compromissos assumidos, a Agência poderá extinguir a autorização, decretando-lhe a caducidade” (art.140). Por outro lado, mesmo sem culpa do prestador do serviço, a autorização poderá ser extinta, por cassação, “quando houver perda das condições indispensáveis à expedição ou manutenção da autorização” (art. 139) ou por decaimento, quando, “em face das razões de excepcional relevância pública, as normas vierem a vedar o tipo de atividade objeto da autorização ou a suprimir a exploração no regime privado” (art. 141).

29. O variado instrumental normativo, regulador, sancionatório e interventivo de que dispõe a agência relativamente aos serviços de telecomunicação delegados, pela União mediante autorização, para serem exercidos em regime privado, bem evidencia que o regime jurídico que disciplina a prestação daqueles serviços é, na verdade, um regime jurídico especial.

Utilizando distinção feita por Ruy Cirne Lima<sup>38</sup>, pode dizer que esse regime, *quoad extra*, no tocante às relações estabelecidas com os usuários, é predominantemente de direito privado, mas *quoad intra*, no concernente às relações entre o delegante e o delegado, é de direito público, sendo, assim, de qualquer modo, visualizado o regime em seu conjunto, exorbitante do direito comum, o que bastará para qualificá-lo como especial, ou como de Direito Privado Administrativo, como preferimos dizer.

Parece-nos, pois, que o serviço de telecomunicações prestado em regime privado, por várias empresas concorrentes, com liberdade para fixação de preços, não deixa, só por isso, de ser serviço público, uma vez que é de interesse geral, prestado mediante delegação do Poder Público e sujeito a regime jurídico especial. Reúne, em consequência, os requisitos que integram o conceito de serviço público. É dispensável dizer que, em se tratando de serviços prestados em regime público, mesmo quando há competição ou concorrência entre os prestadores, o vínculo orgânico com o Estado é ainda mais saliente, assim como a natureza pública do regime jurídico a que estão submetidos.

30. Tem sido alegado entretanto, que o conceito de autorização, usado na legislação ordinária, principalmente na Lei Geral das Telecomunicações, seria inconciliável com a Constituição, pois não seria autorização, que é ato discricionário, e sim licen-

37 Sobre o princípio da proporcionalidade, veja-se, na literatura nacional, sobretudo, Paulo Bonavides, Curso de Direito Constitucional, São Paulo, Malheiros, 1993, pp.314 e ss. e Humberto Bergman Ávila, A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade, RDA, 215/151-179.

38 Pareceres, Porto Alegre, Sulina, 1963, pp. 18 e ss

ça, que é ato vinculado, como assente na doutrina brasileira. A Constituição Federal deveria, assim ser interpretada em conformidade com a doutrina nacional de Direito Administrativo.

Já vimos, entretanto, que a Constituição Federal também emprega o termo “autorização” no parágrafo único do seu art. 170, ao assegurar “a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos salvo nos casos previstos em lei”. A lei, entretanto, deverá especificar as condições para a expedição da autorização, as quais, uma vez preenchidas, irão gerar para o interessado o direito subjetivo à obtenção da “autorização”, que aí, como ato vinculado, será, na verdade, licença.

Aliás, nos casos em que a atividade é, em princípio lícita, mas depende de um exame prévio da Administração Pública para que possa ser exercida, geralmente o ato administrativo que permite o desempenho da atividade tem a natureza de licença. É o que se dá, por exemplo, com a licença para construir. Não é diferente com a “autorização”, (rectius, licença) para exercer atividade econômica, do parágrafo único do art. 170. Isso vale até mesmo para aqueles casos em que atividade pode acarretar riscos para a coletividade, como ocorre com as instalações de obras ou atividades potencialmente poluidoras, as quais necessitam de licenças, referidas na Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981 (arts. 9, IV, e 10).

Em outras situações, a Constituição emprega a palavra “autorização” sem lhe definir desde logo o sentido, como sucede no art. 176 e seus parágrafos, ao tratar da pesquisa e lavra de recursos minerais e do aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica, limitando-se a prescrever que “a autorização de pesquisa será sempre por prazo determinado”. Ficou, portanto, ao legislador ordinário a tarefa de atribuir ao conceito de “autorização” contornos mais definidos, os quais tanto poderão caracterizá-la como ato discricionário, quanto como ato vinculado, e, pois, como licença.

A autorização, como ato administrativo de exercício de competência discricionária, tem adequação, sobretudo, àqueles casos em que há uma proibição genérica, a qual, entretanto, em situações especiais, a juízo da autoridade administrativa, poderá se levantada (p. ex., autorização para o porte de arma). Já se vê que a licença possui um significado prático muito maior do que a autorização.

Aliás, na compreensão que se tem hoje do Estado Democrático de Direito, em que os princípios jurídicos, como o da igualdade, o da razoabilidade, o da proporcionalidade, passaram a desempenhar papel de grande importância na definição dos direitos dos indivíduos e na identificação dos limites do poder do Estado, restringiu-se consideravelmente a competência discricionária da Administração Pública para edição de atos administrativos concessivos de vantagens e benefícios aos particulares, categoria a que pertencem as autorizações. Em face do princípio da igualdade, terá o Estado sempre de encontrar um fator ou critério razoável de discriminação que justifique ter atribuído a “A” o que negou a “B”.

Na delegação de serviços públicos, a exigência de prévia licitação para a concessão e a permissão satisfaz ao princípio isonômico. Mas o mesmo não se poderá dizer, pelo menos em muitas hipóteses, relativamente à autorização, concebida como ato de exercício de competência discricionária. O ato administrativo de delegação de serviço público, como ato vinculado, afasta a dificuldade, conformando-o com a regra constitucional da igualdade.

Estas considerações são suficientes para lembrar que se deve começar a interpretar a Constituição a partir da própria Constituição. Por certo, se a Constituição ao usar determinada expressão ou conceito o faz invariavelmente no sentido que lhe atribui a doutrina, ao qual não se contrapõem princípios contidos, expressa ou implicitamente na própria Constituição, poder-se-á daí tirar acertadamente a conclusão de que a Constituição incorporou ao seu texto conceito em sentido rigorosamente técnico-jurídico. Ocorre, porém, que nem todos os conceitos jurídicos são unívocos e aceitos indiscrepantemente na doutrina. Por outro lado, no ponto que nos interessa, parece ter ficado claro que a Constituição nem sempre emprega a palavra “autorização” como sinônimo de ato administrativo discricionário, concessivo de alguma vantagem, geralmente a título precário. Ou, com outras palavras, o conceito constitucional de “autorização” é mais amplo do que o corrente no direito administrativo nacional, compreendendo tanto atos discricionários, como atos vinculados, que a doutrina chama de licença.

Seguindo essa linha de pensamento, chega-se a perceber que a autorização para, prestar serviço público de telecomunicações em regime privado, com a natureza de ato vinculado, como prevista na legislação ordinária, está em perfeita harmonia com a Constituição, não só no que tange às disposições do inciso XI, do art. 21, como também com o princípio da igualdade.

31. Não se deve, entretanto, confundir a “autorização”, ato de delegação de serviço público, com a “autorização” de certas atividades que, embora possam ter a aparência de serviço público, não implicam satisfação de interesses gerais ou coletivos (e, por isto mesmo não é serviço público), mas visam a atender, exclusiva ou principalmente, interesses privados. Está nesse caso, por exemplo, o serviço de transporte coletivo de passageiros, mantido por uma fábrica, destinado exclusivamente ao transporte de seus empregados para o seu local de trabalho, ainda que prestado com regularidade, hipótese que se subsume na norma do art. 2º, § 3º, III, da Lei n. 9.074/

95. Não sendo serviço público, a autorização que é exigida para esse tipo de transporte não implica, é claro, delegação de serviço público, mas constitui providência administrativa cujo significado principal parece ser o de cooperar com a fiscalização dos transportes públicos, facilitando a distinção entre o que é feito regularmente e o que é prestado em caráter clandestino.

32. A Lei nº 10.233, de 05.06.01, que dispõe sobre a reestruturação do transporte aquaviário e terrestre, no art. 12, III, “a” e “b”, declara que a autorização é necessária para “transporte rodoviário de passageiros sob regime de afretamento” e para “a cons-

trução e operação de terminais portuários privativos”.

O art. 43 aponta como características da autorização não depender de licitação (inciso I), ser exercida “em liberdade de preços dos serviços, tarifas e fretes e em ambiente de aberta e livre competição” (inciso II) e não ter “prazo de vigência ou termo final, extinguindo-se pela sua plena eficácia, por renúncia, anulação ou cassação” (inciso III). Diz o art. 44 que a autorização “será disciplinada em regulamento próprio pela agência e será outorgada mediante termo que indicará”, entre outras coisas, “as condições para sua adequação às finalidades de atendimento ao interesse público, à segurança das populações e à preservação do meio ambiente”, (inciso II), bem como “as condições para cassação ou anulação” (inciso III).

A hipótese de transporte rodoviário de passageiros em regime de afretamento diz respeito a serviço que, muito embora seja geralmente aberto ao público em geral, não visa a satisfazer a um interesse coletivo idêntico ou semelhante ao que é satisfeito pelas linhas regulares de transporte coletivo urbano, intermunicipal ou interestadual, os quais são essenciais. O transporte de passageiros em regime de afretamento tem similitude é com o que é realizado por operadores turísticos no exercício dessa atividade (Lei nº 9.074, art. 2º, § 3º, II). De ambos não se pode exigir a regularidade e a continuidade, que integram o conceito de serviço adequado (CF, art. 175, parágrafo único, III e Lei nº 8.987/95, art. 6º, § 1º), pois muitas vezes são ou podem ser afetados por conjunturas sazonais.

Não se desqualificam, entretanto, como serviço público, pois (a) apresentam vínculo orgânico com o Poder Público, expresso na autorização como ato de delegação dos serviços, (b) são de interesse público, ainda que este tenha cor mais fraca do que aparece em outras hipóteses de transporte coletivo de passageiros (c) sujeitam-se a regime especial, de Direito Privado Administrativo.

33. No tocante à autorização para construção e exploração de terminais portuários privativos, em regime de livre concorrência, é oportuno registrar que a matéria já estava regulada pela lei nº 8.630/93, especialmente pelo art. 6º, que tem este enunciado: “Para o fim do disposto no inciso II do art. 4º desta lei, considera-se autorização a delegação, por ato unilateral, feita pela União a pessoa jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho”. Trata-se, pois de ato vinculado, pois toda a pessoa jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, terá direito subjetivo a obter a autorização. A Lei nº 10.233/01, no art. 43, não alude aos requisitos para a obtenção da autorização, restringindo-se a explicitar que “I - independe de licitação; II - é exercida em liberdade de preços dos serviços, tarifas e fretes, e em ambiente de aberta e livre competição; III - não prevê prazo de vigência ou termo final, extinguindo-se pela sua plena eficácia, por renúncia, anulação ou cassação”.

Tudo indica, portanto, que subsistem os requisitos estabelecidos pela legislação anterior.

## VI. Conclusão: serviço público “à brasileira”?

34. O esforço realizado pelo legislador ordinário brasileiro, no sentido de modernizar a estrutura dos serviços públicos, adaptando-a às novas exigências econômicas e tecnológicas, na execução de um vasto programa de reforma do Estado, deu causa a inúmeros problemas jurídicos em razão da sede constitucional do conceito de serviço público e das várias referências feitas na Constituição Federal a essa expressão.

Normas constitucionais impedem, portanto, que se adote em nosso país um conceito de serviço público sem vínculo orgânico com o Estado, como procedeu a Lei Espanhola de Telecomunicações ao realizar, no seu art. 2º, a *despublicatio* daqueles serviços. Na Espanha eles permaneceram públicos apenas por um critério finalístico, material ou objetivo, por visarem a satisfação de interesses coletivos ou públicos, mas sem qualquer vinculação orgânica com o Estado. São serviços que os particulares executam por iniciativa própria e sem delegação do Estado, muito embora dependam de autorização estatal e estejam subordinados ao poder regulador do Estado, numa situação jurídica que, se não é idêntica, é muito parecida, com a existente nos Estados Unidos, à sombra da noção de *public utilities*.

Também na França, e em países que sofreram a influência do conceito francês de serviços públicos, como Itália, Grécia e Portugal, inexistente um conceito constitucional de serviços públicos, embora haja alusões a serviços públicos nas respectivas Constituições. A noção, nesses países, foi muito mais trabalhada pela jurisprudência e pela doutrina, as quais, assim como a legislação, não têm os pesados condicionamentos constitucionais existentes no Brasil.

É certo que, na França, a idéia de serviço público é algo firmemente engravado na sua história cultural e jurídica, de forma muito mais sólida e consistente do que ocorre no Brasil. Contudo, as dificuldades de compatibilização das exigências comunitárias de livre concorrência com as normas nacionais francesas pertinentes aos serviços públicos, são muito menores com as que nos defrontamos no Brasil, na harmonização dos textos normativos infraconstitucionais com os preceitos constitucionais vigentes.

Pode-se dizer que o Brasil fez com o conceito de serviço público modelado pela doutrina francesa o que a França não fez: deu-lhe rigidez normativa ao fixá-lo na Constituição, atribuindo, por essa particularidade formal, um caráter brasileiro ao conceito.

Mesmo assim, da análise que fizemos da legislação brasileira relacionada com a reforma e a modernização dos serviços, é possível concluir que ela não afronta os princípios constitucionais. O Estado mantém, em todas as situações, a titularidade do serviço e se apresenta sempre investido de amplo instrumental normativo e sancionatório, indispensável às atividades regulatórias, da competência das agências que, como autarquias, integram a Administração Pública.

Por outro lado, certas imposições, como a da obrigação de universalização de alguns serviços públicos, considerados absolutamente essenciais, revelam-se altamente

democráticas, pelo fim que perseguem de estabelecer maior coesão social e territorial. Entretanto, a par destes serviços essenciais e sujeitos à obrigação de universalização, que formam o que se poderia chamar “o núcleo duro” dos serviços públicos, são oferecidas outras modalidades, cujo leque cada dia se amplia pelo avanço tecnológico, sem aquelas obrigações, mas que atendem aos interesses e necessidades dos destinatários que, nestes casos, serão mais clientes do que usuários.

De qualquer maneira, ainda que prestados em regime privado, e situados em ambiente de competição e concorrência, mas num mercado constantemente vigiado pelo Estado, os serviços por este delegado a particulares mediante concessão, permissão e autorização, continuam sendo, em quaisquer hipóteses, serviços públicos, devendo ser assim considerados para todos os efeitos, inclusive, portanto, para o da responsabilidade extra-contratual de que trata o § 6º do art. 37 da Constituição Federal<sup>39</sup>.

Recomenda-se, porém, atenção constante para que os atos de delegação de serviços públicos, especialmente quando assumem a forma de autorização, respeitem o princípio da igualdade.

35. Em síntese final, penso que há, no Brasil, no que diz respeito aos serviços públicos, razoável equilíbrio entre o poder do Estado e as forças do mercado, compondo estável compromisso entre conceitos antigos e novas realidades econômicas e tecnológicas. Aqueles, em contato com estas, acabam sendo entendidos de forma diversa como o eram no passado, e rejuvenescem, ganham outra dimensão e se ajustam às novas circunstâncias, pelo trabalho da interpretação jurídica, sem contudo romper o vínculo com a tradição e perder sua identidade na servil imitação de outros sistemas jurídicos.

De certo modo foi isto o que aconteceu com o “service public à française”, ao confrontar-se com as exigências liberais da União Européia. E, apesar da solenidade que lhe empresta o nosso texto constitucional, não será isto que também está ocorrendo com o “serviço público à brasileira”, em tempos de pós-privatização?

---

39 O § 6º do art. 37 tem esta redação: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público responderão pelo danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. Trata-se de responsabilidade objetiva, conforme entendimento uniforme da doutrina e da Jurisprudência brasileira.



## **AUTORIDADE PÚBLICA E MANDADO DE SEGURANÇA**

### **I**

1. Instituído pela Constituição Federal de 1934, o mandado de segurança completou sessenta anos. Nesse período de pouco mais de meio século modificações profundas ocorreram na estrutura da Administração Pública nacional, com a intensificação do processo de descentralização, no qual formas de direito privado foram largamente adotadas. A proliferação das sociedades de economia mista, das empresas públicas e das fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público fez com que parte expressiva da atividade administrativa do Estado passasse a ser exercitada por essas entidades. A nova realidade assim gerada deu causa a que se questionasse o conceito de autoridade pública, contra cujos atos ou omissões ilegais se endereça o mandado de segurança, desde que violadores de direito líquido e certo. Pretende-se examinar, neste trabalho, dois aspectos do instituto do mandado de segurança relacionados com o conceito de autoridade pública. O primeiro prende-se ao direito material, cuidando-se de precisar o que hoje, no estágio atual da experiência brasileira, deverá entender-se por autoridade pública, para fins de mandado de segurança (II). O outro relaciona-se com o direito formal: cogita-se de definir quem é parte no mandado de segurança, tirando-se daí todas as conseqüências no campo processual (III). A resposta que se der a essas indagações poderá ampliar ou restringir, consideravelmente, a importância do mandado de segurança no nosso sistema jurídico.

Em muitas hipóteses, dependendo da solução escolhida, ele poderá tornar-se

menos útil do que os procedimentos ordinários ou cautelares, previstos no Código de Processo Civil. As conclusões a que chegamos (IV) conduzem, todas, à reafirmação e ao revigoramento do mandado de segurança. dentro do conceito de Estado de Direito, como a ação constitucional por excelência, ao lado do habeas corpus, para a proteção dos direitos subjetivos violados ou ameaçados de lesão pela conduta ilegal ou abusiva de agentes e órgãos do Poder Público, quando atuem ou devam atuar sob regime de direito público, sendo irrelevante a natureza de direito privado das entidades a que se liguem. Dizemos reafirmação e revigoramento do instituto porque jurisprudência dominante reitera, mesmo sob a Constituição Federal em vigor, posições que, sob alguns aspectos, levam à diminuição do mandado de segurança como meio prático endereçado à eficaz garantia dos direitos individuais frente aos atos do Estado, quando estes desbordem dos marcos que lhe são legalmente fixados.

## II

2. A Constituição Federal de 1988, no seu art. 5º, LXIX, ao definir os traços institucionais do mandado de segurança, declara que ele será concedido “para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.

Os antecedentes históricos do mandado de segurança mostram que após algumas hesitações iniciais a respeito de que atos ou omissões seriam por ele impugnáveis, acabou por prevalecer o entendimento, quando da elaboração da Constituição de 1934, que deveriam ser os de “qualquer autoridade”, como afinal constou do art. 113, no 33, daquela Constituição<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Ao tempo da Constituição de 1891, a Lei nº 221, de 1894 criou uma ação especial para a invalidação dos atos da administração lesivos de direitos individuais. Tal ação, entretanto, teve escassa importância na defesa dos direitos individuais contra atos do Poder Público. Como é bem conhecido, nesse período o habeas corpus e as ações possessórias é que desempenham a função de proteger os particulares contra os atos ilegais ou abusivos praticados pelos agentes do Estado. A descaracterização do habeas corpus como ação endereçada exclusivamente a atacar qualquer cerceamento da liberdade individual pelo Poder Público, para ampliá-la, de modo a transformá-la igualmente em instrumento de proteção de direitos de outra natureza, especialmente os patrimoniais, e a aceitação de que a posse poderia ter como objeto também bens incorpóreos, como os direitos, foram as vias então encontradas para estabelecer um razoável sistema de defesa dos indivíduos com relação às providências ilegais do Estado. Contudo, já em 1914, no seu livro *A Organização Nacional*, Alberto Torres propunha a criação de um “mandado de garantia”, para proteger direitos “lesados por atos do Poder público, ou de particulares, para os quais não haja outro recurso especial” (Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1914, p. 367). A reforma constitucional de 1926 reconduziu o habeas corpus aos seus limites clássicos, deixando um vácuo que o deputado Gudestev Pires tratou logo de preencher, ao apresentar no Congresso Nacional o projeto nº 148, de 1926, que instituiu o “mandado de proteção” e o “mandado de restauração”, contra lesão ou ameaça de lesão de direito pessoal líquido e certo por “atos de autoridades administrativas da União”. No substitutivo apresentado pela Comissão de Justiça da Câmara dos Deputados o art. 1º ampliava o âmbito dos mandados, para dirigi-los contra “ato ou decisão de autoridade administrativa”, não mais restritos, portanto, aos atos de autoridades administrativas da União. Quando das discussões que antecederam a Constituição de 1934 e que se iniciam com o anteprojeto da chamada Comissão do Itamaraty, João Mangabeira introduziu nesse anteprojeto norma instituindo o mandado de segurança para amparar “direito incontestável ameaçado ou violado por ato manifestamente ilegal do Poder Executivo”. A limitação que aí se estabelecia, restringindo o mandado de segurança a combater apenas atos ilegais do Poder Executivo, deu margem a inúmeras controvérsias, pretendendo alguns que a nova ação pudesse atingir atos de particulares e outros que abrangesse também atos inconstitucionais do Poder Legislativo. “Ato do Poder Público”, “ato de autoridade pública”, “ato de qualquer autoridade ou do poder público” foram outras fórmulas sugeridas em diferentes

Na metade da década de trinta não havia ainda qualquer dificuldade em precisar quem era autoridade pública. Assim considerados eram os agentes das pessoas jurídicas de direito público, das distintas órbitas da federação. Não se iniciara, então, o processo de “fuga para o direito privado”<sup>2</sup>, com a criação de sociedades de economia mista e de empresas públicas, bem como a adoção, com frequência crescente, de formas e instituições do direito privado para a realização de fins imediatamente públicos.

Pode-se dizer que a descentralização administrativa não ultrapassava, então, as fronteiras do direito público, vivendo o Brasil a fase da autarquia. Depois do segundo grande conflito mundial o panorama se altera substancialmente no Brasil, passando o Poder Público a recorrer amiudadamente às sociedades de economia mista e empresas públicas, geralmente para o desempenho de serviços públicos (os chamados serviços públicos de natureza industrial ou comercial), como, por exemplo, os de telefone, de energia elétrica, de gás, de água, etc., mas também para a pura exploração de atividade econômica, em regime de competição com as empresas do setor privado.

Mais recentemente, as fundações de direito privado, instituídas e mantidas pelo Poder Público, tiveram seu número notavelmente aumentado, nas diferentes órbitas da Federação. Nessa fase, autoridade pública era ainda todo aquele que estivesse na posição de órgão de pessoa jurídica de direito público, vale dizer, da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios, dos Municípios e das autarquias. Contra os atos e omissões ilegais desses agentes, violadores de direito líquido e certo, ou que contivessem ameaça de violação, cabia mandado de segurança. Mas não só. Também era utilizável o mandado de segurança contra os comportamentos ilegais de quem quer que estivesse no exercício de atribuições do Poder Público, quando houvesse lesão ou ameaça de lesão a direito subjetivo.

Ao admitir-se o mandado de segurança contra atos de autoridade pública ou de pessoa que esteja no desempenho de serviço público (ou de atribuições do Poder Público, o que é praticamente a mesma coisa) receberam-se no direito brasileiro, pelo menos nas suas grandes linhas, os critérios historicamente conhecidos pelo direito francês não só para qualificar certos atos jurídicos como atos administrativos, mas sobretudo para

---

emendas, até firmar-se a expressão “ato de qualquer autoridade”, consignada pela primeira vez em emenda apresentada por Maurício Cardoso e Adroaldo Mesquita da Costa e incorporada, após, ao texto constitucional (Sobre a história do mandado de segurança, por todos, Themistocles Brandão Cavalcanti, *Do Mandado de Segurança*, Rio de Janeiro, 1936, Freitas Bastos, p. 239 e segs.).

2 A expressão “fuga para o direito privado” (*Die Flucht in das Privatrecht*) é de Fritz Fleiner (*Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen, 1928, 8ª ed., J. C. B. Mohr, p. 326) e ganhou notoriedade e aceitação no direito alemão (veja-se, recentemente, Heiko Faber, *Verwaltungsrecht*, 1992, J. C. B. Mohr, Tübingen, p. 326). Na Europa o fenômeno adquire significação logo após a primeira grande guerra, como se infere da observação de Fleiner. No Brasil, entretanto, pode-se dizer que só depois da segunda grande guerra é que as sociedades de economia mista e as empresas públicas passam a ser comumente utilizadas, ao lado das autarquias, como formas de descentralização administrativa, que o Decreto-lei nº 200 de 25.02.67 viria a designar como “administração indireta”. As críticas e protestos da doutrina contra essa designação não impediram sua recepção nos textos constitucionais de 1969 e 1988. Quanto às fundações de direito privado instituídas e mantidas pelo Poder Público, embora elas fossem muito antigas no direito brasileiro (Clóvis Bevilacqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, Comentado, Rio de Janeiro, Rio, 1976, p. 241, Miguel Reale, *Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Forense, 1969, p. 17 e segs.), só mais recentemente é que elas passaram a exercer um papel de relevo na chamada administração indireta, ao lado das sociedades de economia mista e das empresas públicas.

determinar a competência da jurisdição administrativa e da jurisdição comum para apreciar atos do Poder Público, ou, finalmente, para distinguir-se entre atos de direito privado e de direito público. Este ponto, pelas conseqüências que dele foram e podem ainda ser tiradas para o direito brasileiro, merece uma análise mais pormenorizada.

2. É sabido que, no direito francês, a primeira grande distinção que se estabelece a respeito dos atos do Poder Público é entre atos de autoridade e atos de gestão. Aqueles, os atos de autoridade, são os que o Estado pratica como *persona potentior*, investido de prerrogativas e poderes que só ele detêm e que os indivíduos, os administrados, não possuem. Só o Estado pode desapropriar, instituir, lançar e arrecadar impostos, encarregar-se do processo civil e penal, estabelecer e impor limitações e multas administrativas. Quando o Estado procede dessa maneira, e o faz no desempenho da função administrativa, realiza atos de autoridade, que são todos atos administrativos e, pois, atos de direito público. Por outro lado, desde o direito romano admite-se que o Estado sujeite-se ao direito privado, estabelecendo vínculos jurídicos em condições de igualdade com as demais pessoas, ao gerir o seu patrimônio como qualquer particular<sup>3</sup>. Esses são os denominados atos de gestão, atos jurídicos de direito privado celebrados pelo Poder Público. Eisenmann resume, nos seguintes termos, essa idéia: “Diz-se que a administração está sujeita ao direito público quando pratica atos de autoridade; está sujeita ao direito privado por seus outros atos, batizados de atos de gestão”<sup>4</sup>. O discrimine era de importância manifesta para determinar a competência dos órgãos jurisdicionais, tendo em vista principalmente que a Lei de 24 de maio de 1872, no seu art. 8º, conferia ao Conselho de Estado a competência para apreciar os recursos por excesso de poder interpostos contra “os atos das diversas autoridades administrativas”. Cabe observar, a esta altura, que o momento político, econômico e cultural era fortemente influenciado pelas concepções liberais. Segundo elas, só em situações absolutamente excepcionais seria de aceitar-se a sujeição do Estado a regime jurídico especial, de direito público e, pois, distinto do regime vigente para os indivíduos em geral. Tais situações excepcionais seriam exclusivamente aquelas em que o Estado exercesse, efetivamente, poder público ou autoridade pública, ficando todas as demais subordinadas ao direito privado<sup>5</sup>.

3 É sabido que no direito alemão, chegou-se a desenvolver e consolidar a noção da dupla personalidade do Estado. Ao tempo do Estado Absoluto ou do regime de polícia, a rigor o direito era apenas o direito privado. Assim, o Estado que era atingido pelo direito, ou que a ele se submetia, era apenas o fisco -a caixa especial, o tesouro peculiar do monarca e do príncipe, mas não, como observa Otto Mayer, “o Estado propriamente dito, a associação política, a pessoa jurídica de direito público”. E prossegue: “Quando o Estado age como o particular poderia fazê-lo, quando compra, vende, empresta ou toma de empréstimo, recebe ou faz doações, então não nos parece difícil submetê-lo às regras de direito civil; ele não ordena, apenas mostra o lado dos seus interesses pecuniários, como dizemos, e, por isto, se submete ao direito civil. Mas se, verdadeiramente, põe-se a comandar e a exercer o poder público, então não se trata mais de aplicar o direito civil” (Le Droit Administratif Allemand, Paris, Giard & E. Briere, 1903, vol. I, p. 55 e segs.; Deutsches Verwaltungsrecht, Berlin, Duncker & Humblot, 1924, 3ª ed, 1924 e 1969, vol. I, p. 41 e segs.). Por caminhos diferentes, o direito francês e o alemão chegaram, porém, a um ponto comum: só o Estado que é regido pelo Direito Público pratica atos de autoridade. Veja-se, abaixo, nota 16.

4 Cours de Droit Administratif, Faculté de Droit de Paris, Diplôme d'Etudes Supérieures de Droit Public, 1952-1953, p. 70 e segs., apud Paul Sabourin, Recherches Sur La Notion d'Autorité Administrative en Droit Français, Paris, L.G.D.J., 1966, p.65.

5 Sobre isto, bem como sobre toda a evolução do conceito de autoridade pública no direito francês que aqui retraçamos seguindo-lhe os passos, Paul Sabourin, op. cit., p.66.

A transformação do Estado liberal em Estado social, que começa a processar-se a partir da segunda metade do século passado, iria abalar profundamente essa distinção, ao desenvolver rápida e consideravelmente o que a doutrina alemã chama de “administração prestadora de benefícios” (Leistungsverwaltung). No Estado liberal clássico, embora fosse pequeno o tamanho do Estado, este agia preponderantemente por meios coercitivos (administração coercitiva, Eingriffsverwaltung), o que equivale dizer por atos de autoridade, que já dissemos, são sempre atos administrativos. A interferência do Estado no campo econômico e no social, não para impor ou exigir, mas para distribuir vantagens ou benefícios, ou para exercer papel de árbitro, eliminando as desigualdades e procurando estabelecer o equilíbrio entre as forças em confronto dentro da sociedade, acabou por criar um imenso elenco de novos serviços público em que a nota autoritária e coercitiva do Estado, quando não desaparecia de todo, pelo menos ficava grandemente empalidecida. Nesse quadro, tornava-se difícil caracterizar o agente do Estado, distribuidor de benefícios, como autoridade pública e, conseqüentemente, seus atos como atos de autoridade. Não é outra a razão pela qual a doutrina e jurisprudência francesa fixaram a orientação, prevalecente em quase todo XIX, cujas linhas principais foram assim expressas por Berthélémy: “Ato de autoridade é aquele pelo qual a Administração ordena ou proíbe alguma coisa. Ato de gestão é o que os administradores realizam, seja em proveito do patrimônio privado (do Estado), seja para o funcionamento dos serviços públicos, nas condições em que os particulares agem na gestão de seus próprios negócios”. Ou ainda mais claramente:

“Os atos de gestão são aqueles praticados pela administração como representante legal das pessoas administrativas, seja em proveito do domínio privado, seja pelos serviços públicos de que se incumbem”<sup>6</sup>.

Nas últimas décadas do século passado, notadamente desde o arrêt Blanco, de 1873, inicia-se o processo que resultaria em atribuir ao conceito de serviço público a posição de conceito fundamental e dominante do direito administrativo francês. Para isto muito contribuiu a chamada escola do serviço público, liderada por Duguit, Bonnard, Jeze e Rolland. O triunfo da noção de serviço público fez com que a distinção entre atos de autoridade e atos de gestão entrasse em franco declínio. Não será necessário dizer que a adoção do conceito de serviço público como critério principal para definir a competência da jurisdição administrativa, implicou considerável alargamento do campo de aplicação do Direito Administrativo, que assim ganhou terreno ao Direito Privado. Estendeu-se, também, o conceito de ato administrativo, nele inserindo-se as providências da Administração Pública quando no desempenho de serviços públicos, antes consideradas, como se viu, atos de gestão. Ampliaram-se, igualmente, por via de conseqüência, as situações em que os particulares poderiam defender seus interesses frente ao Estado pela via dos recursos utilizáveis na jurisdição administrativa, dentre os quais, pela sua importância, sobressai o recurso por excesso de poder,

6 *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 12ª ed., 1930, p. 25 e segs., apud Paul Sabourin, op. cit. p. 69 e 70.

aliás um dos modelos sobre os quais se formou o instituto do mandado de segurança. Mudava-se também, desse modo, o critério para distinguir entre Direito Público e Direito Privado. O rígido contraste entre atos de autoridade e atos de gestão confinava o campo do Direito público à área em que o Estado se manifestava pela *puissance publique*. Eram valorizados, nesse contexto, para a fixação do lindes do Direito Público, exclusivamente os meios utilizados pelo Estado e não propriamente os fins por ele perseguidos, como agudamente observou Hauriou<sup>7</sup>. O conceito de serviço público, erigido à condição de critério dominante para traçar-se a *summa divisio* do Direito, inverteu esse estado de coisas, pois implicou que os fins buscados pelo Estado se tornassem tão ou mais importantes do que os meios por ele empregados. Na verdade, se os atos praticados pela administração estivessem estritamente vinculados aos fins do Estado (que coincidem, em última análise, com a realização de tarefas de interesse geral, como são os serviços públicos), seriam eles atos administrativos, o que vale dizer, atos jurídicos de direito público, suscetíveis, portanto, de serem atacados perante a jurisdição administrativa, por meio do recurso por excesso de poder. A interpretação jurisprudencial, enriquecida pelas contribuições doutrinárias, acabou por dilatar a noção de autoridade pública - tal como consignada na Lei de 1872, e, posteriormente, pela *Ordonnance* de 31 de julho de 1945, sobre o Conselho de Estado - para fazer com que assim fossem considerados os agentes de órgãos e entidades da administração pública, ou a ela vinculados, mesmo com personalidade jurídica de direito privado, mas desde que estejam investidos de uma missão de serviço público e dotados de prerrogativas de poder público<sup>8</sup>. Contudo, ainda nessas circunstâncias, os atos unilaterais de tais entidades, quando concernentes a relações de direito privado, não se qualificam como atos administrativos<sup>9</sup>.

Desse modo, os atos pertinentes ao funcionamento interno da entidade e sem relação direta com o serviço público constituem atos de direito privado<sup>10</sup>. A lei pode, entretanto, estabelecer exceções. Exemplo disto é a lei de 3 de janeiro de 1973, relativa ao banco da França, que atribui competência à jurisdição administrativa para conhecer dos litígios com os empregados.

Concluem Vedel e Delvolvé que isso implica que os agentes do Banco da França estão submetidos ao direito público, enquanto que o próprio Banco, apesar das peculiaridades do seu estatuto e de suas funções, permanece uma pessoa jurídica de direito privado<sup>11</sup>.

Percebe-se, portanto, que a caracterização da autoridade administrativa, no direito francês contemporâneo, é feita por três critérios distintos:

(a) - pelo critério dos meios utilizados, quando o agente administrativo usa atribuições específicas do poder público, atuando no exercício de *puissance*

7 apud Paul Sabourin, op. cit. p. 47.

8 George Vedel & Pierre Delvolvé, *Droit Administratif*, Paris, Puf, 1992, vol. I, p. 239.

9 G. Vedel & P. Delvolvé, op. e vol. cits, p. 240.

10 G. Vedel & P. Delvolvé, op. cit., vol. II, p. 660.

11 op.cit., vol. II, p. 661.

## Autoridade Pública...

---

publique;

(b) - pelo critério dos fins perseguidos, quando o agente administrativo pratica atos estreitamente vinculados a serviço público ou desempenhando uma missão de serviço público;

(c) - pelo critério legal, quando a norma jurídica submete ao direito público atos da entidade, mesmo que, com relação aos demais, o regime seja de direito privado e a própria pessoa jurídica seja igualmente de direito privado.

Não será necessário dizer que o recurso ao critério dos meios (a) ou ao critério dos fins (c) só será necessário na falta de um critério legal explícito (c). Havendo este, tollitur quaestio, o ato será ato administrativo e a autoridade que o praticar será autoridade administrativa ou autoridade pública.

Veremos a seguir que o direito brasileiro, na configuração do conceito de autoridade pública, chegou a resultados muitos semelhantes aos do direito francês, apesar de a jurisprudência dominante, mesmo havendo norma de direito público que discipline determinados atos de entidades de direito privado da Administração Pública indireta, persista em afirmar, ilógica e incoerentemente, que esses atos são de gestão.

4. Conquanto a Constituição de 1934, no seu art. 113, no 33, não houvesse explicitado o que se deveria entender por ato de “qualquer autoridade”, a legislação ordinária posterior, pertinente ao mandado de segurança, cuidou de definir com mais exatidão quais os atos impugnáveis pela nova ação constitucional, traçando, assim, contornos mais nítidos ao conceito de autoridade pública. A lei nº 191, de 16 de janeiro de 1936, que por primeiro regulou o processo do mandado de segurança, depois de repetir, no caput do seu art. 1º, o enunciado no texto constitucional, explicitava no parágrafo único: “Consideram-se atos de autoridade os das entidades autárquicas e de pessoas naturais ou jurídicas, no desempenho de serviços públicos, em virtude de delegação ou de contrato exclusivo, ainda quando não transgridam o mesmo contrato”. Dava-se, dessa maneira, ao conceito de autoridade pública significado e extensão muito semelhantes, senão idênticos, aos fixados pelo direito francês. O Código de Processo Civil, de 1939, no seu art. 319, § 2º, manteve essa orientação, utilizando quase as mesmas palavras<sup>12</sup>. A Constituição de 1946, no seu art. 141, § 24, declarava caber mandado de segurança para proteger direito líquido e certo não amparado por habeas corpus, “seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder”. A Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, no art. 1º, caput, alude a “autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça”. No § 1º elucida: “Consideram-se autoridade para os efeitos desta lei os representantes ou órgãos dos Partidos Públicos e os representantes ou administradores das entidades autárquicas e das pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do poder público, somente no que entender com

---

<sup>12</sup> “Também se consideram atos de autoridade os de estabelecimentos públicos e de pessoas naturais ou jurídicas, no desempenho de serviços públicos, em virtude de delegação ou contrato exclusivo, ainda quando transgridam o contrato ou exorbitem da delegação”.

essas funções”. A Constituição de 1967, no art. 150, § 21, e a Emenda nº 1, de 1969, art. 153, § 21, mantiveram, quanto ao mandado de segurança, a mesma redação da Constituição de 1946.

5. Ao termo dessa evolução e dentro da moldura normativa do art. 5º, L XIX, da atual Constituição e da legislação ordinária em vigor, é de indagar-se o que se deverá entender, finalmente, por autoridade pública para efeito de mandado de segurança. A primeira observação a ser feita é a de que a norma da Constituição vigente, relativa ao mandado de segurança, distinguiu entre atos de autoridade pública e atos de agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. Vê-se, assim, no rigor do texto constitucional, que os agentes de pessoa jurídica, no exercício de atribuições do Poder Público, não são mais considerados como autoridade pública, como sempre foram tidos, desde a Lei nº 191, de 1936 até a Lei nº 1.533, de 1951, muito embora contra os seus atos ilegais, lesivos ou com ameaça de lesão a direito líquido certo, também caiba mandado de segurança, como sempre ocorreu. O discríme, entretanto, tem mais interesse lógico do que prático. De qualquer maneira, serve para sublinhar que somente autoridade pública realiza ou pratica ato administrativo, no sentido estrito da expressão. Autoridade pública, a seu turno, é todo órgão ou agente de pessoa jurídica de direito público, da administração direta e indireta, das diferentes órbitas da Federação, quando atua sob regime de direito público<sup>13</sup>.

Mas só essas considerações seriam suficientes para demarcar com exatidão a área compreendida pelo conceito de autoridade pública? Parece-me que não. Igualmente os órgãos ou agentes das entidades de direito privado da Administração Indireta, quando praticam atos regidos pelo direito público, são autoridade pública, para fins de mandado de segurança.

6. As entidades de direito privado da assim chamada Administração Pública Indireta raramente estão submetidas a regime puro de direito privado, como é reconhecido universalmente. Geralmente o seu regime jurídico é híbrido: sujeito, em parte e predominantemente, ao direito privado e, em parte, ao direito público. Entre nós, ainda ao tempo da Constituição de 1946, Ruy Cirne Lima expressou como felicidade a posição que inicialmente prevaleceu no direito brasileiro, ao dizer que as relações travadas com a pessoa jurídica matriz, portanto quoad intra, eram subordinadas ao direito público e que as relações com os administrados, ou seja, quoad extra, eram submetidas ao direito privado<sup>14</sup>. Esse entendimento foi reforçado pela regra do art. 170, § 2º da Emenda nº 1 de 1969, que sujeitava as sociedades de economia mista e as empresas públicas ao mesmo regime jurídico das empresas privadas, notadamente

<sup>13</sup>Os partidos políticos, no sistema da atual Constituição da República, deixaram de ser pessoas jurídicas de direito público, um. vez que adquirem “personalidade jurídica na forma da lei civil” (art. 17, § 2º). Creio estar revogado, nessa parte, o § 1º, do art. I, da Lei nº 1.533 de 1951. Contra os atos de órgãos dos partidos políticos não cabe mais, mandado de segurança, pois os partidos políticos, a par de não serem mais pessoas jurídicas de direito público, não exercem, de outra parte, função delegada do Poder Público.

<sup>14</sup> Pareceres, Porto Alegre, Sulina, 1963, p. 18 e segs.

## Autoridade Pública...

---

no que respeitava ao Direito do Trabalho e ao das Obrigações.

Os atos dos administradores e agentes dessas entidades não seriam, assim, atos de autoridade, passíveis de serem atacados por mandado de segurança. O recurso à ação constitucional só seria admissível contra atos de órgãos de tais pessoas jurídicas quando esses atos estivessem intimamente relacionados com a execução de atribuições públicas delegadas ou, numa fórmula mais simples, de serviços públicos. Fora desta hipótese, os atos seriam todos atos de gestão, para usar a velha classificação francesa, o que é o mesmo que qualificá-los como atos jurídicos de direito privado. Os conseqüências quer se extraíam dessas premissas eram, entre outros, os de que o acesso aos empregos dessas entidades prescindiam de processo público de seleção de candidatos, mediante concurso e que para a contratação que fizessem de compras, obras e serviços não era exigida licitação. As empresas privadas não realizam concurso para admitir seus empregados nem fazem preceder seus contratos de licitação. Não seria diferente para as empresas públicas e as sociedades de economia mista<sup>15</sup>. A fio de lógica jurídica chegava-se a essas conclusões, sem considerar que uma grande parte dos recursos públicos está hoje em mãos de entidades de direito privado da Administração Pública Indireta, as quais gerem e administram verbas orçamentárias vultuosíssimas. A utilização desses recursos

15 Hely Lopes Meirelles sustentou em vários pareceres, artigos e livros de doutrina, que a regra a que tais entidades estavam sujeitas era a de que "suas contratações são realizadas segundo o sistema da livre escolha", nada impedindo, entretanto, que adotassem, se assim achassem conveniente, "a licitação formal do Decreto-Lei 200/67 ou um procedimento seletivo simplificado, estabelecido em regulamento ou constante de cada instrumento convocatório, em conformidade com disposição estatutária ou deliberação de sua Diretoria" (A Licitação nas Entidades Paraestatais, RF 261/49 e RDA 132/32; Estudos e Pareceres de Direito Público, RT, São Paulo, 1981, v. III, p. 528-529). "A licitação só é obrigatória para as contratações das entidades públicas - estatais e autárquicas - mas pode ser realizada pelas pessoas de direito privado como são as entidades paraestatais - sociedades de economia mista, empresas públicas, fundações de interesse público, serviços sociais autônomos - desde que a lei especial o determine, ou conste de seus estatutos essa sujeição ou a diretoria da empresa assim o delibere" (Licitação e Contrato Administrativo, RT, São Paulo, 1973, p.11). Tal tese, que resultou triunfante em vários julgados dos nossos tribunais (Hely Lopes Meirelles, Estudos e Pareceres de Direito Público cit. p. 529) levou a que obras públicas de imenso valor fossem contratadas pela livre escolha dos dirigentes de sociedades de economia mista e de empresas públicas, guiados por critérios puramente subjetivos e sem prévia seleção, portanto, por procedimento licitatório. O escândalo provocado por algumas dessas contratações feitas sem a observância de qualquer padrões objetivos contribui, a par de sólidas razões doutrinárias, para gerar reação de prestigiosos doutrinadores do nosso Direito Administrativo, com Celso Antônio Bandeira de Mello à frente Para o mestre paulista, na vigência da Emenda Constitucional nº 1/69, as sociedades de economia mista e as empresas públicas "não podem se esquivar a um procedimento licitatório, salvo quando no exercício de atos tipicamente comerciais ligados ao desempenho imediato de atividade industrial ou comercial que, por lei, lhes incumba desenvolver como objeto das finalidades para que foram criadas. Com efeito: entende-se que uma siderúrgica estatal compre rotineiramente, mediante os procedimentos usuais no mercado, as partidas necessárias para alimentar sua produção e que por iguais processos venda seus produtos. Reversamente, se pretender equipar-se ou renovar seu equipamento produtor, deverá atender aos princípios da licitação". A razão da sujeição dessas entidades da Administração Indireta aos princípios licitatórios estava, como está ainda, no respeito ao princípio maior da igualdade perante o estado, ao princípio isonômico considerado o entendido da forma mais ampla possível. "Quem atua como instrumento do Estado" - observa o ilustre professor da PUC de São Paulo, "quem age na persecução de escopos assumidos por ele, quem pertence à administração indireta ou descentralizada, quem tem patrimônio formado total ou predominantemente pelo governo, não pode se eximir a tratar isonomicamente os administrados nem se subtrair aos procedimentos estabelecidos em ordem a buscar os negócios mais convenientes, decididos em um certame amplo e aberto." Mesmo porque, registra o mesmo autor, é oportuno recordar "que a parcela mais ponderável das obras e serviços públicos de monta se realiza por via dessa modalidade de pessoas governamentais. As grandes aquisições e contratos de obras públicas são realizadas precisamente por estas entidades. A admitir-se possam se esquivar às licitações, todo o mecanismo cautelar previsto para os contratos atinentes a empreendimentos deste jaez perderia seu principal objeto. Quer-se dizer: O Estado, graças ao concurso de sociedades mistas e empresas públicas, passaria ao largo das exigências de licitação a dizer, ficaria liberto de todo o mecanismo cautelar - concedido em vista de despesas maiores - precisamente no caso de numerosíssimos empreendimentos de vulto" (Licitação, RT, São Paulo, 1980, p. 9 e segs).

em compras, obras e serviços sem antes efetivar-se procedimento de escolha do outro contratante por critérios tanto quanto possível objetivos, como os da licitação, abria amplas portas a negócios escusos, em que interesses subalternos e até mesmo pessoais dos administradores eram privilegiados, em detrimento do interesse público. O que então não se percebia, no plano estritamente jurídico, é que toda a Administração Pública, seja ela Direta ou Indireta, quer se realize por pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado, está jungida ao princípio da igualdade. A igualdade, imposta pelo princípio constitucional não significa tão somente igualdade perante a lei ou na lei, ou ainda perante os serviços públicos, mas há de ser entendida, antes e sobretudo, como igualdade perante o Estado. A incidência do princípio da igualdade, nessas hipóteses e situações, tem o condão não apenas de afastar dessa área o direito privado, substituindo-o pelo direito público, como também o de transformar, obviamente, os atos jurídicos nesse campo praticados em atos administrativos, atos jurídicos de direito público, descaracterizando-os como meros atos de gestão, regidos pelo direito privado. Dito de outro modo, são eles atos de autoridade, para fins de mandado de segurança, pois não se pode aceitar, sem afronta à lógica e aos próprios fundamentos do Direito Administrativo, que atos jurídicos unilaterais, de direito público - atos administrativos, portanto - praticados por órgão de entidade da Administração Pública Indireta, não sejam atos de autoridade. O regime híbrido, tradicionalmente admitido como sendo próprio das entidades de direito privado da Administração Pública Indireta, tem, assim, sua parte de direito público acrescida pelos princípios constitucionais balizadores de toda a atividade administrativa, dentre os quais realça-se especialmente o da igualdade.

Creio que a Constituição de 1988 veio por fim às divergências que ainda subsistiam ao submeter toda a Administração Pública, “direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”, aos princípios enumerados no seu art. 37, entre os quais estão o de que “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos” e o de 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, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações” (inciso XXI).

Assim, como se não bastasse a referência genérica aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, feita no caput do art. 37, entendeu o legislador constituinte, ainda, de consignar expressamente a obrigatoriedade de realização de concurso público para investidura em cargos e empregos públicos, bem como de procedimento licitatório em todas as esferas do Poder Público. Neste particular, portanto, todas as entidades da Administração Pública, quer tenham personalidade jurídica de direito público ou de direito privado, ficaram submetidas ao Direito Público.

## Autoridade Pública...

---

É evidente, portanto, que os atos jurídicos que seus agentes praticarem, no iter do procedimento licitatório ou do concurso público, são atos de direito público, atos administrativos, atos de autoridade e não atos de gestão, que são sempre e necessariamente de direito privado.

As considerações até aqui desenvolvidas permitem concluir que, atualmente, autoridade pública, para efeitos de mandado de segurança, são (a) os agentes ou órgãos das pessoas jurídicas de direito público e (h) os das entidades de direito privado da Administração Indireta ou fundacional, para usar a linguagem da Constituição, em ambas as hipóteses quando atuem sob regime de direito público, praticando atos administrativos. As pessoas jurídicas de direito público atuam, normalmente, sob regime de direito público e só excepcionalmente sob regime jurídico de direito privado (por exemplo, quando celebram contrato de locação, como qualquer particular).

Quando assim procedem, sob regime de direito privado, os atos que realizam são de gestão e não de autoridade. Exatamente o inverso sucede com as entidades de direito privado da Administração Indireta. Os atos que praticam são, em larga medida, sujeitos a regime de direito privado e só em caráter de exceção são disciplinados pelo direito público. Enquadram-se nesta última hipótese os atos previstos em normas jurídicas de direito público, como sucede com os integrados em procedimentos licitatórios e de concurso público, bem como os diretamente vinculados a serviço público.

7. Conclui-se, portanto, que o elemento chave para a caracterização de autoridade pública para fins de mandado de segurança é o regime jurídico a que está sujeita a relação jurídica em que atue. Se esse regime for de direito público, o ato que praticar será de autoridade, se for de direito privado, o ato será de direito privado ou de gestão<sup>16</sup>.

É indubitável, pois, que a atual Constituição da República, ao estender suas normas às entidades de direito privado da Administração Indireta, ampliou notavelmente o campo de abrangência do mandado de segurança, transformando certos atos praticados pelos agentes e órgãos dessas entidades, de atos de gestão que eram, em atos de autoridade.

8. A jurisprudência, entretanto, tem resistido, mesmo sob a Constituição de 1988, em aceitar, que os atos praticados por agentes de entidades de direito privado da Administração Indireta em procedimentos licitatórios ou de concurso público -para ficar só nas hipóteses mais comuns de atos de órgãos dessas entidades regidos pelo direito público -sejam atos de autoridade e não atos de gestão, como predominantemente eram considerados anteriormente<sup>17</sup>. Parece ter ocorrido nessa matéria, como tantas

<sup>16</sup> Também no direito alemão "ato de autoridade" é considerado sinônimo de "ato de direito público", e mais especificamente, pela conotação de unilateralidade que possui, de "ato administrativo". A atividade da administração pública será "de autoridade" (hoheitliche), quando for regida pelo direito público ou, mais brevemente, for "de direito público" (öffentlich-rechtliche) (Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, München, C. H. Beck, 1982, p. 26; Ingo von Münch, in Erichsen/Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, Berlin; W. de Gruyter, 1986, p. 14 e segs.; Norbert Achterberg, Allgemeines Verwaltungsrecht, Heidelberg, C.F. Müller, 1982, p. 336; Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, München, C.H. Beck, 1993, p. 679 e segs.).

<sup>17</sup> Ainda ao tempo da Emenda Constitucional de 1969, é ilustrativo dessa orientação e acórdãos da 1ª Turma do TFR, AMS 108.891- SP, rel. Ministro Costa Leite.

vezes sucede, um efeito de inércia, que empurra o direito antigo para dentro do direito novo, num primeiro momento encobrando-o e suplantando-o.

Com o tempo, porém, começam a ser percebidas as distinções bem marcadas entre uma situação e outra.

As regras constitucionais que agora, explícita e indubitavelmente, incidem sobre os atos de agentes de entidades de direito privado da Administração Indireta qualificam-nos imediatamente como atos jurídicos de direito público. Essa circunstância - a de serem atos de direito público - impede terminantemente que sejam tidos e havidos como atos de gestão, pela simples e definitiva razão que os atos de gestão são sempre e invariavelmente atos de direito privado, aqui e em qualquer outro sistema jurídico.

Afirma-se que existem atos de gestão de direito público (ou, o que é o mesmo, disciplinados ou regidos pelo direito público) é uma contradição nos seus próprios termos e uma agressão à lógica tão estridente como dizer que o círculo é quadrado.

Na verdade, no regime anterior, quando determinado ato de entidade de direito privado da Administração Indireta era classificado como ato de gestão pretendia-se com isto significar que tal ato não estava vinculado diretamente a serviço público, pois só ato com essas características é que poderia ser atacado por mandado de segurança, uma vez que sua ligação com um serviço público o arrastava imediatamente para o campo do Direito Público. Sendo a entidade de direito privado e não ostentando o ato praticado por seus agentes estreita relação com um serviço público, ficava claro que a sua natureza era de ato jurídico de direito privado e, portanto, de ato de gestão. O reconhecimento da incidência do princípio da igualdade, em todas as suas variantes, sobre os atos das entidades de direito privado da Administração Indireta, primeiro na doutrina e, agora, por imposição da Constituição Federal, alterou completamente esse estado de coisas, como tive ocasião de mostrar.

Assim, os atos das entidades de Direito Privado da Administração Pública Indireta estão submetidos ao direito público em duas hipóteses: (a) quando sejam atos de autoridade, isto é, quando sejam atos regidos ou disciplinados diretamente por norma de direito público, muito embora não tenham ligação direta com o serviço público, e (b) quando estejam vinculados a serviço público. A primeira hipótese compreende atos que expressam atividade-meio, mas que, não obstante isto, sujeitam-se a regime jurídico especial, de direito público. Os exemplos mais comuns são os atos praticados nos procedimentos de concurso público ou de licitação pública. A segunda hipótese compreende os atos praticados no exercício de atribuições públicas delegadas, que são sempre atividades-fim. Conforme se verifique uma ou outra hipótese, diversa será o órgão do Poder Judiciário competente para examinar as eventuais controvérsias. Ilustremos isto com um exemplo, que se desdobra em duas situações.

Primeira: sociedade de economia mista estadual, concessionária de serviço público federal, ao realizar concurso público para contratação de empregados viola

direito subjetivo de um dos candidatos. A justiça competente para apreciar o mandado de segurança será a estadual. Segunda: a mesma sociedade de economia mista, no desempenho do serviço público federal, de que é concessionária, hostiliza direito subjetivo de usuário. A justiça competente para apreciar o mandado de segurança será a federal.

A manutenção da orientação jurisprudencial que vê nos atos praticados nos procedimentos licitatórios e de concursos públicos das entidades de direito privado da administração indireta simples atos de gestão, além de incidir no ilogismo antes verberado de aceitar a existência de atos de gestão de direito público, tem ainda o inconveniente de reduzir substancialmente a abrangência do mandado de segurança.

É notório que, hoje, imensas obras pública são realizadas por empresas públicas e sociedades de economia mista. A maior parte as barragens, para ficarmos num exemplo expressivo, são construídas por pessoas jurídicas que têm essa natureza. Se, contra os atos dos administradores dessas entidades, no procedimento licitatório, ficar excluída a possibilidade de impetração de mandado de segurança, é óbvio que se estará reduzindo a imponência do mandado de segurança como meio constitucional adequado para combater as ilegalidades e abusos do Poder Público que lesam ou ameaçam de lesão os direitos subjetivos públicos dos administrados. E nem se diga, como já tem sido asseverado em contraposição a esse argumento, que ao particular lesado estará sempre aberto o caminho da ação cautelar e da ação ordinária, para a proteção de seus interesses. A explicação não procede, por uma razão muito simples.

No mandado de segurança não há sucumbência do impetrante precisamente para que não seja criado obstáculo ou embaraço à utilização da ação constitucional, como garantia que se quer a mais ampla possível. O mesmo não ocorre, entretanto, nas ações cautelares e ordinárias. Ademais, na ação cautelar, responde o autor pelos prejuízos que causar na execução da liminar, nas hipóteses previstas no art. 811 do

Código de Processo Civil. Assim, vencido o autor em cautelar em que pleiteou e obteve liminar determinando a sustação da assinatura do contrato de obra pública com licitante que considerava indevidamente classificada em primeiro lugar, estará obrigado indenizar os prejuízos, frequentemente vultosíssimos, relacionados com o atraso do início da construção. Será, em suma, penalizado pela utilização de legítimos meios processuais de defesa de seus direitos perante o Estado, o que, no mandado de segurança, não se verificaria. Tem-se, dito e escrito, a esse propósito, que tal tipo de raciocínio não é científico e nem jurídico. Não me parece que sejam assim. O mandado de segurança foi concebido como o mais amplo, direto, pronto e expedito meio de fazer valer os direitos subjetivos públicos dos indivíduos, quando atropelados ou ameaçados de lesão por autoridade pública ou por pessoa jurídica investida de atribuições do Poder Público. Como instituto de direito constitucional que é e com a natureza que tem de garantia fundamental, há de ser interpretado segundo os cânones exegéticos que comandam a inteligência e interpretação das mais altas normas existentes no ordenamento jurídico nacional.

Quer pela interpretação sistemática da Constituição, quer pela interpretação teleológica, que coincide com a que a moderna doutrina americana tem chamado de *responsive interpretation* - reconhecidamente os mais eminentes e prestigiados métodos de interpretação - a conclusão a que se chega é a mesma.

Na verdade, não teria sentido, dentro do sistema da Constituição de 1988, que à sujeição das entidades de direito privado da Administração Indireta aos princípios discriminados expressamente no art. 37, não tivesse contrapartida - quando esses mesmos princípios fossem violados e a violação implicasse lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo dos indivíduos - na possibilidade de utilização do mandado de segurança, como instrumento por excelência para obter-se, a um só tempo, a recomposição da fratura causada à ordem constitucional e a preservação do direito individual.

Percebe-se que, de outro modo, sistema constitucional seria extremamente falho, imperfeito, desequilibrado e assimétrico.

Teria avançado ao submeter as entidades de direito privado de que o Estado se serve para a consecução dos seus objetivos aos grandes princípios a que deve ater-se a Administração Pública em geral e, ao mesmo tempo, revelaria inexplicável timidez ao fechar a via do mandado de segurança a quem tivesse direito subjetivo hostilizado ou ameaçado por ato ou omissão que contrariasse aqueles mesmos princípios.

A Constituição há de ser vista e entendida como uma unidade harmônica, devendo sua interpretação contribuir para a mais completa realização possível dessa unidade, de sorte que as diferentes partes se esclareçam e iluminem reciprocamente, a fim de que os contrastes, as aparentes incongruências, as dificuldades lógicas sejam aplainadas, superadas ou eliminadas em proveito do todo, encunando-se, assim, ao máximo, a distância que a separa da perfeição<sup>18</sup>.

Por outro lado, se visualizada a Constituição numa perspectiva finalista ou teleológica, há de responder e corresponder, como tem assinalado a mais recente doutrina norte-americana, ao “ethos nacional”, à “experiência do país”, ao “caráter fundamental” e ao “objetivos da nação”<sup>19</sup>. Sob este ângulo, a norma constitucional só pode ser compreendida “como função da sociedade no instante da aplicação do direito”<sup>20</sup>.

Ora, a negação da utilização do mais nobre e importante meio de proteção dos direitos individuais não amparados pelo *habeas corpus* contra o arbítrio e os abusos do Poder Público, quando este assume forma de direito privado, mas atua no campo do direito público, não estaria em consonância com o sentimento e a opinião geral da sociedade, que se identificam com as aspirações da nação. Nada justificaria, nesse contexto, que a Administração Pública, procedendo de idêntica maneira como se comportam

18 Alfred Katz, *Staatsrecht*, Heidelberg, C. F. Müller, 1992, p.49.

19 Robert Post, *Theories of Constitutional Interpretation in Law and the Order of Culture*, Berkeley, University of California Press, 1991, p. 13 e segs. Observa Post que a expressão “responsive interpretation” provém da noção estabelecida por Philippe Nonet e Philip Selznick de “responsive law”, ou seja a lei que funciona “as a facilitator of response to social needs and aspirations” (p 24 e p. 39, nota 63).

20 Katz, op. e p. cit.

suas entidades de direito público, tivesse seus atos imunes ao mandado de segurança. Que isso ocorra nas situações em que as entidades de direito privado da Administração Pública indireta agem sob normas de direito privado é perfeitamente compreensível. Mas é inaceitável a mesma solução nos casos em que essas mesmas entidades atuam sob regras de direito público. A extensão das regras de direito público a certos atos por elas praticados - o que resulta, em algumas hipóteses, de imposição constitucional - demonstra, por si só, a presença de interesse público particularmente denso e significativo. É evidente que se não houvesse tal interesse, não haveria porque sujeitar aqueles atos a regime jurídico especial, de direito público. Sendo idêntico o regime jurídico dos atos das entidades de direito público e o de certos atos das entidades de direito privado, idêntico deverá ser, também, o sistema de proteção e defesa dos direitos individuais em ambas as circunstâncias. Não se trata apenas de uma exigência lógica, como já se viu, mas de uma exigência também da sociedade, numa fase da vida nacional em que a efetiva realização dos princípios constitucionais, como o da igualdade, o da moralidade, o da impessoalidade, o da legalidade, que se unem para compor o perfil do Estado de Direito, é diariamente cobrada pela opinião pública. A ratio legis e o fim, o telos, da norma constitucional, extraem-se a cada momento da experiência histórica. E isto que faz da Constituição um documento vivo, sempre adaptado ou adaptável às mutações políticas, econômicas, sociais ou culturais. Os institutos previstos na Constituição, como o mandado de segurança, terão de ser entendidos e interpretados, objetivamente, dentro dessa mesma tendência de aproximação entre os fatos e a norma, num processo dialético permanente. À alteração dos fatos deverá muitas vezes corresponder uma alteração do conteúdo da norma, da mesma maneira que esta exercerá frequentemente uma força conformadora sobre os fatos. A leitura da Constituição anterior sob a pressão de fatos clamorosos, que agrediam duramente a consciência nacional, como a contratação de imensas obras públicas sem licitação ou o ingresso de empregados sem a prestação de concurso público, conduziu ao entendimento, sustentado por autorizada doutrina como reação à orientação até então dominante, de que as entidades da Administração Pública indireta, com personalidade de direito privado, estavam obrigadas a realizar certames públicos para a contratação de obras e serviços, bem assim como para a admissão de pessoal, pela incidência dos princípios da igualdade e da moralidade pública. A Constituição atual tornou explícita essa imposição. Não há, pois, como ainda discutir a qualificação dos atos dos órgãos e agentes públicos das entidades de direito privado da Administração Pública indireta como atos de autoridade, quando se sujeitem a regime jurídico de direito público.

Estas conclusões valem tanto para as entidades de direito privado da Administração Pública que prestem serviços públicos, quer sejam eles administrativos, comerciais ou industriais, quer para as outras que desempenham pura atividade econômica. O Estado só excepcionalmente pode explorar atividade econômica, a qual “só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante

interesse coletivo, conforme definidos em lei” (CF, art. 173).

Já se pretendeu que os preceitos do art. 37 da Constituição Federal, na parte atinente às entidades de direito privado da Administração Indireta, só seriam aplicáveis àquelas que prestassem serviço público. As demais estariam inteiramente sujeitas a regime de direito privado, por força do que estatui o § 1º do art. 173 da Constituição Federal: “A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias”. Contudo, a distinção entre entidades de direito privado da Administração Pública prestadoras de serviços públicos e não prestadoras de serviço público (entre estas estariam, é claro, as que exploram atividade econômica) só aparece, no texto do art. 37, no seu § 6º, que cuida da responsabilidade extra-contratual do Estado. Bem se vê, pois, que não é exclusivamente a vinculação direta a um serviço público que atribui natureza de direito público aos atos dos agentes das entidades de direito privado da Administração Pública Indireta. Idêntica natureza terão os atos dos agentes dessas entidades quando forem regidos e disciplinados pelo Direito Público, como é o caso dos realizados nos procedimentos licitatórios e de concurso público. Em tais hipóteses, a coridção de ato administrativo, ou de ato de autoridade, para efeito de mandado de segurança, provém diretamente da norma jurídica e não da circunstância de estar o ato relacionado intimamente com a prestação de serviço público. E a primeira das normas jurídicas existentes no nosso sistema, a esse propósito, é de natureza constitucional e está cristalizada no art. 37 da Constituição Federal, nos incisos II e XXI. É absolutamente irrelevante, pois, quanto às licitações e concursos públicos, o tipo de atividade que as entidades de direito privado da Administração Pública Indireta exerçam. Quer sejam prestadoras de serviços públicos, quer se dediquem à atividade econômica, seus atos serão, nesses particular e dentro desses limites, atos de direito público, atos administrativos ou atos de autoridade. Isto importa afirmar que são passíveis de ataque por mandado de segurança.

### III

9. Outra importante questão, sobre a qual ainda se controverte na doutrina e na jurisprudência, é se a autoridade pública a quem se imputa conduta abusiva ou ilegal, ensejadora da impetração do mandado de segurança, seria, ou não, parte no processo. A discussão é antiga e remonta às próprias origens do mandado de segurança pois no art. 113, 33, da Constituição de 1934, depois de afirmar-se que se daria mandado de segurança “para a defesa de direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade”, acrescentava-se: “O processo será o mesmo do habeas corpus, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada”. Quem seria, então, parte na ação de segurança? A autoridade coatora? A pessoa de direito público interessada? Ambas?

A Corte Suprema, que assim se chamava ao tempo da Constituição de 1934,

examinando a questão em agosto daquele mesmo ano dividiu-se em três correntes. Uma, a majoritária, orientou-se no sentido de que deveriam ser ouvidas na ação a autoridade de quem emanou o ato, como ocorre no habeas corpus, e o Procurador Geral da República, na qualidade de órgão da União. Outra entendia que só o representante da União deveria ser ouvido. E uma terceira, que só a autoridade coatora. A Lei nº 191, de 16 de janeiro de 1936, dispunha que, conhecendo do pedido, o juiz mandaria citar o coator e encaminharia, por ofício, ao representante judicial ou legal da pessoa jurídica de direito público interno, interessada no caso, a terceira via da petição inicial com a respectiva cópia dos documentos. Dispunham, além, que na contrafé da citação e no ofício seria fixado o prazo de dez dias, para a apresentação da defesa e das informações reclamadas (art. 8º, § 1º, a e b e § 3º) Da terminologia utilizada depreende-se que o legislador, ao referir-se à citação da autoridade coatora, considerava esta parte na ação. No que concerne, porém, à pessoa de direito público interno interessada no caso, a lei não preceituava que fosse ela citada, conquanto determinasse sua ciência da demanda pela cópia da petição inicial e da documentação a esta anexada, para que pudesse apresentar sua defesa. Ora, só se defende quem é parte na ação. Outras disposições tornam inequívoca a condição de parte que tem a pessoa jurídica de direito público interno interessada no caso. Assim a que ordena que, julgando procedente o pedido, o juiz a ela transmitirá, em ofício, o inteiro teor da sentença, para que a cumpra imediatamente (art. 100, "a" e parágrafo único). Do mesmo modo a que declara que o recurso poderá ser interposto "pelo imperante, pela pessoa jurídica de direito público interessada e pelo coator" (art. 11º, §) -reforçando a qualidade de parte da autoridade coatora, que ficara empalidecida com a ausência de obrigatoriedade de lhe serem comunicados os termos da sentença concessiva da segurança (art. 10º).

O código de Processo Civil de 1939, no art. 322, dispunha que o juiz, ao despachar a petição inicial, deveria notificar o coator, "a fim de prestar informações no prazo de dez dias" (inciso I) e citar "representante judicial ou, à falta, o representante legal da pessoa jurídica de direito público interessada na ação" (inciso II). Julgado procedente o pedido, o inteiro teor da sentença era transmitido ao representante legal da pessoa jurídica de direito público interessada (e não ao coator), nos termos do art. 325, I, para que a cumprisse, sob pena de desobediência (art. 327). O representante da pessoa jurídica de direito interessada era, também, o único legitimado para requerer ao presidente Supremo Tribunal Federal ou do Tribunal de Apelação, conforme a competência, autorização para a execução do ato impugnado, para enviar lesão grave à ordem, à saúde ou à segurança pública (art. 327). No CPC anterior, portanto, a autoridade coatora não tinha sua posição bem definida na ação. Era notificada para prestar informações e, após estas, não tinha mais participação no mandado de segurança. Quanto a quem poderia recorrer, a lei nada dizia, sendo de inferir-se, entretanto que apenas a pessoa jurídica de direito público interessada tinha essa faculdade, pois, como se viu, também só ela tinha legitimação para pleitear junto ao presidente do Supremo

Tribunal Federal ou do Tribunal de Apelação, quando verificadas as hipóteses legalmente definidas, a autorização para executar o ato impugnado, após ter sido prolatada sentença concessiva da segurança.

A Lei nº 1.533 de 31 de dezembro de 1951 manteve a ambigüidade e as vacilações que sempre existiram em nossa legislação na determinação de quem é parte no mandado de segurança, indecisão que deu azo a aceras discussões na doutrina. Declara a lei vigente que, ao despachar a inicial, o juiz ordenará a notificação do coator do conteúdo da petição, para que preste as informações que achar necessárias (art. 7º, 1). A pessoa jurídica de direito público interessada só é mencionada no art. 2º, que tem este enunciado:

“Considerar-se-á federal a autoridade coatora, se as conseqüências de ordem patrimonial do ato contra o qual se requer o mandado de segurança houverem de ser suportadas pela União ou pelas entidades autárquicas federais”.

Quando julgado procedente o pedido, quem é notificado da sentença é a autoridade coatora. Apesar do relevo dado à autoridade coatora na atual lei do mandado de segurança, mesmo assim a praxe judicial consolidou o entendimento, pode-se dizer que indiscrepante, de que a participação da autoridade coatora na ação praticamente resume-se a ser notificada para prestar informações, a efetivamente prestá-las, se assim entender, e a ser notificada da sentença concessiva do mandado. A competência recursal é da pessoa jurídica de direito público interessada. A autoridade coatora não pode recorrer, do mesmo modo como não pode fazer sustentação oral.

Diante dessas circunstâncias será de perguntar-se a razão não estaria com Pontes de Miranda quando sinteticamente afirmava que o mandado de segurança é impetrado contra o órgão e não contra a pessoa jurídica de direito público, mas que esta é a demandada<sup>21</sup>. Celso Agrícola Barbi critica essa posição por julgá-la imprecisa<sup>22</sup>. Não percebemos, porém, onde estaria a imprecisão. Se a pessoa jurídica é a demandada ela é a parte. No entanto, o mandado de segurança tem um endereço imediato, que é o de afastar a lesão ou a ameaça de lesão a direito individual que órgão da parte praticou ou está prestes a praticar, por sua ação ou omissão. Por isto é que o mandado de segurança é requerido para proteger o autor contra a conduta comissiva ou omissiva, não da parte ré como um todo, mas especificamente do Órgão de onde proveio a violação ou a ameaça de violação de direito subjetivo do demandante, como tem sido repetido por todas as nossas Constituições Federais, desde a de 1934. Assim, razões de ordem prática, que visam a dar presteza e funcionalidade operacional ao instituto do mandado de segurança, é que determinaram que o órgão, que não é a parte, é que seja notificado para prestar informações. Na verdade, tecnicamente, não se cuida de simples notificação, mas de verdadeira citação, como bem percebeu Seabra Fagundes<sup>23</sup>. Por igual, as informações prestadas pelo coator são a defesa da pessoa jurídica de que ele é agente ou órgão. Fica

21 Comentário ao CPC, vol. V, p. 156-157.

22 Do Mandado de segurança, Rio, Forense, 1993, p. 151 e 156.

23 O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, p. 338.

claro, portanto, que não há qualquer litisconsórcio entre a pessoa jurídica interessada e o seu órgão, cujo comportamento deu ensejo à impetração do mandado de segurança. Não há, aí, duas partes, mas uma só, a pessoa jurídica, que é citada e se defende por seu órgão, consoante disposição legal. (Theotônio Negrão, p. 1109).

10. Fixada a posição de que parte é a pessoa jurídica de que o coator é órgão, cabe extrair dessa premissa todas as conseqüências, alguns dos quais são extremamente importantes para a definição da competência jurisdicional para apreciar o mandado de segurança. É sabido que essa competência tem sido determinada pela órbita a que pertence a autoridade coatora e pela sua localização territorial, fora dos casos expressamente estabelecidos nas Constituições e nas leis. Na verdade, a jurisprudência tem acentuado que “a competência para apreciar o mandamus define-se pela autoridade apontada coatora”<sup>24</sup>. Torna-se desde logo perceptível que essa orientação traduz as já mencionadas vacilações existentes no direito nacional quanto ao papel que desempenha no processo a autoridade coatora, refletido de modo muito claro a concepção de que ela seria parte na ação. A regra sobre competência territorial, no pertinente às ações pessoais e as ações reais sobre móveis, é a de que ela se determina pelo domicílio do réu (CPC, art. 94). No que se refere à União, quando for autora, ré ou interveniente, será competente o foro da capital do Estado ou do Território (CPC, art. 99). Essa idéia foi reforçada pelo art. 109, § 2º da Constituição Federal, cujo enunciado demonstra a clara intenção do legislador constituinte em proteger o particular: “As causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal”. Diante da limpidez desse texto, é inaceitável que os tribunais continuem a exigir, no mandado de segurança, que ele deva ser impetrado no foro da autoridade coatora. Ora, as mais importantes autoridades da União têm sede, geralmente, em Brasília. Seus atos ou omissões, entretanto, podem lesar ou ameaçar de violação direitos subjetivos de pessoas que vivem nos mais diferentes pontos do território nacional. A muitas dessas pessoas estaria vedado o acesso ao mandado de segurança, nessas circunstâncias, pelas dificuldades de toda ordem que teriam para propor a ação constitucional em Brasília. A elas só estaria a via das ações ordinárias ou das ações cautelares para a defesa do seu direito, com todos os riscos, ônus e inconvenientes inerentes a essas ações, alguns dos quais já foram aqui realçados. Com isto, acaba-se por proteger, muitas vezes, o autoritarismo do Estado, a ilegalidade e o comportamento abusivo do Poder Público, pela diminuição fática ou material da possibilidade de controle dos seus atos pelo Judiciário. Com isto, também, acaba-se por comprometer a própria realização do Estado de Direito que, como se sabe, é uma obra em contínua elaboração, sempre imperfeita mas que há de tender sempre para a perfeição. Um dos objetivos mais eminentes do Estado de Direito é a realização

24 STJ, 1ª Seção, MS 591- DF, DJU 4.03.91, p.1.959) ou que “o juízo competente para processar e julgar o mandado de segurança é o da sede da autoridade coatora “RTFR 132/359 e, igualmente, RSTJ 2/347, RTFR 119/26, 132/243, 132/266, 134/35, 160/227, cf. Theotônio Negrão, CPC e Legislação Processual em Vigor, 25ª ed., p. 1117, notas ao art. 14 da Lei do MS.

da justiça material. O princípio do Estado de Direito, acolhido destacadamente logo no art. 1º da nossa Constituição Federal, serve como regra de ouro para a interpretação dos demais princípios e normas constitucionais ou da legislação ordinária. Desse modo, as garantias constitucionais, entre as quais está a do mandado de segurança, deverão ser compreendidas de modo a assegurar, da maneira mais completa possível, a aproximação entre o Estado de Direito que temos com o Estado de Direito com que sonhamos.

Creio que a conformação do mandado de segurança pelo princípio do Estado de Direito deverá conduzir a que se admita sua impetração contra atos ou omissões de autoridades da União, para cujo exame a Constituição não tenha estabelecido competência especial, de acordo com a norma do 109, § 2º da Constituição Federal. Milita também em favor dessa solução o entendimento hoje francamente dominante de que no mandado de segurança é a pessoa jurídica interessada e não seu órgão, de onde proveio a coação ou a ameaça de coação. Se a União é que é a parte no mandado de segurança requerido contra ato ou omissão de agente seu, não há razão lógica para que a competência jurisdicional seja determinada pelo local onde tem sede a autoridade coatora, como se tem decidido reiteradamente. A exegese prevalecente beneficia a pessoa jurídica interessada ou a autoridade coatora, que é seu órgão, em detrimento ou desfavor de quem sofreu ou está ameaçado de sofrer lesão em direito subjetivo de que é titular. Este é que é o destinatário da garantia constitucional, e não o Poder público. E aquela interpretação tem servido, também, a manipulações e desvios realizados pelo Poder executivo, com o fito de dificultar ou até mesmo, em muitas situações, de impossibilitar a impetração do mandado de segurança<sup>25</sup>.

Para arrumar estas observações de modo mais concentrado ou sintético, pode-se dizer que entre duas interpretações, uma que limita, cerceia ou restringe a utilização do mandado de segurança, e outra mais generosa e liberal, que lhe dá dimensão mais dilatada, esta última deverá ser a preferida, por três razões principais. A primeira resulta da própria amplitude do texto constitucional que desenhou o instituto do mandado de segurança como garantia em duplo sentido: como garantia institucional, segundo o conceito clássico de Carl Schmitt, e como garantia dos sujeitos de direito contra atos ou omissões ilegais de qualquer autoridade pública ou de qualquer agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. A segunda deriva da

25Lúcia Valle Figueiredo, em conferência que proferiu sobre Autoridade Coatora e Sujeito Passivo, (in Mandado de Segurança, Porto Alegre, 1986, Sérgio Antônio Fabris, p. 21 e segs) narra um desses expedientes, que surpreendeu em sua prática como Juiz Federal. Diz a consagrada administrativista: "Outro problema que se colocou, esse bastante sério, foi o do Empréstimo Compulsório. Neste, deliberadamente, as autoridades administrativas, que legislam, resolveram impossibilitar a interposição de mandado de segurança, por meio do art. 7 do Decreto-Lei: "Cabe ao Ministro da Fazenda praticar os atos necessários à execução deste Decreto-Lei e ao Secretário da Receita Federal expedir os avisos de cobrança do Empréstimo". Com isso, o Ministro da Fazenda praticaria os atos necessários à execução do Decreto-Lei. O Ministro da Fazenda é autoridade sediada em Brasília. Com seu turno seria o Secretário da Receita Federal que expediria avisos de cobrança do Empréstimo. Com isso se pretendia deslocar também qualquer interposição, por via de mandado de segurança, contra o malsinato compulsório. É evidente. Se pensarem na extensão do Brasil, é evidente que está, por exemplo, sediado no Acre, não vai impetrar um mandado de segurança em Brasília, ainda mais se não se tratar de quantia vultosa. Se a quantia for um pouco mais módica, é evidente que esse mandado de segurança não seria interposto. Pretendia-se afastar a amplitude, a magnitude do mandado de segurança".

necessidade, já apontada, de harmonizar o mandado de segurança com princípio do Estado de Direito. E a terceira consiste na orientação entre nós firmada de que a pessoa jurídica e não o órgão, a autoridade coatora, é que é parte no mandado de segurança.

Assim, resumindo tudo num exemplo, se a autoridade federal tiver sede em Brasília e não for daquelas cujos atos ou omissões que violem ou ameacem violar direitos subjetivos ensejem a impetração de mandado de segurança em foro privilegiado ou especial (p. ex. Presidente da República, Ministro de Estado, etc) a ação de segurança deverá ser proposta na capital do Estado, conforme o art. 109, § 2º da Constituição Federal e não em Brasília.

Parece-me que é este um dos modos de restituir ao mandado de segurança a sua dignidade original, comprometida pelas dificuldades de todo o gênero que a ele são opostas, o que têm, em contrapartida, servido para aumentar o prestígio e a eficácia prática das ações cautelares, para as quais inexitem muitas das dúvidas, perplexidades e indefinições que cercam a ação constitucional.

#### IV

As reflexões desenvolvidas induzem a que se conclua que o mandado de segurança, sob a Constituição de 1988, é cabível contra qualquer agente da Administração Pública, direta ou indireta, quer a entidade de que seja órgão tenha personalidade de direito público ou de direito privado, desde que o ato ou omissão ilegal a ele imputada seja disciplinado ou regido pelo direito público. A orientação jurisprudencial que considera atos praticados em concurso público ou em procedimento licitatório, por agentes de entidades de direito privado da Administração Pública Indireta, como atos de gestão e, pois, de direito privado, não pode prevalecer diante das normas constitucionais e da legislação ordinária vigentes que têm natureza de direito público. Tal posição seria ainda sustentável antes da entrada em vigor da atual

Constituição da República, mas nunca depois dela, em face da clareza do seu texto. Incorporou-se, desse modo, ao território do mandado de segurança um número altamente expressivo de comportamentos comissivos e omissivos do Poder Público, quando atua por suas entidades de direito privado, mas segundo preceitos de direito público, robustecendo-se, por conseqüência, a ação constitucional que é, por sua vez, como tantas vezes realçado, uma garantia institucional.

Complementa-se, de outra parte, o revigoramento do mandado de segurança, que começava a debilitar-se pela voga das ações cautelares e ações principais, favorecidas por algumas vantagens importantes (desnecessidade de indicar com precisão a autoridade coatora, possibilidade de propô-las contra a União, em consonância com as regras processuais ordinárias, determinadoras da competência jurisdicional) ao extraírem-se todas as derivações jurídicas da noção, hoje francamente dominante, de que parte no mandado de segurança não é nunca a autoridade coatora, mas sim a pessoa jurídica de que ela é órgão. Nessa conformidade, quando a autoridade coatora for órgão da União

e inexistir regra jurídica explícita que determine a competência jurisdicional pelo lugar onde tenha sede, competente será a Justiça Federal da capital dos Estados e Territórios, caso estes últimos venham a ser criados.

O redirecionamento dos rumos da jurisprudência em ambas as hipóteses focadas, de direito material e de direito formal ou processual, produzirá o benéfico efeito de repor o mandado de segurança no lugar de singular destaque que lhe pretendeu dar o legislador constituinte e que a Constituição, que é o que realmente importa, efetivamente lhe reservou.

## **CORREÇÃO DE PROVA DE CONCURSO PÚBLICO E CONTROLE JURISDICIONAL**

### I. A orientação tradicional da jurisprudência

Está consolidada, já há algum tempo, na jurisprudência brasileira a orientação dominante de que não cabe ao Poder Judiciário examinar os critérios adotados pela Administração Pública na correção de provas dos concursos que realiza, para a admissão de seus servidores. Geralmente afirmam as decisões dos nossos tribunais, quando enfrentam essa matéria, que não lhes é dado substituir os juízos ou valorações feitos pelos órgãos administrativos competentes pelos seus próprios juízos ou valorações.

Tratar-se-ia, portanto, de uma área de desempenho da função administrativa jurisdicionalmente insindicável. A fundamentação jurídica para essa conclusão estaria em que o juízo sobre o acerto ou o desacerto de questões formuladas em prova de concurso público, a correção ou incorreção de respostas dadas pelos candidatos, quando comparadas com o gabarito oficial, seria matéria que diria respeito ao mérito dos atos administrativos.

Em outras palavras, todas essas indagações estariam relacionadas com a discricionariedade administrativa, campo ao qual jamais se permitiu que o Poder Judiciário tivesse acesso, pois, do contrário, restaria violado o princípio da separação das funções do Estado. O controle judicial dos procedimentos de concurso público ficaria restrito, assim, a aspectos formais e ao exame da observância do princípio da igualdade, no que

tange ao tratamento dispensado aos candidatos<sup>1</sup>.

É equivocado afirmar-se, entretanto, como logo se verá, que esses limites à investigação judicial decorreriam da impossibilidade, que lhe é reconhecida, de penetrar ou imiscuir-se nas razões de conveniência ou oportunidade da ação administrativa, de que só tem sentido falar-se quando estamos diante de atos administrativos que expressem exercício de poder discricionário.

## II. Critérios de correção de provas e poder discricionário

Nos atos discricionários, como é sabido, tem o agente público competente a faculdade de escolher, pelo menos, entre duas alternativas juridicamente possíveis, cabendo-lhe ordinariamente decidir sobre o «se» e o «como» da providência, desde que conveniente ao interesse público.

Se quisermos arrumar essa situação numa estrutura silogística teremos, num exemplo: se ocorrer «A», pode ocorrer «B» ou «C». Nesse esquema, «A», que é o fato previsto na norma, é certo e determinado, competindo à Administração, caso queira realizar ato administrativo<sup>2</sup>, escolher entre «B» ou «C». Cabe observar, porém, que as alternativas que as normas jurídicas deixam à escolha da autoridade administrativa, quando lhes confere poder discricionário, podem ser em menor ou maior número. A escolha pode, assim, dizer respeito só a «B» ou «C», como no exemplo dado, que é a hipótese mínima, mas poderá também ser concernente a «B», «C», «D», «E»... até, digamos, «Z», ou apenas até «F» ou «H», variando o número de escolhas possíveis conforme a extensão da área de discricionariedade legalmente instituída.

O que é típico dos atos de exercício de poder discricionário é que qualquer uma das alternativas que se inserem no espaço marcado pela lei é igualmente legítima e, pois, incensurável quando confrontada com o princípio da legalidade. Ilustremos isso com um exemplo: na nomeação de magistrado para provimento de vaga em tribunal reservada ao chamado quinto constitucional, tem o Chefe do Poder Executivo competente o poder discricionário de escolher qualquer um dos nomes constantes da lista tríplice que lhe

1 Assim tem-se pronunciado o Supremo Tribunal Federal, como se pode ver do acórdão proferido pela 2ª Turma, rel. Min. Carlos Velloso, no recurso extraordinário n.140.242, com remissões aos precedentes jurisprudenciais, do próprio STF e do antigo Tribunal Federal de Recursos (RDA 210/280). No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça: MS n.288, re. Min. Carlos Velloso, DJ de 25.06.90. p.6016; MS 3596, Rel. Min. Peçanha Martins, DJ 19.12.94, p.35223. Mais recentemente, sintetizando o pensamento do Tribunal, é expressivo o acórdão proferido, por unanimidade, pela 3ª Seção, rel. Min. Jorge Scartezini, em cuja ementa se lê: «Consoante reiterada orientação deste Tribunal, não compete ao Poder Judiciário apreciar os critérios utilizados pela Administração na formulação, correção e atribuição de notas nas provas de concurso público (cf. RMS n.ºs.5.988/PA e 8.067/MG, entre outros), DJ 17.03.2003, pg.00218 Também, TJERS, 3ª Câmara Cível, apelação cível n.º596049932 e apelação cível n.º595038910, rel. Des.Araken de Assis.

2 Atos administrativos em que a discricção do agente se limita à escolha entre praticar ou não praticar o ato, chama-os Ruy Cirne Lima de atos administrativos facultativos (Princípios de Direito Administrativo, São Paulo, RT, 1982, p.91). A doutrina alemã denomina tal discricionariedade de discricionariedade quanto à decisão (Entschiessungsermessen), enquanto a discricionariedade que concerne à eleição das providências ou medidas possíveis é designada como discricionariedade quanto à escolha (Auswahlermessen). Sobre isso, Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, München, C.H.Beck, 1999, (12ª ed.) p.124. Vd. também, nosso Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro, in RDA 179/57.

foi encaminhada e que preenche os pressupostos constitucionais e legais<sup>3</sup>. Seja qual for a pessoa nomeada, o ato administrativo respectivo será perfeitamente válido. O juízo que a Administração Pública exerce, e que se materializa na escolha do magistrado, é, aí, um juízo de conveniência que, juntamente com o juízo sobre a oportunidade, está intimamente relacionado com o «mérito» do ato administrativo, território em que não se pode imiscuir a atividade jurisdicional.

Examinados os atos administrativos de correção de provas de concurso público à luz dessas noções pertinentes à discricionariedade administrativa, que são hoje universalmente reconhecidas, caberá indagar, inicialmente, se terá a banca ou comissão examinadora o poder de considerar certa uma resposta que seja errada, ou vice versa, como se ambas as alternativas - a certa e a errada - valessem o mesmo juridicamente, repousando a escolha de uma ou outra apenas num juízo de pura conveniência. Se afirmativa a conclusão, estaremos diante de ato administrativo que expressa exercício de poder discricionário, pois tanto a resposta certa como a errada são possíveis, sob o aspecto jurídico, e estão, pois, em conformidade com a lei.

Sucede, porém, que, nas provas chamadas objetivas, feitas geralmente pelo método de múltipla escolha, pede-se que o candidato assinale a resposta certa ou a resposta errada. O certo ou o errado será aferido pelo confronto da resposta com o estado atual das ciências, da técnica ou das artes, conforme a área de conhecimento em que tais provas se situam. O gabarito oficial deverá espelhar com fidelidade essa situação, indicando como alternativa certa a que assim for considerada pelo estado atual das ciências, da técnica ou das artes. Se a resposta em conformidade com o gabarito oficial é a considerada certa, a que a ele não se ajustar é tida como errada. É tudo ou nada; não há meio termo, pois não há qualquer espaço para avaliação das respostas por critérios subjetivos, não sendo também necessário comparar as provas entre si. A comparação é apenas com o gabarito.

Nas provas chamadas dissertativas, o problema muda de feição. Dilata-se substancialmente, nessa hipótese, a margem de subjetivismo da avaliação. Geralmente, nessa espécie de provas, a avaliação final leva em consideração as dissertações feitas pelos demais candidatos, identificando-se a melhor prova para, a partir daí, escalonarem-se as demais. Já se vê que, nesses casos, a substituição do juízo de quem conferiu grau à prova, pelo juízo de outra pessoa, pressuporia que esta última realizasse também a análise das provas prestadas pelos demais candidatos. Bem se percebe, portanto, que haverá diferença, no tocante ao controle jurisdicional dos critérios de correção, entre as duas espécies de prova aqui examinadas.

No tocante às provas dissertativas existirá, necessariamente, na generalidade dos casos, um espaço, margem ou «área de apreciação» de que goza a Administração Pública, área que, em princípio, não existe quando se trata de prova dita objetiva. O reconhecimento da existência de uma «área de apreciação» quer significar que o con-

<sup>3</sup> CF, art. 94 e parágrafo único.

trole jurisdicional, em tais situações, é limitado, o que vale dizer que o juiz não poderá substituir os critérios de correção adotados pela banca ou comissão examinadora pelos seus próprios critérios, desde que aqueles se mostrem razoáveis.

No que diz, porém, com as provas objetivas, em que não há necessidade de estabelecer comparações com as provas dos demais candidatos, apenas o que caberá verificar é se a resposta indicada como certa no gabarito é realmente correta, em face do estado atual das ciências, da técnica ou das artes. Resposta certa e resposta errada não são intercambiáveis, não têm ambas a mesma significação jurídica. Evidenciada que a resposta é efetivamente incorreta, elimina-se tal resposta como alternativa possível a ser escolhida pela Administração Pública. E, não havendo alternativa de escolha, não há, evidentemente, possibilidade de exercício de poder discricionário e não há, também, que falar em mérito do ato administrativo, conceito indissociavelmente ligado ao de conveniência e oportunidade da ação administrativa.

Assim, referentemente ao controle judicial dos critérios de correção de provas de concurso público, será forçoso concluir que não se trata propriamente de interferir no mérito dos atos administrativos, para analisar sua conveniência ou oportunidade.

Na verdade, não se questiona que a resposta reputada como correta no gabarito é ou não mais conveniente para o interesse público, e muito menos se cogita, evidentemente, de oportunidade, da escolha do momento em que se deve fazer presente a atuação do Poder Público.

O que se coloca sobretudo em debate, nessas hipóteses, é se as respostas «X» ou «Y», consideradas como certas pelos padrões da banca ou comissão examinadora do concurso público, são efetivamente corretas em face do estado atual das ciências, da técnica ou das artes, do ramo ou da área, enfim, do saber e da cultura em que se insere a prova.

### III. Discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados

Já se vê que o problema proposto escapa do campo da discricionariedade para situar-se adequadamente no da aplicação de «conceitos jurídicos indeterminados», como entende a doutrina e a jurisprudência alemãs contemporâneas, ou na impropriamente chamada «discricionariedade técnica», do direito italiano.

Não se controverte, como observado, sobre conveniência ou oportunidade de ato administrativo, nem sobre escolha entre distintas conseqüências jurídicas, todas possíveis dentro do quadro normativo, o que é, como já dissemos, típico dos atos discricionários.

Está em debate o enquadramento de uma resposta, versando sobre afirmativa de caráter científico, técnico ou artístico, em conceito contido em norma de concurso público que exigia que tal resposta fosse correta em face do estabelecido pelo estado atual das ciências, da técnica e das artes.

Terá a banca ou comissão examinadora, por exemplo, o poder de afirmar, sem possibilidade de reexame pelo Judiciário, que a teoria da relatividade foi concebida por Galileu e não por Einstein, que o anteprojeto que se transformou no Código Civil Brasileiro de 1916 foi o de Teixeira de Freitas e não o de Clóvis Beviláqua, que Chopin compôs a 9ª Sinfonia, que José de Alencar foi o autor de «Quincas Borba», ou ainda que 2+2 são 5, que as regras sobre prescrição das pretensões de direito privado são de direito processual e não de direito material ou que a constatação da existência do bacilo de Koch serve ao diagnóstico da sífilis?

Terá, em suma, o poder de transformar o branco em preto, o quadrado em redondo e de fazer do falso o verdadeiro e vice-versa?

Caso se diga que sim, que a banca ou comissão Examinadora tem esse poder, desde que assegurado tratamento igual para todos os candidatos, por certo se estará asseverando, implicitamente, que ao proceder desse modo não estará causando a autoridade administrativa qualquer lesão a direito individual, sendo impertinente, nesse contexto, a invocação do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, ou de qualquer outro princípio ou regra constitucional, muito especialmente os que se referem à Administração Pública, relacionados no art. 37, onde estão consignadas as normas atinentes ao acesso aos cargos, funções e empregos públicos, ou até mesmo do princípio maior, do Estado de Direito, proclamado no art. 1º da Constituição da República.

As indagações antes feitas poderiam ainda ser desdobradas em outras, da máxima relevância para a teoria geral do direito, como as que a seguir se formulam: estando os conceitos indeterminados contidos em normas jurídicas, será admissível que o Poder Judiciário se recuse a apurar a correta aplicação dessas normas, só porque elas são enunciadas em termos vagos (p. ex., em cláusulas gerais), ou porque os aplicadores de tais regras são órgãos que exercem uma outra função do Estado, a função administrativa, comumente desempenhada pelo Poder Executivo?

Na hipótese de afirmar-se, entretanto, que existe controle do Poder Judiciário sobre os atos da Administração que apliquem conceitos jurídicos indeterminado, será de perquirir-se, então, se esse controle é (a) pleno ou total, embora o Judiciário possa manter o ato administrativo por entendê-lo razoável ou plausível ou se (b) será de regra limitado, só se efetivando quando existir erro manifesto de apreciação, como no direito francês, ou, até mesmo, nem sequer nesta última hipótese.

A tentativa de esclarecimento das dúvidas e de eliminação das inquietações que essas questões provocam, deve começar pela elucidação das diferenças entre os atos administrativos que expressam exercício de poder discricionário e os atos administrativos que aplicam conceitos jurídicos indeterminados, ou entre a verdadeira discricionariedade e a «discricionariedade técnica», que só impropriamente pode ser qualificada como discricionariedade.

Por muito tempo pensou-se que essas duas categorias de ato administrativo fossem a mesma coisa, sendo ambas tratadas com formas da discricionariedade. E

até hoje, em alguns sistemas jurídicos, como o francês e o nosso, a orientação francamente dominante é a de englobar os atos administrativos de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados na categoria dos atos administrativos de exercício de poder discricionário<sup>4</sup>.

A elaboração do conceito de «discricionariedade técnica», que é largamente usado no direito administrativo italiano, muito contribuiu para separar ambas as espécies de atos administrativos - os de exercício de poder discricionário e os de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados.

A expressão «discricionariedade técnica» tem pertinência com aquelas decisões tomadas pelo administrador ao ter de manifestar-se, pela via do ato administrativo, sobre questões de natureza científica, técnica ou artística, a respeito das quais pode haver multiplicidade de opiniões cuja correção ou incorreção muitas vezes é de difícil verificação, em razão do elevado grau de abstração das proposições, regras e conceitos envolvidos.

Há mais de cem anos, em 1886, escrevendo precisamente sobre a chamada «discricionariedade técnica», em um livro clássico na história do Direito Administrativo, *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft* (Jurisprudência e Força Jurídica Material), o jurista austríaco Edmund Bernatzik concluía que nesses casos se tornava impossível o controle jurisdicional. Contudo, advertia que as «conclusões dos experts não dependiam de sua vontade, mas eram condicionadas pela regras da ciência e da arte, sendo certamente impugnável a opinião que manifestamente contrariasse essas regras»<sup>5</sup>.

Não é aqui a ocasião de descrever o caminho percorrido pela ciência jurídica de expressão alemã para distinguir entre atos administrativos discricionários e atos administrativos de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados<sup>6</sup>. Bastará registrar o atual status quaestionis, com a observação da importância que ela adquiriu, por influência do direito germânico, no Direito Administrativo espanhol, notadamente pela obra de García de Enterría e Tomás Ramón Fernández<sup>7</sup> e no Direito Administrativo

4 Confira-se, no direito brasileiro, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, no seu excelente ensaio sobre Legitimidade e Discricionariedade, Rio, Forense, 1991; Celso Antônio Bandeira de Mello, *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, São Paulo Malheiros, 1991, que reconduz ao conceito de discricionariedade tanto aquelas situações em que a norma haja descrito de modo impreciso a situação fática (o que caracterizaria os conceitos jurídicos indeterminados), quanto aquelas em que a norma tenha aberto ao agente público alternativas de conduta (discricionariedade propriamente dita), “seja (a) quanto a expedir ou não expedir o ato, seja (b) por caber-lhe apreciar a oportunidade adequada para tanto, seja (c) por lhe conferir liberdade quanto à forma jurídica que revestirá o ato, seja (d) por lhe haver sido atribuída competência para resolver sobre qual será a medida satisfatória perante as circunstâncias” (p.19). Também nessa linha, Maria Sylvania Zanella di Pietro, *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, São Paulo, Atlas, 1991, ao entender como hipótese de discricionariedade a relacionada com a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados (p.46). Aceitando essa posição, mas não inteiramente, por último, Marcelo Harger, *A Discricionariedade e os Conceitos Jurídicos Indeterminados*, RT 756/33.

5 «Die Schlüsse der Sachvertändigen hängen nicht vom ihren Belieben ab, sondern sind durch die Regel der Wissenschaft oder Kunst bedingt; ein Gutachten, das diesen Regel offenbar widerspricht, ist gewiss anfechtbar”, 1964, Scientia Allen, reprodução fotomecânica da edição de 1886, Wien, p. 44, nota 7.

6 Veja-se, sobre a evolução histórica, Horst Emcke, “Ermessen” und “Unbestimmter Rechtsbegriff” im Verwaltungsrecht, Tübingen, 1960, J.C.B Mohr, p.7 e ss.; Antônio Francisco de Souza, «Conceitos Indeterminados» no Direito Administrativo, Coimbra, Almedina, 1994, p.34 e ss. Também, ainda que de forma muito sumária, Almiro do Couto e Silva, op. cit., nota 2 supra.

7 Curso de Derecho Administrativo, Madrid, Civitas, 2002, p. 459 e ss.

português<sup>8</sup>, com reflexos também no Direito Administrativo brasileiro.

Embora a discussão fosse antiga, por volta da metade deste século é que passaram os administrativistas germânicos, ou de expressão alemã, a estabelecer habitualmente a distinção entre atos administrativos de exercício de poder discricionário e atos administrativos de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados. Enquanto nos primeiros, como já se realçou, a faculdade de escolha que tem o agente se refere à própria ação administrativa ou à consequência jurídica, nos últimos a questão se transfere para a subsunção do fato na norma enunciada em termos vagos, elásticos, imprecisos, pela utilização de conceitos indeterminados<sup>9</sup>.

Nesse contexto é sempre lembrada a famosa imagem, cunhada por Philipp Heck<sup>10</sup>, que distinguia, nos conceitos jurídicos indeterminados, um núcleo perfeitamente nítido, em que a subsunção dos fatos se realizava sem maiores discussões e um halo, dentro do qual a subsunção seria feita sempre com maior dificuldade, ou com maiores dúvidas, à medida que se afastava do núcleo central, até chegar-se numa zona em que todos concordariam que os fatos ali situados não mais seriam subsumíveis no conceito.

Bernatzik, com outras palavras, de algum modo já dissera isso, ao observar que se alguém afirmasse que o céu era sempre vermelho, teria a repulsa ou a contestação de todos quanto ouvissem tal assertiva, muito dos quais talvez chamassem o autor daquela afirmação de cego ou de louco. Mas, em outras matérias, as opiniões não seriam assim uniformes. À afirmação de que tal comida era ruim, ou que determinada música era tediosa ou que certa melodia era banal, a reação das pessoas poderia ser de aprovação por uns e de oposição por outros, não se chegando jamais a consenso.

Quem estaria certo? Quem estaria errado? Algo semelhante acontece na vida jurídica, concluía o jurista austríaco<sup>11</sup>.

Daí tirava ele a ilação de que, em questões técnicas, como muito freqüentemente não se poderia desde logo saber qual a opinião que seria certa ou errada, tornava-se impossível o controle jurisdicional.

A crítica que se pode fazer a Bernatzik é a de ter comparado questões sobre o gosto das pessoas, em que uma imensa margem de subjetivismo é ineliminável como já reconheciam os romanos na máxima célebre: de gustibus et coloribus non est disputandum - com a tarefa de subsunção de um fato da vida ou da natureza num conceito de elevado grau de abstração contido em regra jurídica.

Por mais genérica que seja a norma jurídica, tanto o administrador quanto o juiz têm de aplicá-la. Não fosse assim, estariam eles impedidos de aplicar as cláusulas gerais,

<sup>8</sup> Veja-se por exemplo José Manuel Sérvulo Correia, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra, Almedina, 1987, p. 331 e ss.; António Francisco de Sousa, «Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo», Coimbra, Almedina, 1994, passim, mas especialmente p. 205 e ss.

<sup>9</sup> Veja-se, além de Hartmut Maurer, op. cit., p.132 e ss. e *Elementos de Direito Administrativo Alemão*, Porto Alegre, Fabris, 2000, trad. de Luis Afonso Heck, p.54 e ss.; Fritz Ossenbühl, in Hans-Uwe Erichsen, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlin-New York, 1995, p.194 e ss.; Hans Julius Wolff/Otto Bahof/Rolf Stober, *Verwaltungsrecht I*, München, C.H.Beck, 1994, p.365 e ss.

<sup>10</sup> *Gesetzesauslegung, Begriffsbildung und Interessen Jurisprudenz*, in AcP, vol.112 (1914) 0. 1 e ss.

<sup>11</sup> op. cit., p.43.

que são tão comuns nos ordenamentos positivos dos nossos dias, de direito privado ou de direito público. Seria inadmissível, por exemplo, que o juiz alemão se recusasse aplicar o §242, do BGB, sob a alegação de que a noção de boa fé, ali expressa, é fluida, vaga, nebulosa ou imprecisa, ou que o juiz brasileiro, por idênticas razões, negasse aplicação ao art.51, IV, do CDC ou ao art.422 do novo Código Civil.

A conduta que, para uns, seria considerada conforme à boa fé, poderia ser, para outros, caracterizadora de comportamento desleal.

De qualquer modo, em face do fato e da norma, sopesando os argumentos num sentido e noutro, terá o juiz de decidir se o fato em cogitação se relaciona ou não com a norma. Para este problema só há duas respostas hipoteticamente possíveis, sim ou não, e o juiz terá necessariamente de escolher uma delas. Em termos lógicos, só uma dessas respostas é a correta. Quando o juiz chega à sua conclusão e decide que o fato se enquadra na norma (ou que não se enquadra) para ele a única solução certa é a que adotou.

Ao juiz pode ser proposta, em face do caso concreto que lhe incumbe julgar, a questão de saber se a norma jurídica que contém conceito jurídico indeterminado foi corretamente interpretada e aplicada pela Administração Pública, ao realizar ato administrativo. O que antes se disse, a propósito da posição do juiz na direta aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, por certo vale também para o controle jurisdicional, que ele exerce, a respeito de atos administrativos de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados.

Nesses atos administrativos já vimos que não tem o agente público, como também não terá o juiz incumbido da revisão judicial, a possibilidade de livremente escolher entre a solução «A» e a solução «B» - como sucede nos atos discricionários sendo ambas as soluções equivalentes perante o Direito.

Nos atos discricionários, escolhida a solução «A» ou a solução «B», está o Poder Judiciário inibido de discutir o acerto ou erro de qualquer uma dessas soluções, pois tanto uma quanto outra são soluções perfeitamente jurídicas.

Percebe-se, desse modo, que o controle jurisdicional sobre os atos discricionários é sempre e necessariamente limitado. Ele compreende, é óbvio, os aspectos formais, mas encontra limite no mérito do ato administrativo, no exame da conveniência e da oportunidade da medida, bem como na escolha da providência adotada, desde que é claro, esteja dentro dos limites legais ou, como hoje talvez fosse mais adequado dizer, dentro dos limites do Direito.

Modernamente, os limites jurídicos à atuação do Poder Público, quando o faz pela forma de atos administrativos discricionários, foram consideravelmente restringidos por princípios constitucionais, como o da igualdade, o da imparcialidade, o do devido processo legal substancial, o da razoabilidade, ou ainda pelo princípio da proporcionalidade, este último há muito destacado pela ciência do Direito Administrativo, em tema de discricionariedade, mas só recentemente incorporado ao Direito Constitucional.

De todo o modo, o que parece importante realçar, é que os limites à investigação judicial dos atos administrativos de exercício de poderes discricionários já estão, a priori, definidos. Identificado o ato administrativo como pertencente a essa categoria, já se sabe, previamente a qualquer outra análise, que ele terá uma área substancial - o mérito - imune a qualquer revisão pelo Poder Judiciário.

No que respeita, porém à aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, pela Administração Pública, o controle jurisdicional sobre os atos administrativos é, em princípio, ilimitado ou total, só existindo umas poucas exceções a essa regra, como mais adiante se verá, quando, no processo de aplicação do conceito, aperceber-se o aplicador que inexistem elementos que o permitam convencer-se que a solução adotada pela Administração Pública é equivocada, embora também faltem elementos para que afirme ser ela correta.

Otto Bachof, em 1955, elaborou a teoria da «área de apreciação» (Beurteilungspiraum), pela qual afirmava existir, em certas circunstâncias, na aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, um espaço impenetrável à revisão judicial. Propunha ele que esse conceito substituísse o de «discricionabilidade na subsunção» (Subsumtionsermessen) ou de «discricionabilidade cognitiva» (kognitiven Ermessen), muito embora a atividade de subsunção de um fato em uma norma seja sempre de caráter cognitivo. De discricionabilidade só se poderia falar, portanto, quando se tratasse de um ato de vontade do aplicador da norma, como ocorre na verdadeira e típica discricionabilidade administrativa.

A teoria da margem de apreciação, de Bachof, implicava o estabelecimento de um controle jurisdicional sempre limitado, no que respeita aos atos administrativos de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados. Outras teorias, como a das soluções «sustentáveis» (vertretbaren), de Ule, ou a da «prerrogativa de avaliação» (Einschätzungsprerogative), de H.J. Wolff, de que gozaria a Administração Pública, conduzem a resultados muito parecidos aos da teoria de Bachof, motivo pelo qual elas hoje são geralmente examinadas como espécies da teoria da margem ou da «área de apreciação»<sup>12</sup>.

Num primeiro momento, tanto o Tribunal Constitucional Federal, o Bundes Verfassungsgericht, quanto o Tribunal Federal Administrativo, o Bundes Verwaltungsgericht, inclinaram-se pela aceitação da teoria da margem, espaço ou «área de apreciação».

Atualmente, porém, ambos esses Tribunais rejeitam aquela teoria, bem como as que lhe são assemelhadas, muito embora o debate siga vivo no campo doutrinário. Sinala Maurer, a este propósito, que «a Corte Administrativa Federal, no início, só exercia um controle limitado sobre os conceitos jurídicos indeterminados, mas, logo após, passou a sustentar a tese segundo a qual, abstração feita das exceções que serão apresentadas mais adiante, os conceitos jurídicos indeterminados são suscetíveis de um controle integral por parte dos tribunais, não tendo a Administração, conseqüentemente,

<sup>12</sup> Assim, por exemplo, por Hartmut Maurer, Allgemeines.., p.134 e Elementos, p.56 e ss.

nenhuma margem de apreciação»<sup>13</sup>.

A primeira dessas exceções concerne justamente à questão que estamos analisando, pois diz respeito ao controle jurisdicional das respostas consideradas como corretas pela Administração Pública, em exames realizados por seus órgãos ou instituições.

De novo é Maurer, talvez o mais divulgado dos administrativistas alemães contemporâneos e dos mais reputados entre eles, quem descreve a posição atual da jurisprudência germânica sobre essa matéria:

«A área de apreciação quanto ao direito aplicável aos exames foi reconhecida pela antiga jurisprudência administrativa a partir da decisão fundamental do Tribunal Administrativo Federal de 25.04.1959 (BVerwGE 8,272) porque, no âmbito escolar, as apreciações são de caráter técnico e científico mas também, igualmente, de caráter pedagógico, e, nas mais das vezes, a situação existente no dia do exame não pode ser repetida, faltando, além disso, para o posterior controle judicial do caso concreto, a necessária comparação com as provas dos outros candidatos. Assim, a correção das provas não poderia ser materialmente controlada, restringindo-se o controle à verificação de ter o examinador (1) observado as regras do procedimento, (2) partido de uma constatação exata dos fatos, (3) seguido os critérios de avaliação geralmente aceitos, e

(4) não se ter deixado guiar por considerações impertinentes. Desse modo, as afirmações dos candidatos de que o examinador, ilegitimamente, considerou errada uma resposta que era correta, não pode ser levada em conta, nem mesmo sob o aspecto dos critérios gerais de avaliação. Seria diferente se a avaliação material parecesse ser arbitrária»<sup>14</sup>.

Prossegue o mesmo autor notando que o Tribunal Constitucional Federal tomou posição contrária a esse entendimento, desde duas decisões importantes, proferidas em 14 de abril de 1991, nas quais se pronunciou sobre exames para o acesso ao exercício profissional. Nessas decisões firmou o Tribunal Constitucional Federal a orientação de que, em matéria técnica ou científica, o controle judicial é pleno e ilimitado, inexistindo qualquer margem ou «área de apreciação».

Os tribunais administrativos, nesses casos, podem e devem apreciar integralmente as avaliações feitas pela Administração em questões de natureza técnica, inclusive com a ajuda, se necessário, de peritos.

Uma vez que fique evidenciado que a resposta do candidato é adequada (zutreffend) ou pelo menos «sustentável» (vertretbar) e fundamentada com ponderáveis argumentos, não pode ela ser considerada errada, como acertadamente decidiu o Tribunal Constitucional Federal<sup>15</sup>.

13 Allgemeines, p. 136 e ss.; Elementos..., p.58 e ss.

14 Allgemeines., p. 139 e ss.; Elementos...,p. 56 e ss.

15 Allgemeines ...140 «Der Kandidat ist daher auch mit der Behauptung zu hören, seine Antwort auf die Prüfungsfrage sei zutreffend oder zumindest vertretbar gewesen. Zu Recht stellt das BVerfG fest das eine vertretbare un mit gewichtigen Argumenten folgerichtig begründete Lösung nicht als falsch gewertet werden darf». E, ainda mais incisivo, Elementos..., p.59 :«O examinador não deve avaliar como errônea uma solução exposta pelo examinando se ela esta conseqüentemente fundamentada e na literatura, em alguma parte, é sustentada seriamente, mesmo que ele próprio a considere como errônea».

Só existe um controle judicial limitado das avaliações das provas quando elas estiverem especificamente relacionadas com o exame (prüfungsspezifische Wertungen), de tal modo que a consideração isolada da prova de um candidato possa hostilizar a igualdade de chances e, pois, o princípio constitucional da igualdade (GG, art. 3 I).

Conclui Maurer que, embora esses julgados do Tribunal Federal Constitucional tenham sido proferidos em casos de exames exigidos para o exercício profissional, eles devem se estender para qualquer espécie de exame<sup>16</sup>.

Creemos que o Tribunal Constitucional Federal alemão colocou a questão nos devidos termos, ao sustentar a inexistência de margem de apreciação no tocante às questões de exame de natureza técnica ou científica e a existência dessa margem ou «área de apreciação», quando se cogitar de prova, por exemplo, cuja avaliação não dispense a análise das provas de todos os demais candidatos. É o que sucede nas provas de natureza dissertativa nas quais, para a justa avaliação de uma delas, será indispensável o cotejo com as outras.

Também é razoável o reconhecimento de «área de apreciação» nas provas realizadas em escolas públicas, quando entram outros fatores, como os de natureza pedagógica, como já salientado na jurisprudência tradicional dos tribunais administrativos alemães.

Além do mais, é de ponderar-se que nas escolas e instituições públicas de ensino conhece o aluno a orientação dos mestres e o que eles consideram certo ou errado.

Entretanto, nas provas chamadas objetivas, ou de múltipla escolha, ordinariamente realizadas nos concursos públicos brasileiros, não há nenhum razão que autorize o reconhecimento de uma margem de apreciação à banca ou comissão examinadora que devesse ser respeitada pelo Poder Judiciário, pois as considerações sobre igualdade de chances ou sobre a necessidade do cotejo de uma prova com todas as demais não têm qualquer sentido. O que resta, nessas hipóteses, é a indagação se, em matéria científica, técnica ou artística, pode a banca reputar como certa resposta insustentável à luz da técnica ou da ciência ou, inversamente, considerar como errada resposta que, por aqueles padrões, é correta. Neste particular, o controle jurisdicional é, em princípio, total e irrestrito, só podendo ser limitado pelo próprio órgão julgador caso conclua que os elementos constantes do processo não lhe permitem afirmar que a solução tida como correta pela banca ou comissão examinadora é errada, ou vice-versa.

Não são poucas as situações de aplicação de normas jurídicas cujo conteúdo é composto por noções técnicas ou científicas grandemente abstratas e, por isso mesmo, vagas ou imprecisas, em que a Administração Pública, por estar mais próxima dos problemas concretos e dispor de meios técnicos que faltam ao Poder Judiciário, terá melhores condições do que o juiz de aplicar corretamente aquelas noções incorporadas aos textos legais.

Isso ocorre, sobretudo, na área das licitações. Mas acontece, também, nos concursos públicos, notadamente naqueles realizados para o provimento de cargos técnicos,

<sup>16</sup> Allgemeines..., p.140.

das mais diferentes áreas de conhecimento. É claro que, sendo em princípio, pleno o controle judicial dessas questões, no curso do processo, com a colaboração dos peritos e assessores técnicos e com as contribuições trazidas nos respectivos laudos, poderá o juiz formar convicção firme de que, ao contrário do que consignava o gabarito, a resposta correta era a do candidato, ou que nenhuma resposta do gabarito, no pertinente a determinada ou determinadas questões, era certa. Se assim efetivamente acontecer, não haverá nenhuma razão, nem lógica, nem jurídica, para que o juiz, convencido do erro da administração, cruze os braços diante da iniquidade, ao argumento de que, se agisse diferentemente, estaria atravessando linha rigidamente imposta pelo princípio constitucional da separação dos poderes.

Cabe advertir, entretanto, que, na generalidade dos casos, a apuração da correção ou incorreção do gabarito não dispensará o auxílio de peritos, o que torna inviável, já se vê, a utilização do mandado de segurança para discutir questões da natureza da que estamos examinando.

#### IV. Conclusão

A jurisprudência brasileira, em tema de controle judicial de atos administrativos praticados em procedimento de concurso público para provimento de cargos e empregos público, é extremamente conservadora e continua a orientar-se por padrões incompatíveis com os apregoados pelo Direito Constitucional contemporâneo, como, por exemplo, o da maior efetividade possível da Constituição<sup>17</sup>, o que vale dizer, do próprio Estado de Direito.

O direito de acesso aos cargos e empregos públicos está prestigiado na nossa Constituição da República como um direito subjetivo público, correlacionado com o direito ao trabalho, que é um direito fundamental<sup>18</sup>, cercado de garantias que resultam, sobretudo, do princípio democrático, dentre as quais avulta a que se expressa na exigência de concurso público a que terão de submeter-se os que aspiram alcançar aquelas posições.

O concurso público para a admissão nos serviços do Estado é um procedimento sério de seleção de candidatos, no qual deverá existir, em linha de princípio, a possibilidade de controle - não apenas administrativo, pelos caminhos dos recursos pertinentes - mas também de caráter jurisdicional, dos critérios de correção das provas, sob pena de poder transformar-se em fraude e burla dos interesses dos competidores.

Já foi anteriormente ressaltado que a Administração Pública não tem o poder

17 Esclarece J.J. Gomes Canotilho: «Este princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efectiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).» (Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Coimbra, Almedina, 2000, p. 1187).

18 CF, art. 6º

incontrastável de reputar como certo o que bem lhe parecer, pois isso seria arbítrio.

Via de regra, no estágio atual do Direito Administrativo, não se admite que, salvo em casos excepcionais, goze a Administração Pública de «área de apreciação» na correção de questões científicas, técnicas ou artísticas formuladas em provas de concurso público. Dito de outro modo, nessa hipótese, o controle jurisdicional não é, a priori, limitado, como ocorre com o controle dos atos administrativos de exercício de poder discricionário, mas, sim, a priori, ilimitado.

As exceções ao controle ilimitado ou pleno do Judiciário, nessas situações, podem decorrer, como já ressaltado, do tipo de prova realizada e do modo como foi ela aplicada. Há, por exemplo, «área de apreciação» da Administração Pública, quando é indispensável, para a correção da prova ou atribuição de grau, o exame comparativo das provas prestadas pelos demais candidatos, como sucede nas provas dissertativas.

Outra exceção pode verificar-se quando, em razão da complexidade da matéria versada, o juiz não se considerar capacitado a afirmar se está correta ou incorreta a resposta dada como certa ou errada pela Administração Pública, apesar dos pronunciamentos e dos esclarecimentos prestados pelos técnicos que se manifestaram no processo.

De qualquer modo, a essa conclusão só chegará o juiz por uma limitação cognoscitiva identificada no final de todo um esforço desenvolvido ao longo do processo e endereçado a apurar, no confronto do gabarito oficial com as soluções recomendadas pelo estado atual das ciências, da técnica e das artes, se eles estavam ou não em harmonia. Isso não sendo possível, caberá ao juiz manter as valorações e juízos da Administração Pública, nada justificando que os substitua por seus próprios juízos ou valorações.

A jurisprudência brasileira dominante tem ficado fiel, há muito tempo, no concernente ao controle jurisdicional de correção de provas em concursos públicos, a orientação que hoje se poderia chamar tranqüilamente de anacrônica, por desconhecer os avanços técnicos verificados, no século passado, nos campos específicos do Direito Constitucional e do Direito Administrativo.

Nas mais das vezes, as decisões que se incorporam aos rumos da nossa jurisprudência dominante nessa matéria, nem mesmo cogitam, como o faz o direito francês, dos «erros manifestos de apreciação» no exercício do poder discricionário.

Como é sabido, e como tive ocasião de registrar em outra ocasião, na França, «só muito recentemente é que os atos administrativos de exercício de competência discricionária, além da submissão ao controle jurisdicional comum - sob aspectos externos, como a competência, a forma e o procedimento, ou mesmo internos, como o desvio de poder, o erro de direito e o erro na verificação material dos fatos - passaram a sujeitar-se à revisão dos tribunais administrativos também quando expressam «erro manifesto de apreciação» ou, ainda, especificamente em matéria de desapropriação, não haja proporcionalidade entre custos e benefícios, na ponderação feita pela autoridade administrativa.

No que toca ao primeiro tema, ao «erro manifesto de apreciação», é oportuno

transcrever as palavras de uma das mais ilustres administrativistas contemporâneas, Jacqueline Morand-Deviller:

«Nas áreas onde ela dispõe de um poder discricionário, à administração se reconhece “um poder para errar”, “a power to err”, como dizem os administrativistas anglo-saxões. Mais exatamente, uma certa dose de imprecisão lhe é concedida. A oportunidade das escolhas é apreciada com tolerância e a margem de liberdade é tanto maior quanto forem numerosas as alternativas oferecidas.

Mas há um “limiar” que não pode ser ultrapassado. Se a decisão em causa pode prestar-se à discussão, ela não poderá desafiar o bom senso e a lógica a ponto de atingir o absurdo. O erro manifesto é grave, grosseiro e tão evidente que poderia ser identificado por qualquer leigo. Dispor de poder discricionário não autoriza a administração a fazer o que bem entende. O erro de apreciação é tolerado pelo juiz, o erro manifesto é censurado»<sup>19</sup>.

Por essas observações bem se percebe que a teoria francesa do «erro manifesto» de algum modo se aproxima da teoria alemã da margem ou área de apreciação (*Beurteilungspielraum*) ou ainda das soluções que a jurisprudência italiana geralmente tem dado aos casos em que se verifica «discrezionalità tecnica».

A «discrezionalità técnica»- segundo antigo entendimento, hoje por vezes contestado - distingue-se do «certamento técnico» pelo nível de certeza que a ciência, a técnica ou as artes podem oferecer, diante de determinados fatos. Assim, a identificação do teor alcoólico de uma bebida é um «certamento técnico» e a qualificação de um acidente da natureza como dotado de beleza paisagística é um ato que envolve «discrezionalità técnica», comportando vários modos de apreciação e, pois, conclusões distintas<sup>20</sup>. Segundo Rocco Galli, a discricionariedade técnica exprime «um dos perfis do mérito administrativo» razão pela qual, em princípio, conforme a jurisprudência tradicional, não está sujeita ao controle do Judiciário<sup>21</sup>.

Contudo, a doutrina tem criticado severamente o entendimento de que a discricionariedade técnica seria verdadeiramente espécie de discricionariedade<sup>22</sup>, preferindo aproximar essa noção da concepção germânica dos «conceitos jurídicos indeterminados», na medida em que ela se refere «a um momento conoscitivo e implica solo giudizio».

Por outro lado, mesmo nos casos de discricionariedade em sentido próprio, o

19 Cours de Droit Administratif, Paris, Montchrestien, 2001, p.264: «Dans les domaines où elle dispose d'un pouvoir discrétionnaire, l'administration se voit reconnaître "a power to err", comme disent les administrativistes anglo-saxons. Plus exactement, une certaine dose d'imprécision lui est concédée. L'opportunité des choix est appréciée avec tolérance et la marge de liberté est d'autant forte que les alternatives offertes sont nombreuses. Mais il y a un "seuil" à ne pas franchir. Si la décision retenue peut prêter à discussion, elle ne saurait défer le bon sens et la logique au point d'atteindre l'absurdité. L'erreur manifeste est grave, grossière et si évidente qu'elle pourrait être décelée par n'importe quel profane. Disposer d'un pouvoir discrétionnaire n'autorise pas l'administration à faire n'importe quoi. L'erreur d'appréciation est tolérée par le juge, l'erreur manifeste est censurée».

20 Rocco Galli, Corso di Diritto Amministrativo, Padova, Cedam, 1994, -377-378.

21 Op. cit. p.378-379.

22 Quanto a isso, por todos, M.S. Giannini, Diritto Amministrativo, Milano, Giuffrè, 1970, vol 1º. p.488.

direito italiano, quer pela doutrina quer pela jurisprudência, a tem consideravelmente restringido mediante a singular feição que assumiu, no direito peninsular, o «excesso de poder». Este se expressaria, por exemplo, nas hipóteses de «injustiça manifesta», de «manifesta irracionalidade» ou de «macroscopiche illogicità» da escolha discricionária, entre outras situações em que ressalte a falta de razoabilidade da medida. Com a razoabilidade, ligam-se, também, as noções de congruência, adequação e proporcionalidade. Todas elas são balizas postas à ação administrativa discricionária, as quais implicam ampliação do controle jurisprudencial sobre a discricionariedade, seja administrativa, seja técnica<sup>23</sup>.

Esse tratamento diferenciado, particularizado, diríamos até matizado que o direito estrangeiro - especialmente o alemão, o francês e o italiano - vêm dando às hipóteses que versam matéria de controle jurisdicional de atos administrativos de exercício de poder discricionário ou de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, curiosamente não tem tido maior influência sobre as decisões dos tribunais brasileiros quando se pronunciam sobre a revisão judicial das correções de provas de concursos públicos.

Ordinariamente, permanecem nossos tribunais aferrados à antiga e ultrapassada concepção de que o controle do Poder Judiciário, nesses casos, é sempre e a priori limitado, não cabendo, por consequência ao juiz investigar a correção ou incorreção das respostas reputadas como certas pela Administração Pública, nem mesmo quando haja «erro manifesto de apreciação».

Quanto ao discrimine entre atos administrativos de exercício de poder discricionário e atos administrativos de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, que importa um notável progresso no controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, é ponto absolutamente ignorado pela jurisprudência brasileira.

A explicação, nunca confessada, dessa posição excessivamente conservadora dos nossos tribunais parece estar numa visão equivocada de política judiciária. A ampliação do controle jurisdicional sobre os concursos públicos é claro que aumentaria também, e de forma considerável, o trabalho do Poder Judiciário brasileiro, gerando número elevado de ações relacionadas, por exemplo, com os exames vestibulares realizados pelas universidades públicas, ou com as provas efetuadas para ingresso nas carreiras da magistratura, do ministério público ou das demais assim chamadas carreiras jurídicas, bem como para o provimento em cargos e empregos públicos qualificados como técnico-científicos.

Em muitas dessas ações teriam os juízes de apreciar questões de natureza científica ou técnica de considerável complexidade, o que lhes demandaria tempo, esforço e estudo para formar convicção sobre elas. Tudo isso entravaria ainda mais o funcionamento do nosso Judiciário, exatamente num momento em que uma de suas grandes preocupações é a busca de fórmulas que reduzam o número imenso de ações

23 Cf. Umberto Zuballi, *Il Controllo della Discrezionalità*, in *Potere Discrezionale e Controllo Giudiziario*, Milano, Giuffrè, 1998, p.155; José Manuel Sérvulo Corrêa, *op. cit.*, p.176, .

com que se vê a braços, a grande maioria das quais tem como réu o Poder Público.

Nenhuma dessas razões, entretanto, por ponderáveis que possam parecer, explica ou justifica que agravos a direitos subjetivos públicos dos indivíduos, que envolvem direitos fundamentais, sejam excluídos de apreciação do Poder Judiciário apesar da garantia constitucional expressa em termos inequívocos (CF, art. 5º, XXXV), ao argumento de que os critérios de correção de provas de concursos públicos, adotados pela Administração Pública, situam-se em área de apreciação imune ao controle jurisdicional, por caracterizarem exercício de poder discricionário.

Os problemas do Poder Judiciário por certo não haverão de ser resolvidos reduzindo a efetividade da Constituição, ao admitir-se que as regras nela consignadas, concernentes aos concursos de acesso à função pública, possam ser interpretadas pelos tribunais em desfavor dos candidatos injustiçados naqueles certames, ou porque as questões estavam mal formuladas, ou porque o gabarito estava incorreto, ou porque os candidatos acertaram as respostas às questões propostas e a Administração considerou, equivocadamente, tais respostas como erradas ou por outro vício qualquer nos critérios de correção.

A lamentável omissão do Poder Judiciário, nesses casos, ao consagrar a intangibilidade de graves lesões a direitos subjetivos públicos, a direitos fundamentais e à justiça material, apenas serve para acentuar a distância entre o Estado de Direito que temos e um outro, bem mais perfeito, que poderíamos ter.

## **MATRIZES IDEOLÓGICAS DO PROJETO DE CONSTITUIÇÃO FARROUPILHA**

1. O projeto de Constituição elaborado em Alegrete, no ano de 1843, para a República Rio Grandense, reflete as concepções político-jurídicas dos séculos XVII e XVIII, do mesmo modo como a primeira Constituição brasileira, de 1824, que lhe serviu, aliás, como modelo mais próximo. Esses documentos estão todos envolvidos pelo clima cultural e respiram a atmosfera em que viviam a Europa e os Estados Unidos, na passagem do século XVIII para o XIX. Em 1843 haviam transcorrido apenas 54 anos da Revolução Francesa e 56 da Constituição Americana — aproximadamente o mesmo período de tempo que nos distancia da Revolução de 30. O Estado absoluto estava morto e era a época do constitucionalismo, da tendência a plasmar num texto escrito, hierarquicamente superior às leis ordinárias, a organização e as linhas estruturais da Nação, mas sobretudo os direitos e garantias que tinham os cidadãos contra o Estado. Do ponto de observação em que nos encontramos, olhando do fim do século XX para a primeira metade do século XIX, é possível perceber com facilidade que, das várias vertentes que se unem para formar a corrente geral do pensamento político expressa nas primeiras constituições escritas, a mais forte é a liberal. E nem poderia deixar de ser de outro modo, pois os grandes movimentos que convulsionam as últimas décadas do século XVIII e projetam sua luz e suas sombras sobre o século XIX terminam com o triunfo da burguesia. O traço democrático, quando aparece mais vincado, tal como se vê na Constituição do ano I da Revolução Francesa, de 1793, é para ficar esquecido, num texto sem aplicação e logo apagado por uma nova Constituição, a do ano III, que

instituiu o regime de Diretório, eliminou o sufrágio universal direto e reinstaurou o sufrágio censitário.

2. O pensamento liberal coloca-se em posição polêmica ao Estado absoluto. As idéias políticas contrárias ao absolutismo ligam-se todas, à sua vez, ao racionalismo dos séculos XVII e XVIII. Conquanto, num primeiro momento, o racionalismo tenha servido à justificação do absolutismo, como ocorreu com Grócio e Hobbes, era inevitável que a razão, objetivamente cristalizada numa regra jurídica, acabasse por sobrepor-se à vontade do governante. O conflito entre racionalismo e voluntarismo que culmina, no plano político, com a sujeição do Estado à lei, com o estabelecimento do Estado de Direito e, portanto, com a vitória da razão sobre a vontade, é antiqüíssimo.

Deita raízes no pensamento grego e é especialmente vivo e palpitante na filosofia escolástica, na obra dos teólogos e dos doutores da Igreja. A revolução científica que se inicia com o gênio de Galileu, o extraordinário desenvolvimento das ciências exatas, a teoria do conhecimento de Descartes teriam, porém, inevitavelmente de repercutir no campo político e no Direito, tornando forçosa a conclusão de que assim como a natureza tem suas leis, identificadas e assimiladas pela razão. “a natureza da convivência humana”, isto é, a sociedade, o Estado e o Direito “devem reduzir-se a leis com a imutabilidade das leis matemáticas. Do mesmo modo como a conexão lógica dessas leis com a ciência da natureza engendrou um sistema do mundo exterior ao homem (Física), que culmina com a *Philosophiæ Naturalis Principia Mathematica* (1687) de Newton, surge, também, referido ao mundo natural dos homens, um sistema de sociedade, justamente o direito natural” (FRANZ WIEACKER *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Goettingen, 1952, p. 140).

No Estado absoluto o que prepondera é a vontade. O rei, como o Deus dos voluntaristas escolásticos, não é ratio, mas sim voluntas. O Estado é a vontade do rei, ou, na forma ainda mais concisa, de Luiz XIV, o Estado é o próprio rei. *L'Etat c'est moi*. A lei não é a vontade geral, como depois irá pensar Rousseau, mas é a vontade do monarca. O Rei é “lei viva e animada sobre a terra”, dizia-se dos velhos reis portugueses. E, em alguns casos, essa identificação perfeita entre a lei e o soberano chegava até mesmo ao ponto de aceitar-se que a regra jurídica não perderia sua natureza e continuaria, pois, sendo regra jurídica, ainda que permanecesse oculta, irrevelada e nunca exprimida, nas trevas do pensamento do monarca, como *lex mentalis*, a lei mental, suprema manifestação, a um só tempo, do absolutismo e do voluntarismo jurídico.

A história do liberalismo político é a história dessa tensão dialética entre razão e vontade e do amplo repertório de idéias, conceitos e instrumentos jurídicos ligados pela finalidade comum de conter eficazmente o poder do Estado, nas suas relações com os indivíduos ou com os cidadãos. É um longo caminho e eu me permitiria convidar os meus pacientes ouvintes a percorrê-lo apenas nos seus pontos principais.

3. (A) - Iniciemos com HUGO GRÓCIO (1583-1645). O *De Iure Belli Ac Pacis* não constitui apenas o fundamento do Direito Internacional moderno, mas igualmente o

marco inicial do jusnaturalismo racionalista. O pensamento de GRÓCIO orienta-se para duas ordens de considerações. A primeira delas é a de que é possível construir sistema jurídico cujas regras seriam extraídas, por dedução, de princípios naturais de justiça, concepção a que chega a partir do *jus gentium* romano, por ele identificado como o *jus naturale*. O direito natural, para Grócio, como *dictamen rectae rationis*, como imperativo da reta razão, existiria mesmo que se Deus não existisse — *etsi daremus Deum non esse* — o que significa um momento importante na secularização do Direito e sua libertação da teologia moral, ainda que essa idéia tenha sido tomada de FRANCISCO SUAREZ, na pugna contra o voluntarismo da baixa escolástica.

Sem o saber e sem o desejar, lançava GROCIO, assim, a semente que mais adiante germinaria na convicção de que o governante, ao invés de ser a *legibussolutus*, como se predica do príncipe romano, no discutido fragmento do *Digesto*, está subordinado a um complexo de princípios e normas que emanam da razão e os quais não poderá transgredir. Na verdade, ao admitir-se que o direito natural existiria mesmo que Deus não existisse ou que ao próprio Deus não caberia opor-se ao direito natural, estava-se a um passo da transposição desse pensamento para o plano político, com o conseqüente naufrágio do voluntarismo absolutista. GRÓCIO, no entanto, não deu esse passo, mas abriu caminho para que LOCKE o desse, como terei em breve oportunidade de lembrar.

Mas se, por um lado, GRÓCIO esboçava, desse modo, um limite ao poder do soberano, ao reconhecer limite ao poder maior de Deus, por outro justificava o absolutismo, ao retomar a idéia do pacto social. Não é outra, aliás, a explicação para o favor e o prestígio que a GRÓCIO emprestaram os adeptos e teóricos do velho regime.

O pacto social é uma idéia ou um mito que, na idade moderna, aparece na obra do jurista alemão ALTHUSIUS e que ressurgirá, depois, passando por GRÓCIO, em HOBBS e LOCKE, para encontrar sua formulação definitiva no *Contrat Social*, de JEAN JACQUES ROUSSEAU. No *De Iure Belli ac Pacis* no estado de natureza, em que o homem vive numa fase pré-estatal, o relacionamento entre os indivíduos é comandado pelo que GRÓCIO denomina de *appetitus societatis*, uma nova designação para nomear as qualidades do homem social ou do homem político de ARISTÓTELES. O equilíbrio que se verifica existir no estado de natureza é, entretanto, precário e instável. A diminuição dos bens disponíveis, o decréscimo da riqueza, as necessidades sempre maiores estimulam o nascimento de instintos e impulsos egoísticos. A liberação dessas tendências dá origem à violência, determinando que os indivíduos, na busca de interesses comuns e da utilidade comum, celebrem um pacto, pelo qual se dá a passagem do estado de natureza ao Estado verdadeiramente constituído e institucionalizado, ao outorgar-se a um soberano o poder de fazer respeitar, coercitivamente, os direitos de cada indivíduo. Dentre esses direitos sobressai o de propriedade, nas palavras textuais de GRÓCIO “a propriedade, tal como existe atualmente, foi introduzida pela vontade humana, mas, desde o momento em que foi introduzida, é o direito natural que me ensina que é para mim um crime apossar-me contra tua vontade do que é objeto da tua

propriedade”. O que GRÓCIO não fez, já o vimos, — e aí reside uma certa incoerência do seu pensamento — foi erguer a razão como um freio ao poder do soberano. O direito natural, em GRÓCIO, parece disciplinar exclusivamente as relações entre os indivíduos, como ênfase na boa fé e na fidelidade às obrigações assumidas nos contratos. No que diz, todavia, com as relações entre os indivíduos e o Estado, o direito natural, fruto da razão, fica empalidecido e impotente diante do poder do soberano, resultante do pacto social que assegura uma preeminência do poder do Estado com relação aos direitos dos indivíduos. De qualquer maneira, é irrecusável a importância da contribuição de GRÓCIO, apesar do seu conservadorismo político, para o ulterior desenvolvimento das concepções que irão convergir para o desenho das formas mais maduras do pensamento liberal.

(B) - Com THOMAS HOBBS (1588-1679) o jusnaturalismo assume um rumo inesperado e absolutamente original. O movimento jusnaturalista, anterior a HOBBS, tem como denominador comum o entendimento indiscrepante de que o direito natural compõe um quadro de valores e normas superior ao direito positivo.

Abria-se dessa maneira, um fosso ou estabelecia-se um contraste entre idéia e existência, pois só em determinados pontos coincidia o ordenamento jurídico real, o direito positivo, com aquele outro ideal direito natural. Como observa WELZER, na hipótese de antinomia ou de conflito entre ambos, o direito objetivo “podia ser obedecido para evitar escândalo e sedição, mas não tinha de ser obedecido” (*Derecho Natural y Justicia Material*, Madrid, 1957, p. 143). HOBBS, pela primeira vez, encurta a distância entre o ideal e o existente e, utilizando-se de pressupostos do jusnaturalismo, elabora a primeira grande teoria do positivismo jurídico, sem incorrer, na realização dessa tarefa, em saltos lógicos significativos. HOBBS admite, como GRÓCIO e tantos outros pensadores, do passado ou do seu tempo, um estado de natureza, anterior ao surgimento da sociedade civil. O que há de singular no pensamento de HOBBS, é que o estado de natureza por ele concebido mergulha nas névoas de um profundo pessimismo. Caracterizador do estado de natureza é o egoísmo, a ambição, a maldade, a prepotência. Trata-se de uma guerra de todos contra todos — *bellum omnium contra omnes* — onde inexiste qualquer segurança e qualquer meio eficaz para a proteção dos indivíduos. Estes são levados, portanto, ao contrato social não por um *appetitus societatis*, como em GRÓCIO, mas movidos tão-somente pelo medo.

É o medo que os faz transferir a um só homem ou a uma assembléia os seus direitos naturais, abdicando da ilimitada liberdade natural que nos tenha com relação aos outros. É evidente que esse pacto não é um *pactum societatis*, mas sim um *pactum subjectionis*. O pacto não se estabelece entre os indivíduos e o soberano, mas apenas entre os indivíduos. Sendo assim, o soberano, a que todos se submetem, não tem qualquer compromisso com seus súditos. Uma vez que os indivíduos renunciaram a seus direitos naturais em favor do Estado, os direitos que lhes cabem, após o pacto, são aqueles concedidos pela vontade do soberano, pela lei positiva. Anota um moderno

historiador italiano do Direito, ADRIANO CAVANNA, que “estamos diante de uma rigorosa teorização do absolutismo e, ao mesmo tempo, da doutrina de uma plena laicização do Estado: o fundamento deste último é identificado por HOBBS num fato racional da vontade humana (o contrato), ao invés de numa pretensa legitimação divina do poder do soberano” (Storia del Diritto Moderno in Europa, Giuffrè, 1979, p. 331)

Curioso é realçar a forma extremamente engenhosa como as concepções jusnaturalistas são transformadas em alicerces de uma rígida estrutura positivista. Disse agudamente NORBERTO BOBBIO que HOBBS “é um jusnaturalista na partida e um positivista na chegada” (apud, CAVANNA, op. cit., p. 333). Determinante do positivismo de HOBBS é o voluntarismo nominalista dos escolásticos ingleses OCKHAM e ESCOTO. Deles deriva, igualmente, o pessimismo de HOBBS. Segundo OCKHAM, a primeira inclinação do homem é para a discórdia, sendo o Estado uma instituição que assegura proteção contra os maus (cf., WELXEL, op. cit., p. 145). Por outro lado, ainda para OCKHAM, o bem e o mal resultam exclusivamente da vontade divina, não constituindo valores materiais em si, como se depreende dessa passagem célebre:

“As palavras furto, adultério, ódio, etc., designam estes atos não em sentido absoluto, mas só dão a conhecer que se está obrigado por preceito divino a fazer o contrário. Se fosse ordenados Deus, então não se estaria obrigado a fazer o contrário e não se os chamaria, conseqüentemente, furto, adultério, etc.”. (apud WELZEL, op. cit. p.105).

A aplicação dessas idéias ao Estado, feita por HOBBS, tem como resultado que o justo e o injusto decorrem de uma decisão ou de um ato de vontade do soberano, não havendo, ao contrário do que sustentava o jusnaturalismo idealista, uma medida racional para indicá-los. Não aceitando que o homem fosse originariamente bom, HOBBS era coerente em não procurar tirar da razão humana os valores e regras que seriam condicionantes do direito positivo, uma ordem ideal que se sobreporia à ordem positiva. Numa palavra, para HOBBS o que faz o Direito é o poder do Estado, não a razão ou a verdade, como deu expressão em fórmula famosa: “Auctoritas, non veritas facit legem”.

Da natureza de comando, de ato de vontade, que possui a lei, decorre que só a autoridade da qual ela emana é que poderia interpretá-la corretamente. “A interpretação de todas as leis, diz HOBBS, depende da autoridade do soberano e os intérpretes serão aqueles nomeados pelo soberano, a quem todos os súditos devem obediência. Se assim não fosse, pela habilidade de um intérprete a lei poderia ser torcida para exprimir coisas contrárias às que estavam no entendimento do soberano” (apud CAVANNA, op. cit., p. 332). O positivismo de HOBBS é causa, porém, de algumas importantes contribuições para o futuro perfil do Estado de Direito. Para HOBBS uma ação só é passível de pena se previamente existir uma norma que a proíba e que para ela estabeleça uma sanção, isto é, nada mais nada menos, que a

enunciação do moderno princípio que informa o Direito Penal: *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*. A esta axioma liga-se outro, pertinente à irretroatividade da lei penal, claramente anunciado no *Leviathan*, nestes termos: “no law afther a fact done can make it a crime”.

É por si só evidente a importância destas posições de HOBBS para o pensamento liberal. Se apenas é crime o que a lei assim qualifica, tem o indivíduo a plena liberdade de fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, identificando-se, assim, o silêncio da lei com a liberdade individual. Tal princípio, depurado do voluntarismo de HOBBS, é que se irá incorporar definitivamente ao patrimônio das conquistas liberais, e que vem invariavelmente estampado nas Constituições democráticas modernas. No que se refere à liberdade é, em suma, o princípio que OTTO MAYER denominará, já no fim do século XIX, de princípio da reserva legal.

(C) — Maior impulso, entretanto, tomará a corrente liberal com a obra de JOHN LOCKE (1632-1704), notadamente com os *Two Treatises of Civil Government*. Enquanto HOBBS valoriza o Estado e o poder do soberano, vendo na natureza da lei a vontade do monarca, LOCKE valoriza o indivíduo frente ao Estado, preocupado em garantir os seus direitos fundamentais, imanes e naturais ao homem, como a liberdade, a igualdade, a propriedade. É oportuno lembrar que LOCKE escreveu os seus dois tratados ao tempo em que fermentavam as tensões que eclodiriam na “gloriosa revolução”, da qual sairá o *Bill of Rights*, marco da maior importância para o constitucionalismo inglês (CAVANNA, op. cit., p. 336). Espelhando as aspirações da burguesia, LOCKE acentua notavelmente a importância da propriedade, a qual traria felicidade ao homem, ou, com suas palavras: “A maior felicidade não consiste em gozar dos maiores prazeres, mas em possuir as coisas que produzem os maiores prazeres”, desembocando, assim, no que LEO STRAUSS, analisando precisamente a obra de LOCKE chamou de “hedonismo capitalista” (apud JEAN TOUCHARD, *Historie des Idées Politiques*, Pressa Universitaires de France, 1959, vol. I, p. 375), e que hoje nós chamaríamos de justificação do consumismo.

O contrato social, que os homens celebram ao sair do estado de natureza tem por fim principal a conservação da propriedade (Segundo Tratado, capítulo IX, n.º 124). Mas, se o grande objetivo que os homens perseguem ao ingressarem na sociedade civil, pelo contrato social, é gozar suas propriedades, em paz e segurança, o grande instrumento para que isso se realize são as leis estabelecidas nessa sociedade. Assim, a primeira e fundamental lei positiva de qualquer comunidade é o estabelecimento do poder legislativo (Segundo Tratado, capítulo XI, n.º 134). E aqui chegamos ao ponto culminante das idéias liberais de LOCKE, onde é estabelecida a divisão das funções dentro do Estado, entre o Legislativo e o Executivo, iniciando uma linha

de pensamento que encontrará seu desdobramento integral no “Espírito das Leis”, de MONTESQUIEU. Em contraposição a HOBBS, que concentrava as funções do Estado nas mãos do monarca, LOCKE estabelece a cisão entre o Legislativo e o Executivo, colocando-o em órgãos diferentes e assinalando que o supremo poder do Estado é o Poder Legislativo, escolhido e nomeado pelo povo. Contudo, por eminente que seja o Poder Legislativo, não lhe cabe ser arbitrário e injusto. Neste ponto LOCKE adota as posições do jusnaturalismo idealista, para erguer uma barreira garantidora dos direitos individuais contra as intervenções do Estado. Se, diz LOCKE, no estado de natureza nenhum homem tinha poder absoluto e arbitrário sobre os outros, de dispor sobre sua própria vida ou sobre a vida e a propriedade dos demais, ao serem transferidos ao Estado, pelo contrato social, os direitos e poderes que tinham os indivíduos, não ficou o Estado investido de qualquer poder arbitrário, pois poderes do Estado são exclusivamente aqueles que lhe foram outorgados e tal poder não se encontrava entre eles.

Por análoga ordem de raciocínio sustentava LOCKE o direito de resistência dos cidadãos contra o Estado que arbitrariamente desbordasse dos poderes que lhes tinham sido delegados e agisse em desrespeito aos direitos naturais invioláveis dos indivíduos. Fica, portanto, claramente visto que é com LOCKE que se afirma pela primeira vez, em plenitude, no plano político, o primado da razão expressa na lei, como manifestação do supremo poder do Estado — o Poder Legislativo, distinto e separado do Poder Executivo — sobre a vontade dos governantes, que passariam a ser sujeitos à lei e por ela governados.

A garantia dos indivíduos não se esgotava, porém, aí. A separação das funções do Estado, que LOCKE foi buscar no Livro IV da Política de Aristóteles, para transformá-la em instrumento de combate ao absolutismo, e a supremacia da função legislativa sobre as demais funções do Estado, não eram ainda suficientes. Mais do que a lei, a muralha extrema de resistência ao poder arbitrário do Estado era formada pelos direitos naturais do ser humano, considerados como pré-existentes, invioláveis e superiores ao próprio Estado, tanto que, mesmo mediante lei, não poderiam jamais serem hostilizados.

Define-se com LOCKE, portanto, o perfil do Estado liberal, não intervencionista, respeitador e garantidor dos direitos individuais, submetido a rule of law que, no continente europeu, chamar-se-á de Estado de Direito.

Com o forte traço liberal-burguês de suas concepções, não admira que as idéias de LOCKE tenham tido a penetração que tiveram na Europa em geral, especialmente na França iluminista e nos Estados Unidos do século XVIII. Aperfeiçoadas por MONTESQUIEU, que dará forma final à teoria da divisão das funções do Estado, e enriquecidas pelo enérgico tom democrático que irradia a obra de ROUSSEAU, comporão a massa da qual sairão a ideologia da Revolução Francesa e a Constituição

Americana.

(D) — MONTESQUIEU (1689-1755) no célebre Livro XI, capítulo 6º, do seu *Espírito das Leis*, escreveu as páginas de ciência política mais importantes de todo o século XVIII. Elas irão influir poderosamente nas principais correntes de idéias relacionadas com o Estado e sua organização que, ultrapassando o século XIX, projetam-se até os nossos dias. Um dos pilares principais em que se apóia a glória de MONTESQUIEU é a teoria da tripartição das funções do Estado, às vezes impropriamente chamada de teoria da tripartição dos poderes do Estado, como se o poder do Estado fosse suscetível de fragmentação e não fosse, como é, unitário.

A noção de que existem várias funções dentro do Estado, aqui já foi dito, remonta a ARISTÓTELES (*Política* Livro IV, 14-16), LOCKE a retomou, para transformá-la em instrumento de contenção do poder absoluto do monarca, ao submetê-lo ao Poder Legislativo. Contudo, ao Legislativo e Executivo LOCKE agregava uma terceira função, por ele batizada de Poder Federativo, que consistiria, basicamente, no poder de fazer a guerra e a paz e de estabelecer ligas e alianças.

MONTESQUIEU concebe sua teoria nesses três períodos lapidares:

“A liberdade política de um cidadão é esta tranqüilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem da sua segurança; e para que tenha essa opinião é necessário que o governo seja tal que um cidadão não tenha por que temer outro cidadão.

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o Poder Legislativo está reunido ao Poder Executivo, não há liberdade; pois que se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Não há ainda liberdade se o poder de julgar não estiver separado do Poder Legislativo e do Poder Executivo. Se ele estivesse confundido com o Poder Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o juiz seria legislador. Se ele estivesse confundido com o Poder Executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor”.

(De *L'Esprit Des lois*, ed. du Seuil, 1964, L. XI, c. 6, p.586, tradução do autor).

Na concepção de MONTESQUIEU é manifesto que o Poder Legislativo é superior ao Executivo e ao Judiciário. Estes últimos devem dar pontual cumprimento ao que nas leis se consigna. No tocante aos juizes, deles diz, na conhecida frase, que “devem ser a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força nem o rigor”. O juiz autômato de MONTESQUIEU, tão diferente do juiz moderno, lembra, contudo, o intérprete da lei imaginado por HOBBS; ambos despojados de qualquer poder de criação.

Recomenda MONTESQUIEU, ainda, que o Poder Executivo, “por que quase

sempre tem necessidade de uma ação instantânea, é melhor administrado por um do que por muitos”, ao contrário do que ocorre com o Poder Legislativo, que é mais bem exercido por muitos do que por um só. Tendo presente a estrutura do legislativo inglês (o capítulo 6º, do Livro XI tem por título “Da Constituição da Inglaterra”), manifesta MONTESQUIEU sua preferência pelo sistema bicameral e pela democracia representativa, contra o qual ROUSSEAU, pouco depois, lançará suas farpas, em palavras veementes.

O breve sumário de algumas linhas fundamentais do pensamento político de MONTESQUIEU já deixa entrever quanto dele passou à história, não apenas à história das idéias políticas — muitas das quais eu chamaria de não funcionais ou não operativas, por terem ficado nos livros e não transcenderam o reduzido círculo dos especialistas ou dos eruditos — mas à própria história política e à história do Direito Público, como fermento de revoluções e como arquétipo de textos constitucionais.

Conquanto a disseminação do parlamentarismo e da delegação legislativa tenha posto em xeque, nos nossos dias, a teoria da tripartição das funções do Estado, reduzindo sua importância, não há dúvida que foi ela a grande estrutura em que se encastelou, de forma plena e acabada, o pensamento liberal, nos séculos XVIII e XIX. A ela liga-se diretamente o conceito de Estado de Direito e o importante princípio da legalidade da administração pública, que é, aliás, um corolário ou uma secreção do Estado de Direito.

(E) — Esta viagem, pelas cumeadas ou pelos pontos mais altos das concepções políticas dos séculos XVII e XVIII ficaria incompleta, seria se deixássemos de lado JEAN-JACQUES ROUSSEAU e o seu Contrato Social. No contrato social, ROUSSEAU, contrariando GRÓCIO, nega a existência de um *appetitus societatis* e, embora aceitando, em parte, a concepção de HOBBS, que não admite no estado de natureza qualquer laço de simpatia entre os homens, não chega ao ponto de aceitar a existência de uma guerra de todos contra todos: o que haveria apenas a indiferença recíproca (WELZES, op, cit., p.154).

Tem ROUSSEAU ainda em comum com HOBBS o reconhecimento do poder absoluto do Estado, sem os limites do jusnaturalismo idealista. Contudo, ao voluntarismo pessoal de HOBBS, opõe ROUSSEAU como expressão máxima da soberania a *volonté générale*, que já aparece no vínculo instituidor do próprio Estado, no contrato social. Muito embora a fundamentação democrática, o ingresso do indivíduo no Estado implica “a alienação total de cada associado com todos os seus direitos à toda a comunidade”, de tal sorte que “ninguém tem nada mais a reclamar” (Contrato Social, Livro I, capítulo VI). Haverá, assim, que se distinguir entre a liberdade (Contrato Social, Livro I, capítulo VII). É certo, por outro lado, que essa “vontade geral só pode dirigir as forças do Estado no sentido do bem comum”, pois o laço social resulta do que há de comum entre os diferentes interesses dos indivíduos. E conclui: “É somente sobre este interesse comum que a sociedade pode ser

governada” (Contrato Social, Livro 11, capítulo I). Transforma-se, assim, a vontade geral no espírito superior que, inteiramente laicizado comanda e anima o Leviathan, numa insólita e ambivalente fusão da idéia democrática com o incontrastável absolutismo do Estado.

O denso componente democrático do pensamento de ROUSSEAU, que se materializa sobretudo na noção de vontade geral, conduziu o moderno conceito de lei, que irá, a seu turno, servir de precioso complemento, na formação do mosaico do constitucionalismo democrático, às idéias de LOCKE e MONTESQUIEU.

Para ROUSSEAU, a lei há de ser geral num duplo sentido: geral porque expressa a vontade geral do povo e geral pela impessoalidade do seu enunciado. Na lei, casam-se, pois, o dado democrático da sua elaboração com a afirmação plena do princípio da isonomia, da igualdade dos cidadãos perante o Estado em qualquer hipótese, mesmo diante da mais alta expressão do poder e da vontade do Estado, que é a lei (Veja-se mais extensamente, sobre o conceito de lei em ROUSSEAU, CARRÉ DE MALBERG, Contribution a la Théorie Générale de L ‘Etat, Sirey, 1920, vol. I, p. 276 e segs).

“Quando eu digo — escrevia ROUSSEAU — que o objeto das leis é sempre geral, entendo que a lei considera os indivíduos como coletividade e as ações como abstratas, jamais um homem como indivíduo, nem uma ação particular (...) Toda função que se relaciona a um objeto individual não pertence à função legislativa” (Contrato Social, Livro II, cap. VI).

Da obra de ROUSSEAU, o conceito passou para o art. 6º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, com o enunciado de que “a lei deve ser igual para todos”, e daí para a parte dos direitos e garantias individuais que geralmente integra as constituições democráticas do século XIX e XX do nosso século.

Desnecessário é ressaltar aqui a significação do pensamento de ROUSSEAU na Revolução Francesa. A idéia do controle social e da soberania popular em que implicava a vontade geral foi aproveitada, adaptada às circunstâncias do momento, expandida e divulgada por SIEYES, ao dar ênfase à teoria do poder constituinte, o qual, pertencendo em sua origem à nação, pertenceria a rigor ao terceiro estado, que seria a classe que se identificaria com a nação.

A concepção rousseauiana da vontade geral era, por outro lado, incompatível com a representação popular ou com a democracia representativa. ROUSSEAU era um entusiasta da democracia direta, apesar de reconhecer as dificuldades existentes para o seu exercício nos Estados mais desenvolvidos e mais populosos. Declarava ele: “A soberania não pode ser representada, pela mesma razão que não pode ser alienada; consiste essencialmente na vontade geral, e a vontade não se representa: ou é ela mesma ou é outra, não há meio termo. Os deputados do povo não são nem podem ser seus : representantes; são apenas seus comissários e nada podem concluir definitivamente. Toda lei que não seja ratificada diretamente pelo povo é nula, não é uma lei”. (Contrato Social, Livro III, capítulo : XV).

As práticas plebiscitárias, de iniciativa ou de referendo popular, ou ainda do recall, enconradiças, com maior ou menor ênfase, nos textos constitucionais contemporâneos, reconduzem-se, assim, ao pensamento de ROUSSEAU.

4. É nessa ampla moldura de idéias políticas, aqui só esboçadas em seus grandes traços, que se ir situam as Constituições editadas em todo o mundo, no fim do século XVII e na primeira metade do século XIX. No caso brasileiro, a Constituição outorgada, de 1824, recebeu ainda uma forte contribuição das idéias de BENJAMIN CONSTANT, que CARLOS MAXIMILIANO chama de “Papa I do Constitucionalismo Imperial” (Comentários à Constituição Brasileira, 1954, vol. I, p. 34). Diz o Visconde do Uruguay, que as palavras que definem Poder Moderador, no art. 98 da Constituição de 1824, “são a chave de toda a organização política” — são com efeito copiadas ou tiradas de outras semelhantes ou equivalentes que Benjamin Constant emprega no Capítulo 1º da sua — *Politique Constitutionnelle*” (Ensaio sobre o Direito Administrativo, Rio, 1862, tomo 11, p. 36 e 37, nota 1).

A *Politique Constitutionnelle*, segundo outra vez CARLOS MAXIMILIANO, gozou “do prestígio de bíblia no parlamento brasileiro durante cinquenta anos; era invocado a cada passo nas grandes batalhas tribunícias; adquiriu entre nos autoridade quase igual à do federalista nos Estados Unidos” (op. e p. cits.)

5. Mas, com o Poder Moderador, compreende-se que a transição de uma monarquia absoluta para uma monarquia constitucional, que importava a ablação da vontade do soberano como lei e a sujeição do imperador à razão objetiva dos preceitos exarados pelo Poder Legislativo, não poderia fazer-se com absoluta tranqüilidade. A força de inércia do velho regime não cessava diante do novo, como não cessava o vezo de o monarca considerar-se ainda investido dos poderes que antigamente lhe cabiam. Explica-se desse modo o permanente conflito entre a coroa e o Poder Legislativo, que é uma das notas típicas do nosso primeiro Império e que irá refletir-se nas províncias, após o Ato Adicional de 1834, como ilustra a experiência rio-grandense.

6. No que diz propriamente com a República Rio-grandense, ao falar-se em Constituição, dever-se-á atentar para as observações de FERDINAND LASSALE, na sua conferência sobre a “Natureza da Constituição”, feita em Berlim, em 1862. Para LASSALE, “as questões constitucionais não são na sua origem questões jurídicas, mas sim de poder. A Constituição de um país consiste nas relações de poder realmente existentes nesse país: o poder militar, corporificado no exército, o poder da sociedade, corporificado na influência dos grandes proprietários; o poder econômico corporificado na grande indústria e no grande capital, finalmente, ainda que sem a mesma importância dos outros, o poder espiritual, corporificado na consciência comum e na cultura e educação comuns”. (KONRAD HESSE, *Die Normative Kraft der Vertassung*, J.C.B. MOHR, 1959, p. 3).

Vista por este ângulo, durante o tempo que durou a República Farroupilha, é irrecusável que ela consistiu num estado militar, em que o estamento dominante era composto de chefes militares que se identificavam com os grandes proprietários rurais.

Prevalentes, no jogo de poder e interesses, eram o poder e os interesses dessa burguesia. Era fatal, por conseqüência, que quando se cogitasse de elaborar uma Constituição para essa república, ela deveria necessariamente espelhar com fidelidade tal estado de coisas.

O projeto de Constituição concebido em Alegrete, em 1843, conquanto nunca se houvesse transformado em Constituição escrita e formal da República-Riograndense, é um documento significativo como retrato dessa outra Constituição, de que falava LASSALE, que não está no papel e nem nos livros, mas que é viva e real, e que nos permite, hoje, aludir à Constituição da Roma Republicana ou da Roma Imperial, ou às Constituições das cidades-Estado gregas.

É notório que o projeto de Constituição da República Rio-grandense modelase, em grande parte, sobre a Constituição Imperial brasileira, substituindo obviamente — no rol do que hoje se denomina em Direito Constitucional de princípios estruturantes do Estado — o princípio monárquico pelo republicano, mas mantendo o da democracia representativa e do Estado de Direito (Art. 4º e Art. 201).

Referentemente à democracia representativa o projeto é enfático ao afirmar, com ROUSSEAU que “soberania reside essencialmente no povo”. para logo depois contraditá-lo com a declaração de que “a nação não pode exercer as atribuições da soberania, imediatamente por si mesma”(art. 9º). Do povo estão excluídos, nas assembléias paroquiais, os escravos, em princípio os menores de 21 anos; em princípio os filhos de família que viverem na companhia de seus pais; os criados de servir; os religiosos; os soldados, anspeçada e cabos de exército de linhas; os que não sabem ler nem escrever; os que não tiverem de renda anual cem mil Réis de bens de raiz (arts. 6º, I e 91, 1 e 92) .O sufrágio: pois, não era universal, mas restrito e censitário.

MONTESQUIEU está presente com o seu famoso princípio no art.10º: “O Poder Supremo da nação se divide para seu exército em Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judicial. Estes três poderes são delegados pelo povo e corpos separados e independentes uns dos outros”.

O Poder Legislativo, chamado de Assembléia Geral, é bicameral, na linha da tradição inglesa e da recomendação de MONTESQUIEU, dividido em Câmara dos Deputados e Câmara dos Senadores (art. 13).

Entre suas atribuições inscreve-se a de “eleger, reunidas ambas as câmaras o Presidente da República”(art. 14, 1º).

Na competência da Câmara de Deputados estava a de acusar, perante o Senado, o Presidente da República, Ministros de Estado, Conselheiros de Estado, membros de ambas as Câmaras e do Tribunal Supremo de Justiça pelos delitos mais graves, entre eles os de traição, violação da Constituição e das leis, dissipação dos bens públicos, peita, suborno e concussão por tudo quanto obrassem contra a liberdade, segurança e propriedade dos cidadãos e por quaisquer outros crimes que merecessem pena infamante ou de morte (art. 22). Era direta a eleição dos deputados (1 por 6 mil almas) devendo seu número ser 24 enquanto se não formasse o cadastro geral. O Senado é composto por senadores em número igual ao da metade dos membros da Câmara dos Deputados (art. 27). Os senadores eram divididos em três classes, e cada classe constará de um terço do número total. Os de primeira classe tinham seu mandato limitado a 4, os da segunda a 8 e os da terceira a 12 anos. Reunido o Senado, a sorte designaria quais os da 1<sup>a</sup>, 2<sup>a</sup> e 3<sup>a</sup> classe. Dava-se, assim, a renovação quatrienal do terço do Senado, mediante eleição indireta. Os senadores da 1<sup>a</sup> e da 2<sup>a</sup> classe eram eleitos mediante lista tríplice elaborada pela Câmara de Deputados e encaminhada ao Presidente da República, que escolhia o terço do número total de nomes constantes da lista (art. 33). A reforma do terço de senadores, que comporiam a 3<sup>a</sup> classe, em assembléias distritais, seria feita pelo povo, mas igualmente em eleição indireta (art. 34 e 89). Os deputados eram eleitos por votação direta (art. 89).

Resguardava-se aos deputados e senadores a inviolabilidade parlamentar pelas opiniões manifestadas nos discursos e nos debates, no exercício das suas funções (art. 64).

O Poder Executivo seria exercido pelo Presidente da República, cujo mandato limitava-se a 4 anos (art. 101). Era de 3 o número máximo dos Ministros. Estes eram responsáveis pelos decretos ou ordens que assinarem. “A ordem do Presidente da República, verbal ou por escrito, não os salva da responsabilidade” (art. 115).

Órgão do Poder Executivo era também o Conselho de Estado, que o Império do Brasil extinguiu pelo Ato Adicional de 12 de Agosto de 1934 (art. 32), mas que mais tarde voltaria a existir. Os conselheiros de Estado eram eleitos por eleição indireta do povo, da qual resultava uma lista tríplice, com base na qual o Presidente escolheria o terço na totalidade da lista. O mandato dos conselheiros de Estado era de 4 anos, com possibilidade de reeleição (art. 123).

O Poder Judiciário seria exercido por tribunais, juizes e jurados, nos casos e pelos modos que as leis determinassem (art. 147).

Os membros do Supremo Tribunal de Justiça seriam nomeados pelo Poder Executivo, com aprovação do Senado, do mesmo modo como os demais juizes (arts. 151, 157 e 161). O Supremo Tribunal de Justiça funcionaria na capital da República. Além dele haveria, na Capital da República e nas cidades e vilas onde fosse conveniente, um ou mais tribunais de apelações para julgar as causas em

segunda e última instância.

Os juizes de paz seriam eleitos pelo mesmo tempo e maneira por que se elegeriam os vereadores das câmaras municipais (art. 164). Sua função era “a de conciliar as partes nos pleitos que quiserem iniciar”(art.165).

Os magistrados e juizes não seriam destituídos de seus empregos senão por sentença, mas podiam ser mudados de uns para outros lugares, na forma da lei (art. 177).

Referentemente à administração dos municípios seria ela confiada a um agente imediato do Poder Executivo, com o título de Diretor, a que nos Distritos se subordinavam intendentes (art. 182). Suas atribuições seriam fixadas em decreto do Presidente da República. O sistema, por centralizador, implicava um retrocesso, se comparado com o da Constituição Imperial do Brasil, que confiava o governo econômico e municipal das cidades e vilas a câmaras de vereadores eleitos pelo povo (artigo 167).

As câmaras municipais seriam “corporações meramente administrativas, sem jurisdição alguma contenciosa”(art.186).

Por último, a parte pertinente às “Garantias dos Direitos Cívicos e Políticos dos Cidadãos Rio-grandenses” é praticamente repetição da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, ou, mais aproximadamente, do Título 8º da Constituição Brasileira de 1824.

Ali estão o princípio da isonomia, na sua formulação rousseauiana; o princípio da reserva legal, extraído do pensamento de HOBBS, assim como a idéia de irretroatividade das leis, que já aparece em CICERO, mas foi reforçada por HOBBS; a igualdade de acesso aos cargos públicos, que é um desdobramento do princípio maior da isonomia; a liberdade de expressão e de comércio; o direito de petição; as garantias contra a prisão arbitrária e os maus tratos nas prisões. Declarava, neste particular: “Em nenhum caso se permitirá que as prisões sirvam de tormento: elas serão seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas salas para a separação dos réus, conforme suas circunstâncias e natureza de seus crimes”. Vê-se por aí quanto evoluímos...O direito de propriedade era sagrado e inviolável, mas admitia-se a desapropriação, mediante prévia indenização. E havia, até, no final, pequeno elenco de direitos sociais e culturais, de caráter programático, copiado da Constituição Brasileira e que assegurava aos cidadãos os socorros públicos, a instrução primária e gratuita a todos, bem como colégios, academias e universidades, onde se ensinam as ciências, belas letras e artes (art. 228).

7. No conjunto, a característica conservadora e liberal, de manutenção do status quo, prepondera amplamente sobre o componente democrático, quase sempre enfraquecido pelo recurso à eleição indireta. Não nos parece, como pareceu a MOACYR FLORES, no seu “Modelo Político dos Farrapos”, que liberalismo e democracia sejam idéias opostas no século XIX. Pelo menos não eram, se tomadas

abstratamente, como também não eram para os integrantes das camadas economicamente menos favorecidas da população. Para eles liberalismo e democracia nada tinham e nada têm de antinômico. Proteção contra o Estado e participação do Estado, são tendências que se completam. O que sucede e que as classes mais favorecidas economicamente é que querem manter o poder, não lhes interessando desimpedir os caminhos que ampliam o acesso à participação democrática. Pode-se ser liberal e democrata, como também se pode ser liberal sem ser democrata. Tudo dependerá do grau em que cada um se encontra na escala de poder dentro da sociedade e do Estado.

Os Revolucionários de 1835 eram acentuadamente liberais e só muito discretamente democratas. Interessados na manutenção da sua situação econômica e social foram à insurreição porque estavam desagradados com o tratamento que o Poder Central dispensava à Província, o que os afetava nos seus negócios e no seu patrimônio. Sob esta luz os homens de 35 fixaram mais na tela da história o gesto romântico do heroísmo e da rebeldia, a altivez da atitude, o desassombro nos combates, a coragem e a pertinácia com que, por toda uma década, defenderam encarniçadamente suas convicções, do que propriamente a grandeza e o poder transformador das idéias que o motivaram.

Por isso é que nós, transcorridos 150 anos, os reverenciamos.



## CASAMENTO E A POSIÇÃO JURÍDICA DA MULHER NO DIREITO DE FAMÍLIA ROMANO DO PERÍODO CLÁSSICO

1. Marguerite Yourcenar, nas notas do seu belo livro “Memórias de Adriano”, colheu na correspondência de Flaubert esta observação que ela diz inesquecível:

“Não existindo mais os deuses e Cristo não existindo ainda, houve, de Cícero e Marco Aurélio, um momento único, onde só o homem existiu”, É este, precisamente, o período em que se desenvolve e consolida a noção tipicamente romana de *humanitas*, palavra que, segundo Fritz Schulz, “expressa a dignidade e a grandeza da personalidade humana, que distingue o homem de todos os demais seres sobre a terra”; o valor que “compreende a educação moral e intelectual, mas também gentileza, bondade e compaixão, a contenção da própria vontade, a consideração pelos outros” (Principles of Roman Law, p. 190). A noção de *humanitas*, isoladamente, como quer Schultz, ou aliada a outras causas, seria responsável por profundas alterações nas instituições romanas, notadamente na família, que não é apenas o centro da organização doméstica e social, como também o modelo segundo o qual se desenha a estrutura política, conforme difundida e autorizada doutrina, de que Bonfante é a voz mais representativa.

Com relação a filhos ou outras pessoas que podiam integrar a família romana, como, por exemplo, as pessoas *in mancipio*, as modificações jurídicas que se verificam nesse período são incomparavelmente menos expressivas do que as relacionadas com a situação da mulher. Na verdade, ela desfruta, no Direito Romano do período clássico, de uma liberdade raramente encontrada no mundo antigo pelas pessoas do sexo

feminino. Essa luz, entretanto, apesar de forte e vigorosa, brilhará por pouco tempo.

O direito pós clássico irá empalidecer algumas das conquistas, suprimir outras ou criar instituições que são um claro retrocesso. Na ligação entre o mundo antigo e o mundo dos nossos dias, quanto ao Direito de Família, o precioso legado do Direito Romano, tão importante na formação de diversos ramos do direito privado de numerosos sistemas jurídicos ocidentais contemporâneos, foi obscurecido pelo direito canônico medieval, que fixou as vigas mestras que ainda hoje o sustentam.

Dentre as muitas revoluções que marcaram o século XX, poucas terão o relevo da iniciada pelas mulheres, na luta pelo reconhecimento da sua igualdade, formal e material, com os homens. Não se trata, por certo, de obra acabada. É, antes, realidade imperfeita e ainda em andamento, apesar das mudanças legislativas que, aqui e ali, se produziram nos dois hemisférios e da consciência da comunidade masculina de que a sua parceira não é e não será mais, nas épocas vindouras, o ser passivo, sem opiniões, idéias ou vontade, que atravessou séculos de sujeição servil ao poder do homem. Mas não se remove tão facilmente o que tem sobre si o peso do tempo, nem se estanca de um golpe o carro da história, com toda a sua carga de preconceitos, de estereótipos, de gestos repetidos, de hábitos e comportamentos que, irracionais ou não, chegaram a cristalizar-se e deitaram fundas raízes na sociedade e na cultura dos povos. Se muito já foi feito, muito há ainda por fazer. A essa tarefa de construção do futuro talvez contribua a reflexão sobre um trecho do passado, que, se não houvesse sido interrompido em seu curso, possivelmente há muito já se teriam transformado em realidade conquistas que as mulheres só há pouco obtiveram ou que ainda estão por obter.

2. O Direito se ocupa do poder, de como se constitui, da sua estrutura e da sua partilha. Na antiguidade romana mais primitiva, a conduta das pessoas se acha limitada por duas ordens de normas perfeitamente distintas apesar dos múltiplos pontos de conexão entre elas, e que compõem, respectivamente, o *ius* e o *fas*. A primeira baliza o relacionamento dos homens entre si e a segunda as relações entre os homens e os deuses. No meio de ambas, como fator de estabilização e de disciplina social, ficam os *mores*, depois qualificados geralmente pela invocação dos antepassados, os *mores majorum*, que tanta importância têm no casamento romano, como se verá adiante. Com o correr do tempo verifica-se um processo de redução da área ocupada pelos *fas* com o correspondente aumento da abrangida pelo *ius*. Algumas normas do *fas* ou do direito divino, passam a integrar o *ius*, ou o direito humano. Muitas delas, ao se dessacralizarem, contribuem para a formação do incipiente direito penal romano, outras do direito processual, onde a ligação entre *ius* e *fas* era tão estreita, como mostra, sobretudo, a *legis actio sacramento*, e outras, ainda, se misturam ao costume (Kaser, *Das Altrömische Ius*, p. 22 e segs.).

No centro dessa moldura está a família e no centro da família o seu chefe, o *paterfamilias*. Fala Ulpiano em dois tipos de família: a família *proprio iure* e a família *communi iure* (D. 50. 16. 195.2). Por família *proprio iure* entende-se a formada pelo

chefe e pelas pessoas livres que lhe estão sujeitas; por família *communi iure* todas as pessoas descendentes, por linha masculina, de um ascendente masculino comum já falecido, ou que lhe estariam sujeitas, caso ainda estivesse vivo. A relação de parentesco que desse modo se estabelece entre os membros da família, quer seja ela *proprio iure*, quer *communi iure* chama-se *agnatio* e as pessoas são, umas com relação às outras, *agnati*. Em tempos mais remotos, a palavra família indica a totalidade das coisas e pessoas subordinadas ao poder do *paterfamilias*, como na expressão família *pecuniaque*, que aparece na fórmula do testamento *per aes et libram*. Igualmente em épocas mais primitivas existe, inclusive com importância jurídica, a grande família, a *gens*, ou seja, o conjunto de pessoas que descenderiam de um ascendente masculino comum, real ou suposto, e que têm o mesmo nome, o *nomen gentile*. Para esta exposição, a família que nos interessa é a *proprio iure* e é ela que examinaremos mais minuciosamente.

3. Integram a família aquelas pessoas que estão submetidas ao poder do *paterfamilias*. São elas:

a) A mulher, desde que sujeita ao poder, à *manus*, do marido. A partir do fim da República a regra é a de que a mulher, ao casar-se, não fique subordinada ao poder do marido, pois o casamento é geralmente *sine manu*. Parece, entretanto, que originariamente só a mulher sob a *manus* do marido era chamada *materfamilias* (Kunkel, in Jörs, Kunkel, Wenger, *Römisches Recht*, p. 63).

b) Os filhos de ambos os sexos, nascidos de matrimônio legítimo (*iustum matrimonium*) e demais descendentes por linha masculina, bem como suas mulheres, desde que o casamento fosse *cum manu*. As filhas casadas, se o casamento fosse *sine manu*, permaneciam na família de origem, muito embora os filhos que tivessem se integrassem na família do marido, caso tivessem nascido também de um *iustum matrimonium*. Na hipótese e os pais viverem em concubinato, os filhos não se integram à família paterna, mas se ligam à família materna.

c) Os filhos adotivos. Só mais tarde, sob Constantino (c.5, 27, 5), os filhos legitimados são admitidos na família.

d) Pessoas livres, recebidas *in causa mancipii*. É esta uma situação decorrente do antigo *ius vendendi* reconhecido ao *paterfamilias*. Se o filho fosse vendido *trans*

Tiberim, além do Tibre, antigo limite de Roma, o filho se tornaria escravo. Contudo, se fosse vendido em Roma, como nenhum cidadão romano poderia ser escravizado dentro dos limites da cidade, ele continuaria livre e cidadão romano, mas passava a integrar a outra família quase como se fosse escravo (*servi loco*). Como a venda se fazia pela *mancipatio*, dizia-se da pessoa nessa situação *in mancipio esse* (Gaio, 1, 116).

A família assim formada era inteiramente dominada pela figura do *paterfamilias*. Primitivamente tinha ele o direito de vida e morte (*ius vitae necisque*) sobre todos os membros da família. Dispunha, igualmente, de um poder ilimitado sobre o patrimônio da família.

Nas épocas mais recuadas, os abusos que o *paterfamilias* praticasse no exercí-

cio do seu poder sobre as pessoas que lhe estavam sujeitas não acarretavam nenhuma consequência de ordem jurídica. Tais abusos não diziam, assim, respeito ao *ius*. Alguns deles constituíam uma lesão ao *fas*. A morte dos filhos ou da mulher pelo *paterfamilias*, sem a observância de certos requisitos, como o chamamento dos vizinhos e parentes (*iudicium domesticum*), não implicava, assim, uma contrariedade ao *ius*, uma iniúria, mas seria uma lesão ao *fas*, um *nefas*. O chefe da *famnia* tornava-se, nessas circunstâncias, *homo sacer*, isto é, alguém que ofendera aos deuses e que se tornara propriedade deles para que pudessem exercer sua vingança. Como essa vingança, entretanto, poderia recair sobre todo o grupo social ao que o *sacer* pertencia, qualquer membro do grupo poderia matá-lo ou bani-lo. Com o enfraquecimento do *fas*, a morte dos filhos ou da mulher pelo *paterfamilias*, nas condições indicadas, passa a ser considerada como ilícito penal e, pois, como iniúria, entendida esta palavra no seu sentido amplo. Posteriormente, entretanto, o caráter de ilícito penal desaparece. A conduta do *paterfamilias* com relação a seus dependentes passa a reger-se pelo costume e é, desde o início da República, fiscalizada e penalizada pelos censores (Kaser, *Das Altrömische Ius*, p. 61; *Das Römische Privatrecht*, I, p. 52 e segs.).

Além desse controle externo dos *mores*, exercitado pelo censor, o qual dispõe de uma série de medidas de repercussão social ou tributária (Kaser, *Das Römische Privatrecht*, I, P. 53), há ainda um controle exercido pelos parentes e vizinhos, chamados a testemunhar que a ação do *paterfamilias* é conforme o *fas* e os costumes.

Dentro desses limites subsistia, porém, o *ius vitae necisque* do *paterfamilias* sobre as pessoas que estavam sob seu poder. A *lex Iulia de adulteriis*, do tempo de Augusto, autorizava o *paterfamilias*, expressando ao que se supõe antiga tradição, a matar a filha surpreendida em adultério, na casa paterna ou na do genro (D, 48, 5, 24). observa Mommsen que é presumível que o marido tivesse, nos tempos antigos, o direito de matar a mulher adúltera. A legislação de Augusto, no entanto, proíbia que o fizesse e só Justiniano, dentro de certos limites, permitiu outra vez que assim procedesse (*Römisches Strefrecht*, p. 624; parece equivocado, neste particular, o registro de Kaser, com remissão a Mommsen, de que o marido, com a legislação de Augusto, poderia matar a mulher apanhada em adultério - *Das Römische Privatrecht*, I. 276).

Não há registro, em tempos históricos, da possibilidade de o marido vender a mulher.

A morte do *paterfamilias* ou a perda do *status libertatis* ou do *status civitatis* dava origem a tantas famílias quanto fossem as pessoas que lhe estivessem imediatamente subordinadas e que se tornam, assim, *sui iuris*: sua mulher in *msnu*, seus filhos e filhas. Os filhos e netos, estes quando descendentes de filho pré-morto, tornam-se *patres familiae*. E a mulher do falecido, assim como as filhas, formam, cada uma, uma família (Ulp. D.50, 16, 195, 5: *mulier autem familiae suae et caput et finis est*).

4. Importante para a formação do grupo familiar é o casamento. A concepção romana do casamento é completamente diferente da que conhecemos no direito mo-

derno. O princípio da segurança jurídica está a exigir, nos nossos dias, normas jurídicas precisas que disciplinem, com exatidão, a existência, validade e eficácia (esta última sobretudo sob o aspecto pessoal e patrimonial) do casamento. Assim, há preceitos jurídicos sobre a constituição do casamento e, analogamente, sobre sua dissolução ou sobre as hipóteses, sempre discriminadas em *numerus clausus*, de separação dos cônjuges, bem como sobre os impedimentos matrimoniais. Divórcio e separação, mesmo por mútuo consentimento, não prescindem da atuação do Poder Judiciário, o qual se ocupa, também, de um número considerável de ações relacionadas com o casamento e com o Direito de Família em geral. Em sua substância, nos países ocidentais, as regras jurídicas pertinentes ao casamento são fortemente influenciadas pela moral cristã e, como já se observou, pelo direito canônico, muito embora em pontos importantes, como por exemplo na questão do divórcio, tenha se verificado sobretudo neste século, um considerável recuo dessa influência.

Em contraste com essa minuciosa regulamentação do casamento no direito moderno, o Direito Romano apresenta um conjunto extremamente reduzido de preceitos, notadamente no que se refere à existência e validade do casamento. Tais regras, por outro lado, não têm origem religiosa e não são influenciadas pela religião.

A economia de normas jurídicas é responsável por uma antiga e ainda hoje forte corrente doutrinária que vê no casamento romano uma simples situação de fato, apesar de produzir reflexos jurídicos. As teorias que assemelham o casamento à posse partem dessa idéia. Registram os autores que se ligam a essas linhas de pensamento a ausência de um momento punctual, de um negócio jurídico perfeitamente definido que marque o início do casamento.

O elemento fundamental e cuja existência é absolutamente imprescindível para a caracterização da existência do casamento no Direito Romano é a *affectio maritalis*. A rigor trata-se de um elemento subjetivo mas que pode exteriorizar-se pelas mais diferentes maneiras. É evidente que a *affectio* que ficou guardada no psiquismo das pessoas e que não chegou a expressar-se, de modo a permitir que fosse conhecida pelos outros, não servia para que se considerasse existente o casamento. A relativa fluidez do conceito de *affectio maritalis* é que, juntamente com outros fatores, induziu muitos romancistas a associar a esse elemento de origem subjetiva e de difícil identificação do seu início ou do seu fim, um outro, de natureza objetiva, que seria a convivência, a coabitação, cujo ato inicial, à semelhança da tomada de posse, seria a *deductio in domum mariti*, das cerimônias que geralmente acompanhavam o casamento romano. Estabelecia-se, desse modo, o perfeito paralelismo entre casamento e posse. Ambos seriam *res facti* e não *res juris*, muito embora produzissem efeitos jurídicos, e ambos teriam dois elementos essenciais, *corpus* e *animus*. O *animus* seria a *affectio maritalis* que se exteriorizava na *honor matrimonii*, no reconhecimento social da mulher como esposa, enquanto que o *corpus* seria a convivência, iniciada com a *deductio in domum*. Scialoja e Bonfante estão entre os primeiros a definir o casamento romano como a

convivência de duas pessoas de sexos opostos, dando ênfase a esse aspecto, a ponto de transformá-lo em requisito essencial do matrimônio, e Levy e Albertario entre os que com mais veemência afirmam o paralelismo entre posse e casamento no Direito Romano (Orestano, *La Struttura Giuridica dei Matrimonio Romano*, p. 64 e segs.).

Volterra (*Diritto di Famiglia*, p. 31 e segs.) e Orestano (*op. cit.*, p. 80 e segs.) demonstraram, com argumentos irrespondíveis, que o único requisito de existência do casamento romano era, na verdade, a  *affectio maritalis*. A  *deductio in domum*, do mesmo modo como a  *honor matrimonii*, eram meramente sinais externos, como tantos outros, retirados do costume ou da religião, que assinalavam a intenção do homem e da mulher de constituir uma comunhão de vidas, permanente e duradoura. Conquanto  *affectio maritalis* e convivência andassem ordinariamente juntas, a ausência da última só poderia afetar o casamento quando fosse um indício seguro do desaparecimento da primeira.

A primazia da vontade é traduzida na máxima  *consensus facit nuptias*. O que faz o casamento não é a convivência, não é a existência de relações sexuais, é o  *consensus*, a  *affectio maritalis*. Diferentemente do que ocorre no direito moderno e diferentemente, também, das concepções vigorantes no período pós clássico, o consenso, a vontade de ser marido e mulher ou, em duas palavras, a  *affectio maritalis*, há de ser um elemento permanente em toda a relação matrimonial. Enquanto ele durar, dura o casamento; quando ele desaparecer, desaparece o casamento, sem necessidade de qualquer ato específico. A vontade, que se exprime na  *affectio maritalis*, há de ser contínua. Bem por isso é que, no período clássico, inexistia o delito de bigamia. Era absolutamente impossível que alguém tivesse  *affectio maritalis* por duas pessoas e ao mesmo tempo (Volterra, *op. cit.* p. 55).

No nosso direito, basta a vontade inicial, a intenção manifestada em ato próprio, de contrair casamento. Se após cessa a vontade de continuar casado, isso é, por si só, juridicamente irrelevante. Far-se-á necessário, para o desfazimento do casamento, além da vontade da parte ou das partes, um ato da autoridade judiciária.

Quanto ao paralelismo entre casamento e posse, é oportuno destacar, em primeiro lugar, que só talvez com relação a uma época muito primitiva seria possível afirmar que o casamento era puramente uma  *res facti*, sem nenhuma relevância jurídica. Contudo, já a Lei das XII Tábuas contém disposição referente ao  *usus* e à  *conventio in manum*, dispondo que se a mulher permanecesse durante um ano contínuo com o marido, ficava sob a  *manus* deste. Se, porém, nesse período de um ano estivesse ausente por três noites da casa do marido ( *trinoctium usurpandi gratia*), interrompia-se o prazo e a  *manus* não se constituía.

Na medida, porém, em que se ligam efeitos jurídicos, como ocorre, por exemplo, com a filiação, não é mais possível afirmar que se trate de situação exclusivamente fática, ou integralmente regulada pelo costume.

Deve-se entender que logo nos primeiros tempos da  *civitas* ou do poder estatal,

muitos dos poderes da família e do paterfamilias ficaram intocados, continuando a regular-se pelo costume, como, aliás, já foi aqui ressaltado. O Estado vai, entretanto, progressivamente aumentando sua competência, invadindo a pouco e pouco territórios que pertenciam ao costume. Quando essa ampliação de competência se dá na área jurídica, verifica-se o crescimento do *ius* com o sacrifício dos *mores*, que dessa maneira se jurisdicizam. É isso que ocorre com o casamento romano e é isso, por igual, o que explica a frouxidão do grupo de preceitos jurídicos com ele relacionados.

De resto, como já se viu, o paralelismo é insustentável, pois nem a convivência nem a *honor matrimonii* são elementos que possam exercer, no casamento, o papel que o *corpus* exerce na posse.

Salienta Volterra, ainda a propósito da vontade ou da  *affectio maritalis*, que ela “deve ser dirigida a constituir uma união monogâmica, permanente, para durar por toda a existência, tendo como escopo a formação da família, isto é, de uma sociedade doméstica para a procriação e educação dos filhos nascidos dessa união, sociedade fundada sobre as relações recíprocas de proteção e assistência” (op. cit., p. 36). Tal definição não é muito diferente da de Modestino (D. 23, 2, 1), cuja autenticidade é sustentada pela maioria da doutrina, embora alguns frisem que ela acentua mais o lado social do que propriamente o jurídico: “*Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*”.

Apesar de ser imprescindível que a vontade das partes, no casamento, seja a de estabelecer uma união estável e endereçada a durar toda a vida, isso não quer de modo algum significar que o casamento devesse durar para sempre. Já realçamos que ele só existiria enquanto existisse a  *affectio maritalis*. Apenas dever-se-á entender com aquela afirmação que o direito não admitia, por exemplo, o casamento por experiência ou mediante prova (duas pessoas se uniriam em casamento por um ano, a fim de experimentar, digamos, se nesse período teriam filhos). A vontade de estabelecer uma união por tempo limitado desvirtua a  *affectio maritalis* e impede, por consequência, que essa união seja tida como casamento. Será ela considerada, conforme as circunstâncias, ou *adulterium* (se o homem ou a mulher são casados com uma terceira pessoa) ou *stuprum* (se o homem ou a mulher não são casados) (Volterra, op. cit. p. 37)

5. Para que o homem e a mulher se unissem em *iustum matrimonium*, ou seja, para que a união produzisse efeitos jurídicos, deveriam ser observados determinados requisitos. Era indispensável, assim, que o homem gozasse do *status civitatis*, isto é, fosse cidadão romano, ou então tivessem o *connubium* com a mulher, ou seja, o direito a casar-se.

Não tinham *connubium* os escravos, razão pela qual a união com escravo ou entre escravos é chamada de *contubernium*, constituído mera situação de fato. O casamento com *libertini*, ou seja, com escravos alforriados, é juridicamente aceito, ainda que reprovável socialmente ou em face dos costumes.

Mas o problema do *connubium* diz respeito principalmente aos casamentos com

estrangeiros. Por vezes o Estado Romano concedia o *connubium* a cidades inteiras, embora fosse mais frequente a outorga a pessoas isoladas, como por exemplo, o faziam os imperadores do 1º e 2º séculos de nossa era, em favor dos veteranos que queriam casar-se com estrangeiras.

Com a *Constitutio Antoniniana*, de Caracalla (212 d.C.), que estendeu a cidadania Romana, perdeu o *connubium* expressão.

Só as pessoas capazes podem unir-se validamente em casamento. Exige-se, pois, que os homens sejam maiores de 14 anos e as mulheres 12 anos e sejam, ainda, mentalmente sãos.

Tratando-se de *alieni iuris*, era indispensável o consentimento do *paterfamilias*, que, pela *lex Iulia de maritandis ordinibus*, poderia ser compelido a dá-lo. A *auctoritas tutoris*, nessa época não era mais exigida.

O parentesco em linha reta ou em graus mais próximos da linha colateral (essa definição dos graus variou muito no Direito Romano) implica incesto, criminalmente punido, além de acarretar a nulidade do casamento.

Um *Senatus consultum* de Marco Aurélio e Cômodo proibiu casamento entre tutor e pupila. Foram também proibidos no império casamentos de oficiais e funcionários das províncias com mulheres que nelas habitassem.

Augusto, entre as diversas reformas políticas e sociais que promoveu, por duas leis, a *lex Iulia de maritandis ordinibus*, do ano 18 a.C. e a *lex Papia Poppeae*, do ano

9 d.C., pretendeu restabelecer os velhos costumes republicanos, estimular os casamentos e incrementar o aumento populacional, com providências que, por um lado, penalizavam os casais sem filhos ou com poucos filhos e premiavam, de outra parte, os casais com prole numerosa. Essa legislação, que só de forma muito incompleta chegou até nós, criou impedimentos matrimoniais e o dever de contrair casamentos, com sanções, neste último caso, principalmente no direito sucessório.

A *lex Iulia*, por exemplo, proibiu o casamento de cidadãos livres com determinadas classes de mulheres (D. 23.2.43 e 44), bem como o casamento de senadores ou descendentes de senadores, até 09º grau, com alforriadas ou filhas de libertas; proibiu, ainda, o casamento de pessoas pertencentes à ordem senatorial com mulheres de teatro ou suas filhas; proibido era, também, o casamento de mulher condenada por adultério.

Os casamentos contra essas disposições eram considerados inexistentes e as pessoas que neles tivessem sido partes deviam suportar as desvantagens que a lei previa para os não casados.

A *lex Iulia*, com essas normas proibitivas, deu enorme impulso ao concubinato, uma vez que as relações sexuais com as mulheres com as quais o casamento não era permitido passaram a não ser mais caracterizadas como *stuprum*. Também, a proibição, antes mencionada, de funcionários e militares casarem com mulheres residentes nas províncias onde prestavam serviço conduziu ao mesmo resultado.

6. A doutrina tradicional distingue dois tipos ou duas espécies no casamento

romano: o casamento cum manu e o casamento sine manu. Pelo primeiro a mulher saía da família de origem e ingressava na família do marido, ficando submetida ao seu poder, como se fosse filha (*loco filiae*). Menciona Aulo Gellio que só a mulher casada por essa modalidade de casamento era chamada de *materfamilias* (*Noctes Atticae*, 18, 6, 9). No casamento sine manu a mulher mantinha a situação que possuía, quanto ao status *familiae*, antes do casamento. Se vivesse o *paterfamilias*, continuaria a ele sujeita. Se não vivesse e fosse ela, portanto, *sui iuris*, permaneceria nessa condição. Pelo fato de continuar a mulher pertencendo à sua família de origem, tinha o *paterfamilias* o poder de exigir do marido a restituição da filha, mediante o interdito de *liberis exhibendis vel ducendis*, acarretando com isso a separação do casal. Somente sob Antonino Pio impediu-se a utilização daquele interdito quando se tratasse de um casamento feliz: *matrimonium bene concordans*.

O casamento sine manu não estabelecia nenhuma relação de parentesco da mulher com a família do marido, nem mesmo com os filhos que tivesse, uma vez que o parentesco era por agnação. É claro, também, que a mulher, no casamento sine manu, não tinha qualquer direito sucessório na família do marido, diferentemente do que sucedia no casamento cum manu, onde, por morte do marido, ela herdava como se fosse filha. Caso a mulher fosse *sui iures* e tivesse patrimônio, ao casar-se cum manu todos os seus bens passavam para a propriedade do marido.

A doutrina tradicional foi, entretanto, seriamente abalada pelos trabalhos de Volterra, que demonstrou que a distinção de casamento cum manu não tem nenhuma base nas fontes romanas. O casamento romano era um só, estruturado em torno da idéia e da noção de *affectio maritalis*. A doutrina tradicional identifica casamento com *conventio in manum* para dar extrair um tipo de casamento, o casamento manu, quando, na verdade, casamento e *conventio in manum* são coisas absolutamente inconfundíveis.

As referências que Gaio faz às formas de constituição da *conventio in manum* são extremamente claras, especialmente na parte pertinente ao *usus* (1, 101), ao separar o casamento da *conventio in manum*.

Diz Gaio que antigamente realizava-se a *conventio in manum* por três modos: pelo uso, pela *confarreatio* e pela *coemptio* (1, 110). Pelo uso quando por um ano contínuo as partes se mantinham unidas em matrimônio. A semelhança da posse no usucapão, o transcurso de um ano sem interrupção na situação de casada fazia com que se constituísse o poder marital, a *manus*, sobre a mulher. Se não quisesse essa consequência, deveria a mulher ausentar-se da casa do marido por três noites (*trinoctium usurpatio*), as quais presumivelmente passaria na casa paterna.

A segunda modalidade da *conventio in manum* era a *confarreatio*, que consistia numa solenidade de caráter religioso em que era oferecida a Jupiter *Farreus* um pão, bolo ou torta, feito com uma farinha especial (*panis farreus*), de onde deriva o nome de *confarreatio*. A solenidade exigia a presença de dez testemunhas e a participação dos

mais altos sacerdotes romanos, como os flamen Dialis e talvez o Pontifex Maximus. É de supor-se que esse ato, na sua origem, estivesse reservado aos patrícios.

A *coemptio* deve ter sido a forma mais comum da *conventio in manum*. É ela um tipo especial de *mancipatio* pelo qual era a mulher alienada ao marido, originariamente mediante o real pagamento de um preço e depois apenas *nummo uno*, como imaginária *venditio*.

Embora essas três formas de *conventio in manum* fossem utilizadas com frequência até o fim da República, a partir daí o casamento mais e mais se realiza sem a utilização desses modos de sujeição da mulher ao poder marital, até que rapidamente a *conventio in manum* praticamente desaparece, a ponto de ter que estimular-se a realização da *confarratio* em determinados casos, pois os flamen Dialis só poderiam ser pessoas nascidas de casamento em que tivesse havido esse tipo de *conventio in manum*.

O rápido desaparecimento da *conventio in manum* constitui um enigma histórico. Alguns atribuem a extinção sobretudo ao instituto da tutela sobre as mulheres, que competia ao agnato mais próximo. O tutor da mulher, na qualidade de futuro herdeiro desta, tinha interesse direto em que ela permanecesse ligada à família de origem, não ingressando na família do marido (Arangio-Ruiz, *Istituzioni di Diritto Romano*, p. 435). Há que valorizar, entretanto, o próprio interesse da mulher, ou em manter seu patrimônio, quando fosse *sui iuris*, ou em resguardar uma expectativa sucessória, caso fosse *alieni iuris*. No período clássico, pelo menos depois da *lex Iulia de maritandis ordinibus*, do tempo de Augusto, pode o *paterfamilias* ser compelido a dar seu consentimento num procedimento *extra ordinem* (Fritz Schulz, *Derecho Romano Clásico*, p. 107). A mulher *sui iuris*, nessa época, não necessita mais da *auctoritas tutoris* (Max Kaser, *Das Römische Privatrecht*, 1, p. 268 nota 4). Bem se vê, portanto, que o tutor não tinha nenhum meio jurídico para impedir o casamento.

Fritz Schulz credita esse resultado à noção de *humanitas*, que estimulou o individualismo romano, reforçou consideravelmente a posição da mulher dentro do lar, quer estivesse ela sujeita à *manus maritalis* ou não. Na verdade, de fato, é ela igual ao seu marido, tendo uma posição muito diversa da que tinham as mulheres no Oriente ou mesmo na Grécia, onde geralmente não se sentavam à mesa com seus maridos e viviam confinadas nas dependências mais íntimas da casa, o harém ou o gineceu. É certo que juridicamente essa igualdade nunca chegou a ser plena, embora um autor antigo, como Plauto, no *Mercator* (817 e segs.) clamasse por ela, especialmente no que se referia ao adultério, que era uma conduta condenada apenas para as mulheres (Fritz Schulz, *Principles of Roman Law*, p. 195).

Fosse como fosse, o certo é que o desuso da *conventio in manum*, no período clássico, deu à mulher uma rara liberdade, também sob o aspecto jurídico, criando um regime de bens no casamento extremamente semelhante ao da separação de bens do direito moderno.

As peculiaridades do casamento romano do período clássico, vistos especialmente sob o ângulo da posição da mulher, expressam-se, em síntese, na inexistência, via de regra, do poder do marido sobre a mulher, decorrente do desuso da *conventio in manum*, na *afectio maritalis*, como único requisito do matrimônio, no divórcio e no regime total.

7. Extinguia-se o casamento pela morte, pela ausência, pela perda do *status libertatis* ou do *status civitatis* e, em alguns casos, pela alteração do *status familiae* (quando, por exemplo, pela adoção do genro ou da nora criava-se o que na tradição do direito canônico se chamará impedimento matrimonial) ou pelo divórcio. Marido e mulher têm, nessa época, ampla liberdade para divorciar-se. O divórcio é uma consequência de um dos princípios dominantes que rege o casamento e que afirma sua liberdade: libera matrimonia esse antiquitus placuit. Qualquer convenção que excluísse a possibilidade de separação ou estabelecesse cláusula penal para dificultá-la era considerada nula.

O direito não impõe a necessidade de um ato especial para que se formalize o divórcio ou a declaração de qualquer dos cônjuges de que queriam desfazer o casamento. Embora para o *repudium* fizesse comumente uso de um nuncio (*nuncium remittere*), tratava-se de mero costume.

A exigência da *lex Iulia de adulteriis*, de que fossem chamadas sete testemunhas para diante delas anunciar-se a separação não tem nenhuma eficácia constitutiva quanto ao divórcio. Ao que tudo indica trata-se de formalidade que visa a resguardar o marido, que se divorciou em razão da conduta da mulher, da acusação de lenocínio.

8. Mas o quadro do matrimônio romano do período clássico, baseado na liberdade para construir o casamento e na liberdade para desfazê-lo pelo divórcio não se entenderia bem sem a análise do instituto do dote.

O casamento em si nenhuma alteração patrimonial produzia. Os reflexos patrimoniais relacionavam-se com a *conventio in manum*. Nos casos em que a mulher ficava *in manu mariti*, se ela fosse *sui iuris*, todos os bens que tivesse passavam à propriedade do marido, como já foi lembrado. Nas situações, porém, em que o casamento não era acompanhado da *conventio in manum*, se a mulher fosse *alieni iuris*, continuava sob poder do chefe de sua família de origem e só por morte dele, ao tornar-se *sui iuris*, poderia ter patrimônio, devendo-lhe ser nomeado, entretanto, um tutor.

Muito cedo formou-se o costume de o *paterfamilias* da mulher fazer uma atribuição patrimonial ao marido, chamada dote (*dos*). A *dos profecticia*, isto é, aquela constituída pelo *paterfamilias* da mulher, deve ter sido, assim, o primeiro caso de dote. Sempre se entendeu que o dote era propriedade exclusiva do marido e é possível que numa época primitiva não se tivesse formado a idéia de que ele serviria para atender às necessidades da mulher, na hipótese de extinção do casamento.

No período clássico, o dote tem uma dupla função. Por um lado ele se destina a melhorar a situação patrimonial do marido e, por outro, se endereça a atender as despesas decorrentes do casamento (*onera matrimonii*), uma vez que pelo costume,

embora não juridicamente, tinha o marido o dever de sustentar a mulher.

Ao lado da dos profecticia surge a dos adventicia, isso é o dote constituído pela própria mulher ou por qualquer outra pessoa (mãe, irmão, tio) que não o paterfamilias a que a mulher estava sujeita.

No curso da República consolidou-se o dever de o marido restituir o dote, no caso de extinção do casamento. Até que o casamento se extinguisse, era o dote de exclusiva propriedade do marido. Só com o desfazimento do matrimônio pelo divórcio

é que nascia para a mulher a pretensão a exigir a restituição do dote mediante a actio

rei uxoriae. Posteriormente essa ação passou a ser cabível nas hipóteses de extinção

do casamento em geral.

Inicia-se aí todo um processo de transformação da natureza do dote em que progressivamente vai empalidecendo a concepção original de que o marido era proprietário exclusivo dos bens dotais, para transformá-lo, mais e mais, numa espécie de administrador, responsável por seus atos, a quem se proíbe alienar, em certas circunstâncias, o imóvel sem o consentimento da mulher.

Nunca houve no Direito Romano dever jurídico de constituir dote. Trata-se de um ato exigido pelos costumes e cuja ausência era motivo de perplexidade, vergonha e escândalo, tão arraigado era o hábito na tradição romana.

Objeto do dote poderia ser qualquer coisa com valor patrimonial. Os negócios jurídicos relacionados com o dote são:

a) Datio dotis - pelo qual se realiza de imediato a alienação do objeto. Em se tratando de coisas, é ela feita por mancipatio, iure cessio ou traditio;

b) Promessa de dote, a qual pode efetivar-se pela stipulatio (promissio dotis), pelo legado per damnationem ou por um negócio específico chamado dotis dictio. Este último consistia numa declaração unilateral, feita oralmente, do tipo dotis filiae meae tibi erunt sestertium milia centum.

Na hipótese de não se realizar o casamento, validamente e segundo as regras do ius civile, quem o constituíra poderia utilizar-se da condictio.

Em razão da natureza do casamento romano e da plena liberdade de divórcio que existia no direito clássico, não teria sentido que, no caso da mulher ser repudiada pelo marido, ficasse ela sem qualquer recurso, nas situações em que o casamento fora acompanhado de conventio in manum. Talvez a frequência de casos de divórcio em que o marido retinha o dote explique o surgimento das cautiones dotales ou seja de estipulações feitas na constituição do dote que visavam a garantir sua restituição a mulher, se extinto o casamento. Essas cautiones dotales, que serviam como meios indiretos para que se pudesse reaver o dote, são os antecedentes da actio rei uxoriae, antes mencionada.

No período clássico, o meio judicial utilizado, via de regra, para a restituição do dote, é a *actio rei uxoriae*. Na sua fórmula, ordena-se ao juiz que decida “*quod eius melius aequius erit*”, o que abria ao juiz uma ampla área de discricção para determinar o conteúdo da prestação, assemelhando a ação às *actiones bonae fidei*. Os juristas, na interpretação da fórmula, acabaram por fixar alguns princípios que exprimiam a equidade segundo a qual o conteúdo da prestação deveria ser definido.

Assim, se a culpa pela separação fosse da mulher, tinha o marido a reter parte do dote, por diferentes motivos. Cabia-lhe, nestas circunstâncias, a *retentio propter liberos* correspondente a 1/6 do dote por filho do casal, até o valor da metade do dote e ainda a *retentio propter mores*. Neste último caso, se a falta fosse grave (*mores graviores*), a retenção seria também de 1/6 sobre o valor do dote; se fosse leve, (*mores leviores*) de 1/8. Estes direitos de retenção eram exercidos por meio da *exceptio doli*.

No caso da morte do marido, o dever de restituir o dote cabia aos herdeiros não se aplicando, entretanto, as regras sobre as retenções, relativas exclusivamente aos casos de divórcio. Quando a mulher era contemplada no testamento do marido, cabia-lhe escolher entre o dote e a vantagem testamentária.

Por morte da mulher, o dote ficava com o marido, com exceção dos casos de *dos propecticia* quando a pessoa que o constituía sobrevivesse à mulher. Tinha o marido, neste caso, direito a reter 1/5 do valor do dote por filho do casal. Se fossem cinco ou mais os filhos, retinha o marido o dote integral.

Outras retenções eram admitidas, em razão da cláusula de equidade contida na fórmula, ainda que não pudesse ser exercitadas pela *exceptio doli*: a retenção *propter res donatas*, no valor das doações feitas pelo marido à mulher, e que eram nulas pela regra que proibia as doações entre cônjuges; a retenção *propter res amotas*, no valor das coisas que a mulher, em virtude do divórcio, retirara do marido, ação que não era considerada furto; retenção *propter impensas*, no valor das benfeitorias feitas pelo marido no patrimônio dotal, no caso de serem necessárias (*impensae necessariae*) ou úteis (*impensae utiles*).

Em todos os casos, o objeto da restituição eram o dote com seus acréscimos, exceptuados os frutos, que sempre cabiam ao marido. Os bens infungíveis deveriam ser restituídos imediatamente após a extinção do casamento; os fungíveis em três anos o que, deveria relacionar-se, segundo antigos costumes, com a época das colheitas.

No caso de a separação dever-se a *mores graviores* do marido, a restituição deveria ser imediata; no de *mores leviores*, o prazo de 3 anos reduzia-se a seis meses.

O marido respondia pelos danos ou perdas dos bens dotais tanto por dolo quanto por culpa. Ele está, portanto, na mesma situação do não proprietário no caso de perda ou danificação do bem alheio o que expressa bem a idéia de que nessa época é o marido mais um administrador do que um proprietário do bem dotal.

9. A liberdade, que é a nota dominante em todo o direito matrimonial do período clássico, não é nessa época, minimamente, comprometida pelos sponsais. No direito

romano arcaico os sponsais consistem numa promessa, feita ao noivo pelo paterfamilias a que a noiva estava sujeita, de que a daria em casamento, o que era aceito pelo noivo. Utilizavam-se nessa promessa sponsiones, daí o nome de sponsalia (Aulo Gellio, *Noctes Atticae*, IV). O não cumprimento da promessa dava lugar à propositura de ação, com base na sponsio. Essa possibilidade, porém, desapareceu no início da República, adquirindo a promessa, quanto a sua exigibilidade, um caráter puramente social. Mais tarde, no período pós-clássico surge o instituto da arrha sponsalicia, de inspiração oriental e que lembra a venda da noiva, pelo qual se estabelecia uma penalidade pelo rompimento dos sponsais.

O período clássico, é, portanto, a única época do Direito Romano em que não há nenhum constrangimento ao casamento. É certo que dos sponsais resultam efeitos jurídicos, como, por exemplo, a constituição de uma espécie de parentesco, que dá margem à impedimentos matrimoniais, com reflexos também na eliminação do dever de testemunhar (Volterra, *op. cit.* p. 120 e segs.). Mas o seu rompimento é livre, e não enseja qualquer penalidade ou indenização.

10. Da descrição, ainda que sumária do conjunto das instituições romanas relativas ao casamento, no período clássico, pode-se concluir que jamais existiu outro sistema jurídico que exprimisse com melhor perfeição o sentimento humano, na união legítima entre o homem e a mulher. A liberdade que existia na constituição e na extinção do casamento, comandadas exclusivamente pela existência da  *affectio maritalis*, que ao fim e ao cabo não é outra coisa do que a existência do amor, exteriorizado em atos e fatos concludentes, levou muitos autores a pensar que essa seria precisamente uma das causas da decadência e da dissolução dos costumes romanos. Os próprios autores latinos fizeram a caricatura, ácida e sarcástica, do casamento, ao destacar a facilidade com que ele era desfeito, as razões frívolas dos divórcios, o impressionante número de sucessivos casamentos. Plauto, Terêncio, o próprio Cícero que se divorciou mais de uma vez, Sêneca e Marcial, entre muitos outros, criticaram de diferentes maneiras o casamento romano. Sêneca refere o caso de senhoras da mais alta sociedade que contavam os anos, não pelos cônsules, mas pelos maridos. Marcial lembra uma certa Telesilla, que em 30 dias trocou 10 vezes de marido, concluindo o autor latino que não se tratava de um casamento mas de um adultério permitido pela lei.

Mas se a crônica dos costumes romanos está repleta de mulheres dissolutas, não é menos exato que nenhum outro povo do passado apresenta figuras femininas tão marcantes, pela virtude, pela correção e pela bravura moral.

É grande, também, o número de homens célebres romanos que se divorciaram, muitas vezes por bem pobres razões e mesmo sem mencionar nenhuma. São exemplos, além de Cícero, Silla, Pompeu, César, Bruto, Marco Antônio e o próprio Octávio Augusto, apesar deste haver tentado restabelecer os velhos valores republicanos, como vimos há pouco. (Sobre tudo isso, Volterra, *op. cit.*, p. 193 e segs.). Não se pode esquecer, entretanto, que essas separações estrepitosas aconteciam, como ordinariamente

ainda ocorre, nas camadas mais altas da sociedade. Com relação aos demais, as coisas se passavam diferentemente e a prova disso é que as noções básicas que sustentam o matrimônio romano no período clássico subsistiram no império cristianizado, não sendo substituídas em sua essência pelos princípios da nova religião. *Affectio maritalis* e divórcio, com todas as modificações e restrições que sofrem no período pós-clássico, são idéias que, pode-se dizer, atravessam toda a história do Direito Romano.

O que é certo, porém, é que nunca a mulher teve tanta liberdade e se aproximou tanto da igualdade com o homem como no Direito Clássico Romano. Só, talvez, no tratamento jurídico do adultério as diferenças sejam mais gritantes.

Mesmo uma crítica severa da condição feminina nos vários períodos da história humana, como Simone de Beauvoir, reconhece a liberdade das matronas romanas no período clássico, não sujeitas ao poder marital, donas do seu patrimônio, podendo divorciar-se quando quisessem e exigir de imediato restituição do dote. A censura que faz Simone de Beauvoir é que essa liberdade era inútil, uma vez que se negava à mulher a participação na vida pública romana. (*O Segundo Sexo*. 1, p. 116).

Ninguém, a nosso ver, melhor do que Fritz Schulz, compreendeu o sistema matrimonial romano do Direito Clássico. São dele estas palavras memoráveis: “O direito clássico do matrimônio é sem dúvida alguma a obra mais impressionante do gênio jurídico de Roma. Já nos primeiros tempos da história da civilização apareceu um direito matrimonial humano, isto é, baseado na idéia humana do matrimônio concebido como união livre e dissolúvel em que vivem ambos cônjuges em pé de igualdade. Os historiadores, inclusive os historiadores do Direito, imbuídos de idéias religiosas e patriarcais não conseguiram entender a origem verdadeira e o autêntico caráter do direito matrimonial clássico e o consideraram, antes, como um sinal de decadência e desmoralização. ‘No último século da República romana’, declarava Jhering em 1880, ‘o matrimônio tradicional romano, em que a mulher se achava *in manu mariti*, decresceu de modo considerável e embora continuasse existindo a *manus mariti*, tornou-se esta uma mera ficção. Os homens melhores, longe de ver nisso um progresso, entenderam, acertadamente, que se tratava de um sinal de degeneração nos costumes’. Como representantes desses ‘homens melhores’ citava Jhering o velho Catão, o censor, com quem um marido tão patriarcal como Jhering havia de simpatizar, naturalmente. As apreciações de Jhering são as dominantes na atualidade. O Direito clássico não foi criado por libertinos ou pessoas licenciosas, mas pelo que havia de melhor na sociedade romana e não foi o casamento assim concebido um sinal de perversa decadência, mas uma prova do sentido humano de Roma” (*Derecho Romano Clásico*, p. 100).

E concluo com as palavras da grande romancista:

“O Direito Romano do matrimônio supera a sua época e constitui ainda hoje uma força viva”.



## ROMANISMO E GERMANISMO NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO\*

1. Os Códigos do século XIX e do início do século XX representam o ápice de uma linha evolutiva do pensamento jurídico que vê na norma jurídica, especialmente na lei, a expressão da razão. O jusnaturalismo racionalista dos séculos XVII e XVIII e a ruptura com o absolutismo, que encontra sua forma mais violenta na Revolução Francesa, cimentaram as bases culturais e políticas para o triunfo da *ratio* sobre a *voluntas*, acabando por colocar os indivíduos e o próprio Estado *non sub homine, sed sub lege*<sup>1</sup>. A luta entre razão e vontade era antiga. Toda a baixa idade média se apaixonava vivamente com as intermináveis discussões teológicas sobre se Deus seria prisioneiro ou, se quisesse, tudo poderia, inclusive a transformação do pecado em virtude<sup>2</sup>. À imagem de semelhança de Deus concebido como vontade, liberto dos ditames e dos condicionamentos da razão, molda-se, na história política, o monarca *legibus solutus*, tido e havido como *lex animata* sobre a terra, cujo desejo *legis habet vigorem*, pois era

---

\* Conferência feita na Faculdade de Direito da UFMG, em 06.11.97, no Ciclo de Estudos Oitenta Anos de Código Civil.

1 Sobre isso, por todos, Carl Semitt, *Verfassungslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 1928, p. 139 e ss.

2 Veja-se, Hans Welzel, *Derecho Natural y Justicia Material*, Madrid, Aguilar, 1957, p. 101 e ss.

dominus mundi, caput orbis e pater omnium, segundo a terminologia colhida no Corpus Iuris e na obra dos glosadores e comentaristas. A fórmula célebre de Luiz XIV, l'Etat c'est moi exprime esplendidamente essa identidade entre o governante e o Estado, que fazia da vontade do dirigente político a lei suprema.

É de notar-se, entretanto, que a total sujeição do indivíduo à vontade do monarca só se dava nas relações estabelecidas com o estado, pois não existia o Direito Público, assim como nós hoje o entendemos, e cuja parte mais importante consiste, precisamente, na rigorosa disciplina dos vínculos travados pelos particulares com o poder estatal. O que então se designava como Direito Público eram apenas as regras pertinentes à organização do Estado. Fica claro, pois, que as relações entre os indivíduos e o Estado não eram relações jurídicas, mas simples laços de subordinação ou de sujeição, pois situavam-se, a rigor, numa área “sem Direito”. O único direito que existia era, assim, o direito privado, a que o próprio Estado às vezes se submetia, como proprietário ou gestor de interesses patrimoniais, aparecendo então como “fiscus”, seguindo em tudo as linhas do desenho da instituição romana. O direito privado era, aliás, em grande medida, direito romano, cujo respeito e acatamento não se davam *ratione Imperii*, pois o Estado romano há muito desaparecera, mas *imperium rationis*, por força da excelência dos seus princípios e normas ou, numa palavra, da razão que, no seu conjunto, espalhavam.

O Estado de Direito que, na Europa continental surge com a Revolução Francesa, tem no princípio da legalidade um dos seus princípios estruturantes. O campo até então “sem Direito”, das relações entre os indivíduos e o Estado, passa a ser integralmente coberto e compreendido pelo Direito, não se admitindo, sob nenhuma hipótese, que a autoridade pública interfira na liberdade ou na propriedade dos indivíduos sem autorização legal. A lei que é criada para reger essas novas situações não tem, por certo, a garantia de racionalidade que a pátina do tempo e do longo percurso de experiência histórica davam aos preceitos do direito romano. Ela resulta, entretanto, da “vontade geral” do povo, como pretendia Rousseau<sup>3</sup>. E, precisamente por ser manifestação do que quer a maioria dos cidadãos, muito dificilmente se desviará da razão. O consenso democraticamente estabelecido impunha-lhe, de certo modo, a marca e o selo da racionalidade. Só muito mais tarde é que se compreenderá - e os horrores do nazismo serão decisivos para que isso ocorra - que a lei nem sempre é justa e que o direito positivo nem sempre corresponde aos ideais de justiça.

2. As grandes codificações do século passado e as do início deste século realizam-se numa fase em que as etapas da evolução do direito que sucintamente descrevi estão,

<sup>3</sup> Du Contrat Social, Livro II, cap. VI: “Sur cette idée, on voit à l’instant qu’il ne faut plus demander à qui appartient de faire des lois, puisqu’elles sont des actes de la volonté générale; ni si le prince est au-dessus des lois, puisqu’il est membre de l’Etat; ni si la loi peut être injuste, puisque nul n’est injuste envers lui même; ni comment on est libre et soumis aux lois, puisqu’elles ne sont que des registres de nos volontés” (o destaque é nosso)

senão completas, pelo menos em final de elaboração. Já se encontra, então, de qualquer maneira, consolidado, ao influxo das idéias de Rousseau, o novo conceito de lei. E é sob a forma de lei que os códigos serão editados. Pode-se dizer, assim, que as codificações submeteram-se a duplo teste de racionalidade. Por um lado porque os códigos acolhem nos seus textos, como realçado, um conjunto de normas cuja adequação ao corpo social em larga parte estava provada e comprovada por quase dois de mil anos de aplicação, não se podendo supor ou imaginar que aquele de regras fosse contrário à razão. E, por outro, porque, assumindo eles a natureza de lei, a expressão da vontade geral, convertiam-se desde logo na razão sem paixão de que já falava Aristóteles. Justiça e lei, nesse contexto, tornam-se noções coincidentes. A justiça está revelada no direito positivo. Dessa maneira, os postulados racionalistas transpostos para a órbita do Direito conduziram, numa evolução natural e por vertentes distintas, ao positivismo jurídico, árvore que tem, nas codificações modernas, talvez os seus mais belos frutos. Bem por isto os códigos foram concebidos como obras destinadas à perenidade. São textos que se inculcam como exaustivos e definitivos, isentos de lacunas, a que os juízes e aplicadores estão jungidos por laços de estrita dependência. A essas considerações deverá ainda acrescentar-se que os Códigos mais recentes, como é o caso do nosso Código Civil, foram tributários do gigantesco esforço de análise e sistematização empreendido pela pandectística alemã do século XIX, que, trabalhando de modo especial sobre o direito romano, acentuou consideravelmente o aspecto da racionalidade de suas normas. Na verdade, o cientificismo jurídico, que foi o método de que se serviu a pandectística e que encontrou sua expressão maior na *Begriffsjuriprudenz*, se propunha a organizar e articular toda a matéria jurídica num sistema completo, limado e polido outra vez pela razão, e tão densamente fechado que impossibilitasse o juiz, ele próprio formado nessa ciência jurídica, de rebelar-se contra a sua lógica interna.

3. O caráter de monumento cultural, que se predicava aos códigos e até mesmo às grandes consolidações de épocas remotas, exigia que suas normas fossem enunciadas com clareza, precisão e apuro de linguagem. Cícero refere que, criança, aprendera de cor, na escola, as XII Tábuas, cujas regras eram fáceis de guardar na memória, pela sua concisão e ritmo. Stendhal que costumava ler o *Code Civil*, para aprimorar o estilo. Rui Barbosa, na crítica que fez, no Senado, ao projeto de Código Civil, deixa de lado as questões jurídicas e limita-se a apontar os erros ou imprecisões vernaculares, dando causa a imensa e bem conhecida polêmica. Esses três testemunhos, feitos em três momentos históricos, mostram bem que a obra legislativa com a superior vocação de perenidade que possuem as grandes consolidações e, mais ainda que elas, os códigos, precisava ser obra perfeita, tanto pelo conteúdo como pela forma. É nessa moldura de idéias e concepções que é editado em 1916 e passa a vigor, em 1917, o Código Civil Brasileiro. Conquanto seja codificação que se realiza e completa na segunda década

deste século, reflete o clima e a atmosfera cultural do século anterior, tingindo-se assim, já no seu nascimento, de um certo anacronismo, como tem sido reconhecido<sup>4</sup>. Volvidos mais de oitenta anos do término de sua elaboração e do início de sua vigência, quando já se encontram apagados ou esmaecidos muitos dos traços que eram fortes e vivos à época da sua entrada em vigor, como a fé inabalável na ciência, a crença no positivismo jurídico e no valor sem contraste na dogmática jurídica, a identidade entre direito positivo e justiça ou mesmo entre lei e justiça ou lei e razão, quando, enfim, se põe seriamente em dúvida a<sup>4</sup> utilidade das codificações, havendo quem diga, como Natalino Irti<sup>5</sup>, que estamos vivendo a época da “descodificação”, a preocupação em identificar qual carga de romanismo e de germanismo que se transmitiu ao nosso Código Civil revela, é óbvio, preocupação eminentemente histórica.

4. Para essa tarefa, que se poderia chamar de genealogia cultural, cumpre, em primeiro lugar, que se esclareça o que há de se entender por romanismo ou germanismo. É por todos sabido que há considerável influência do direito romano, assim como também, embora em menor medida, do direito germânico no Código Civil Brasileiro. As dúvidas e dificuldades começam a surgir, porém, quando se tem presente o fato de que o direito romano consiste numa experiência, como direito na nação romana, de aproximadamente mil anos. Após o ocaso do Império Romano do ocidente, ele sobrevive ainda, embora em forma vulgar, decadente, degradado e corrompido, como direito dos povos bárbaros que dominam a Europa e, igualmente, no direito bizantino. No século XII, com Irnério e a Escola de Bolonha, é ele redescoberto e reestudado, para ser depois, recebido como direito comum, de caráter subsidiário, na maior parte dos países europeus, formando, com a filosofia grega e a religião cristã, a base de cultura da assim chamada civilização ocidental.

Houve, portanto, vários direitos romanos. Sem preocupação de exaustividade, pode-se falar num direito romano do período arcaico, em outro do período clássico, em outro do período pós-clássico, em outro da codificação justinianéia, em outro dos glosadores, em outros dos comentaristas, em outro da pandectística alemã do século IX. Dessas distintas expressões do direito romano é assente que a mais pura é a que corresponde ao período clássico, ou seja, o período que compreende os dois primeiros séculos do Principado, do mesmo modo como não se discute que a mais científica é a

---

4 Clovis V. do Couto e Silva, *Le Droit Civil Brésilien - Aperçu Historique et Perspective d' Avenir*, in *Quaderni Fiorentini*, 18 (1989), p. 155 ou, em versão portuguesa, mais recentemente, in *O Direito Privado Brasileiro na Visão de Clóvis do Couto e Silva*, Porto Alegre, Liv. do Advogado, 1997, p. 19. Não se disse, aliás, coisa diferente do BGB. Relembrem-se, por exemplo, estas palavras de Gustav Boehmer: “Em seu sistema, técnica legislativa e estilo, bem como no seu ‘espírito’ político, social e econômico, o BGB é muito mais um filho do século XIX do que mãe do século XX” (*Einführung in das Bürgerliche Recht*, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1965, p. 83”, repetindo, de resto, um, juízo de Franz Wieacker, que via no BGB um fruto e não uma semente do pensamento jurídico (História do Direito Privado Moderno, Lisboa, Gulbenkian, 1980, p. 548).  
5 L'Età della Decodificazione, Milano, Giuffrè, 1989.

da pandectística. O direito romano do período clássico é um sistema jurídico aberto, como chamou Fritz Schulz, criando a distinção, que faria sucesso, entre sistemas jurídicos abertos e fechados<sup>6</sup>, embora nem aqueles sejam inteiramente abertos e nem estes completamente fechados. Os Códigos, sabidamente, dão origem a sistemas jurídicos fechados, na medida em que o aplicador parte das normas nele contidas, tratando de fazer a subsunção do caso concreto nesses preceitos. Nos sistemas abertos, a autoridade investida de dizer o direito parte do caso, chegando-se, pelos precedentes acumulados e por um processo de progressiva abstração, à fixação de um elenco de normas jurídicas<sup>7</sup>. A frase de Paulo, *non ex regula ius summat, sed ex iure quod est regula fiat*<sup>8</sup> reflete exemplarmente a importância primordial do caso na construção do sistema jurídico romano e a forma *mentis* dos juristas clássicos. Assim, ainda que o direito romano clássico tivesse sofrido, sob Adriano e com o *Edictum Perpetuum*, uma significativa redução da “abertura” do sistema, não foi ele, entretanto, o que acabou por influenciar o Código Civil Brasileiro. Para que bem se compreenda a questão, deve-se esclarecer, a esta altura, que, exceto a fixação, feito por Sálvio Juliano, dos editos dos pretores no *Edictum Perpetuum*, o direito clássico romano, a seu tempo, jamais foi consolidado ou codificado. Como direito de juristas, consistia principalmente em manifestações esparsas de jurisconsultos, que conhecemos tão somente pelo *Digesto*, que é a parte mais importante do *Corpus Iuris Civilis*, e assim mesmo de uma forma muito imperfeita. A reprodução, no *Digesto*, das opiniões dos jurisconsultos freqüentemente não respeita a pureza original. Os fragmentos das obras clássicas sofrem, por vezes, mutilações. Outras vezes são submetidos as modificações ou acréscimos, conhecidos como interpolações, cuja identificação nem sempre é fácil de fazer, desafiando muitas delas, até hoje, a argúcia e a ciência dos eruditos. Desse modo, o legado que o direito romano deixou no nosso Código Civil não constituiu no conjunto de instituições, idéias e conceitos tal como foram elaborados ou aperfeiçoados na sua idade de ouro.

5. O direito romano chegou ao nosso Código Civil sobretudo pela obra da codificação justinianeia, filtrada pela experiência jurídica portuguesa, na qual, quase desde as suas origens, exerceu importantíssima função como direito subsidiário, ao lado do direito canônico<sup>9</sup>. Nota Guilherme Braga da Cruz que já no decurso do século XIII, ao completar-se o seu primeiro século como reino independente, Portugal se liberta do direito leonês e castelhano para decididamente incorporar-se ao movimento que, tendo centro dominante em Bolonha, irradia por quase toda a Europa continental o direito romano justinianeu e o direito canônico<sup>10</sup>. É ainda o mesmo reputado autor

6 *Geschichte der Römische Rechtswissenschaft*, Weimar, Herrmann Böhlau, 1961, p. 83-84.

7 Max Kaser, *Sur la Méthode des Jurisconsultes Romains*, in *Romanitas*, vol. 5, p. 106-123.

8 D. 50, 17, 1.

9 Sobre isso, por todos, o magnífico ensaio de Guilherme Braga da Cruz, *O Direito Subsidiário na História do Direito Português*, in *Revista da Consultoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, vol. 10 p. 11 e ss.

10 *Idem*, *ibidem*, p. 18 e ss.

quem observa que a intensa atividade legislativa verificada nos reinos de Afonso II e Afonso III é toda ela profundamente vincada pelo direito justinianeu assim como pelo direito canônico. E esse quadro completa-se, sob D. Dinis, no ocaso do século XIII, com a criação do Estudo Geral, semente de onde brotaria a universidade portuguesa, dentre cujas disciplinas o direito romano e o canônico ocupavam posição de realce<sup>11</sup>. Levará, porém, algum tempo até que o direito português passe a beber diretamente nas fontes romanas. A estas tinha acesso, apenas, o reduzido número das pessoas que liam latim e que haviam tido a ocasião de estudar em universidades estrangeiras ou na recém criada universidade portuguesa. Os demais, quando aplicados aos misteres da justiça ou da administração do reino, estabeleciam contato com o direito romano ou com o direito canônico mediante textos que só indiretamente os espelhavam, como sucedia com as coletâneas jurídicas castelhanas, ordenadas por D. Afonso o sábio, o *Fuero Real* e as *Siete Partidas*, manuseadas no original ou em tradução portuguesa<sup>12</sup>.

6. Fosse como fosse, o certo é que o incipiente direito português era ainda um corpo de normas muito incompleto e lacunoso, cujos defeitos se faziam mais evidentes porque estendido sobre um direito subsidiário que se apresentava como um tecido denso, rico, de extraordinária abrangência e que respondia, quase sempre, às dúvidas e questões postas a cada momento pela opulenta e variada sucessão dos casos concretos. Não é de espantar, portanto, que, nessas circunstâncias, a vida jurídica se pautasse prevalentemente pelo direito subsidiário, representando o direito propriamente lusitano num modesto papel.

Com o andar do tempo, entretanto, cresce o número dos interessados em conhecer o direito romano nos seus próprios mananciais, passando estes estudiosos a recriminar as obras de segunda mão que o divulgavam e a protestar, sobretudo, contra a aplicação das *Siete Partidas* às causas em julgamento, quando elas deveriam ser decididas, pelos preceitos romanos, assim como estavam escritos na obra de Justiniano. À pressão dessas exigências é que começam a circular, no século XV, traduções da obra legislativa justinianeia e de textos do direito canônico, bem como da *Glosa de Acúrsio* e dos *Comentários de Bártolo*, afastando-se definitivamente, do campo do direito subsidiário, as contribuições do direito castelhano. A partir daí os conflitos que se irão estabelecer serão entre o direito romano e o direito canônico, por um lado e, por outro, entre o direito português e o direito romano e canônico, como direito subsidiário. Com a promulgação das *Ordenações Afonsinas*, em 1446 ou 1447, este último conflito é solvido com a declaração da prevalência do direito português sobre o direito subsidiário. Esse estado de coisas perdura nas *Ordenações Manuelinas*, do início do século XVI e nas *Ordenações Filipinas*, do começo do século XVII (1603) que tornam

11 Idem, *ibidem*, p. 24 e ss.: Marcelo Caetano, *História do Direito Português*, Lisboa/São Paulo, Verbo, 1981, p. 340 e 283 e ss.

12 Idem, *ibidem*, p. 29.

a afirmar a preeminência das fontes imediatas do Direito, consistentes nas leis nacionais, estilos da corte e costumes do Reino sobre o direito subsidiário. Na hipótese de o direito romano e o direito canônico não terem solução para o caso concreto, dever-se-ia recorrer à Glosa Magna de Acúrsio ou à opinião de Bártolo.

Contudo, desde as Ordenações Manuelinas, nas suas duas versões, a autoridade dos textos de Acúrsio e Bártolo ficou condicionada a sua concordância com a opinião comum dos doutores.

7. Em breves linhas e seguindo sempre os passos de Braga da Cruz, é assim que se descreve, sob aspecto formal, a questão da hierarquia das fontes do direito em Portugal e, desde o descobrimento, também, por consequência, no Brasil. Materialmente, entretanto, a prática jurídica muito comumente subvertia essa hierarquia, dando primazia ao direito subsidiário, notadamente ao direito romano, em detrimento ao direito nacional.

Não se modifica essa situação até a advento das reformas pombalinas, com a edição da Lei de 18 de agosto de 1769, conhecida como Lei da Boa Razão e da Carta de Lei, que, em 1772, aprovou os novos Estatutos da Universidade Federal de Coimbra. Tais reformas orientam-se pelas idéias que amplamente circulavam no século das luzes e que, na área jurídica, se exprimem no jusnaturalismo racionalista e no *usus modernus pandectarum*. A boa razão, a *recta ratio*, passa a ser, desde então o critério por excelência a comandar a interpretação e a integração de lacunas. O direito romano só persiste como direito subsidiário quando expresse a razão natural, a qual, pouco adiante, já nos primeiros anos do século XIX, poderá estar mais bem refletida na legislação de outros povos, especialmente nas codificações e dentre essas, no código de Napoleão, que é o que goza de maior prestígio. Com a edição do Código Civil Português, de 1867, cessa, em Portugal, a vigência das Ordenações Filipinas e, pois, do direito romano como direito subsidiário.

8. No Brasil, com a Independência, foi desde logo anotada a legislação portuguesa<sup>13</sup>, como medida que se pretendia fosse manifestamente provisória, pois a Constituição Imperial de 1824, no seu art. 179, parágrafo 18, solene e incisivamente determinava que se organizasse “quanto antes um código civil e criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade”. O Código Criminal, efetivamente, não demorou muito a vir. Foi editado em 1830 e quase vinte anos após ganhava a nação o seu Código Comercial. No que toca, porém, ao Código Civil, circunstâncias várias, que não cabe nesta ocasião retrair, retardam a sua feitura. Será indispensável, entretanto, aqui mais uma vez prestar homenagem ao gênio de Teixeira de Freitas que, com a sua Consolidação das Leis Civis e o seu Esboço, pôs-se adiante de seu tempo, inserindo em sua obra as propostas pioneiras de uma parte geral para o Código e a unificação das obrigações

13 Lei de 20 de outubro de 1823.

civis e comerciais, muito antes de o Código Civil Alemão, de 1900, e o Código Suíço das Obrigações, de 1912, respectivamente, adotarem uma e outra dessas soluções.

O espaço de quase um século transcorrido entre a Constituição de 1824 e o nosso Código Civil alongou exageradamente a vigência, no campo das relações privadas, de um verdadeiro mosaico normativo, confuso, impreciso, caótico, no qual as Ordenações Filipinas, de 1603, eram a parte principal, a que se misturavam, porém, textos de legislação portuguesa e brasileira, tendo ainda como direito subsidiário, a que se recorria a cada passo, não apenas o direito romano, com os condicionamentos introduzidos pela Lei da Boa Razão, mas também o que se convencionou chamar o direito dos povos cultos<sup>14</sup>.

Carlos de Carvalho, no prefácio que escreveu em 1889 para sua Nova Consolidação das Leis Civis, assim retrata o direito brasileiro daquele fim de século, fazendo pensar no tormento que deveria ser para os juizes, advogados, estudantes e os que, por quaisquer motivos, devessem aprendê-lo, interpretá-lo ou aplicá-lo: “O direito romano”, diz ele, “principalmente pela lição alemã de Heineccio, Waldeck, Savigny, Puchta, Muhlenbruch, Mackeldey e Varkoenig, para não falar dos compêndios franceses e belgas, o direito francês por Domat e Pothier e pelos comentários doutrinários do Código de Napoleão, isto é, pelo método exegético, Merlin e Dalloz e os códigos de outras nações, pela Concordance de St. Joseph, constituíam em regra os elementos de ensino. Coelho da Rocha, suprindo as lacunas com o Código da Prússia, Correa Telles, com receio de passar por inovador, recorrendo à opinião dos doutores velhos e já falecidos. Borges Carneiro pedindo a Heineccio subsídios para formar o jus contitutum eram, com Melo Freire e Almeida Lobão, os guias espirituais do foro, servindo de artigos de ornamentação os velhos e poeirentos praxistas”. Por outro lado, prossegue, “não há preceito jurídico por mais simples, evidente ou intuitivo, que não se sinta obrigado a comparecer perante os tribunais acompanhado de numeroso séquito. As regras de direito não circulam nem são recebidas pela força da lei, de seu espírito ou princípios mas pelo número de endossantes, nacionais poucos e estrangeiros muitos, de preferência italianos e alemães”<sup>15</sup>.

9. As considerações até aqui feitas, destinadas a precisar, em ensaio apressado de história externa, quais as fontes romanas que deixaram sua marca no Código Civil Brasileiro e por que caminhos vieram até ele, deverão ser complementadas por outras notas, relacionadas com a história interna, nas quais se trate de identificar e descrever

14 É certo que, como pondera Miguel Reale, “a chamada Consolidação das Leis Civis, elaborada por Teixeira de Freitas, e aprovada pelo Governo Imperial em 1858, depois enriquecida, em 1877, de Aditamentos de autoria do mesmo juriconsulto, representava substancial alteração na legislação filipina” (100 Anos de Ciência do Direito no Brasil, S. Paulo, Saraiva, 1973, p. 5). Mesmo assim, o quadro normativo brasileiro carecia da precisão e segurança que só o Código Civil viria a dar.

15 Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1899, pp. VI e VIII.

as instituições do direito romano que mereceram acolhida no mais prestigiado dos nossos códigos. Antes, porém, para que esta exposição tenha um certo equilíbrio geométrico e não peque contra a simetria, far-se-á mister que se esclareça o que se deverá compreender por germanismo no nosso Código Civil. Germanismo, neste contexto, poderá ser entendido, pelo menos de duas maneiras. De uma parte, como o conjunto de instituições, regras, práticas e costumes, de caráter jurídico, observado pelos povos germânicos, antes da recepção do direito romano, o que, na Alemanha, só tardiamente irá ocorrer. Na verdade, registra Koschaker, apenas a partir da metade do século XIV o direito romano começa a ser efetivamente estudado nas universidades alemãs e, mesmo assim, nessa época, tinha ele uma importância secundária, subordinado que era ao direito canônico, “porque só o direito canônico era necessário na prática”<sup>16</sup>. Desde então se estabelece uma luta entre o direito germânico e o direito romano, de tal modo que as forças em oposição acabam por confundir-se e mesclar-se, formando, com as importantes contribuições do direito canônico, o direito comum, direito de especialistas, direito de juristas práticos, que alcançará seu apogeu, no século XVII, como o *usus modernus pandectarum*<sup>17</sup>. Com o advento da Escola Histórica, brotam dois ramos perfeitamente definidos, o dos germanistas e o dos romanistas, e não deixa de ser expressivo que, até hoje, uma das mundialmente mais reputadas revistas jurídicas no campo da história do Direito, a Revista da Fundação Savigny (*Zeitschrift der Savigny Stiftung*) seja dividida em duas áreas, a dedicada ao direito germânico (*germanistiche Abteilung*) e a voltada para o direito romano (*romanistische Abteilung*). Alguns germanistas criticaram, por vezes em termos extraordinariamente ásperos, a recepção do direito romano na Alemanha. A recepção do direito romano é vista por eles como um descalabro, um desastre, uma verdadeira “desgraça nacional” (*nationales Unglück*), censuras que serão endossadas, depois, pelo nacional socialismo<sup>18</sup>. Contudo, mesmo entre os estudiosos dedicados à recuperação ou à reconstrução histórica do direito genuinamente alemão, não são poucos os que mantiveram, face ao problema, posição de sensato equilíbrio, não se deixando levar pelo emocionalismo patriótico dos seus colegas mais exaltados.

Na escola histórica, a existência dessas duas tendências é de algum modo harmonizada pela presença muito forte do gênio de Savigny, que é a maior figura do cenário jurídico do século XIX. O conceito amplo de “espírito do povo” (*Volksgeist*), adotado por Savigny, partindo da idéia, como sublinha Wieacker, de que povo, “na verdade, não é a realidade política e social da nação histórica, mas um conceito cultural

16 Europa y el Derecho Romano, Rev. de Der. Privado, Madrid, 1955, p. 220.

17 Paul Koschaker, op. cit., p. 332 e ss.

18 As críticas mais veementes à recepção provêm de Georg Beseler e August Friedrich Reyscher. Ao primeiro se deve, também, a qualificação do direito romano, na forma tratada pela pandectística, como “direito de juristas” (*Juristenrecht*) em oposição ao direito germânico, que seria “direito do povo” (*Volksrecht*) (Molitor/Schlosser, *Grundzüge der Neuren Privatrechtsgeschichte*, Karlsruhe, C. F. Müller, 1975, p. 73). Sobre as lutas entre romanistas e germanistas, bem como a posição do nazismo quanto à recepção, Koschaker, op. cit., p. 229 e ss.

ideal - a comunidade espiritual e cultural ligada por uma cultura comum”<sup>19</sup>, permitiu que, à sua sombra, se desenvolvesse tanto a tendência que via no direito romano “um elemento essencial da vida jurídica alemã, entendida como processo cultural”<sup>20</sup>, quanto o movimento que prezava, sobretudo, a formação espontânea do direito nacional, consolidado especialmente pelo costume.

O primeiro caminho, o do romanismo, pelo qual Savigny demonstrava inequívoca simpatia, como atesta sua obra prodigiosa, levaria à ciência das Pandectas, ao cientificismo jurídico e à construção de um bem elaborado e rígido sistema do Direito Civil, enquanto outro, o do germanismo, daria ênfase ao empirismo jurídico, ao direito criado ou relevado diretamente pelo povo e não por técnicos ou juristas, à imanência do Direito no próprio fato, à “natureza das coisas” (Natur der Sache), noção que tanta importância iria ter, mais tarde, na Filosofia do Direito alemã.

Numa fórmula sintética, nesse contraste, o romanismo seria um direito de juristas (Juristenrecht), ao passo que o germanismo um direito do povo (Volksrecht), para usar os termos de um livro famoso de George Beseler, um dos líderes da corrente germanista<sup>21</sup>.

Daí, no direito germânico da idade média, o especial relevo conferido aos julgamentos por grupos de jurados leigos, os chamados Schöffen (escabinos), cujas decisões, se não tinham o refinamento lógico que encontramos no raciocínio jurídico bem articulado das soluções do direito romano, emanavam, entretanto, de um sentimento ou de uma intuição de justiça, radicada no coração do povo<sup>22</sup>.

Ao caráter profundamente individualista do direito romano que encontrava, porém, seu último limite na estabilidade do Estado e no bem estar do povo, como revela o princípio *salus publica suprema lex esto*, contrapunha o direito germânico uma concepção de ordem social em que o indivíduo não é uma criatura abstrata, mas um ser que se define pela sua inserção na sua circunstância, na sua família, na sua cidade, na sua profissão, na sua experiência diária de vida<sup>23</sup>. Tais características explicam a forma matizada que assumem certas instituições jurídicas germânicas, que variam de lugar para lugar, ao sabor das praxes e costumes, mas onde está presente, quase sempre, um compromisso entre os benefícios e vantagens individuais e o bem comum.

A propriedade talvez constitua um exemplo por excelência do que acabamos de afirmar. Não há uma propriedade imutável, única, igual em todas as situações. Ela se diferencia conforme os fins econômicos perseguidos ou a posição social do titular do direito, estando, de algum modo vinculada ao interesse coletivo. A regra célebre, estampada na Constituição de Weimar, “a propriedade obriga” (*Eigentum verpflichtet*), não é, de modo algum, um corpo estranho na tradição jurídica alemã ou uma norma que

19 op. cit., p. 448.

20 id. ib., p. 448.

21 vd. nota supra, nota 18.

22 Gustav Boehmer, op. cit., p. 74.

23 id. ib. p. 61.

tenha nascido totalmente despegada do passado cultural germânico. Bem ao contrário, ela surge, num determinado momento histórico, como resultado natural de uma antiga e constante tendência<sup>24</sup>.

10. Na visão global do Direito Privado, pode-se dizer que o romanismo se ocupou quase que exclusivamente do direito civil, ficando com o germanismo a construção da ciência alemã do direito comercial, do direito cambiário, do direito da corporação e das sociedades mercantis, do direito marítimo, do direito dos seguros e de minas, entre outros mais ligados diretamente à vida econômica<sup>25 26</sup>. A inclinação pelo comércio, que anima a população das cidades germânicas da idade média, perdura e se intensifica no curso do tempo, determinando o nascimento desses diferentes ramos do direito, em muitos dos quais os negócios jurídicos são geralmente abstratos, para permitir a rápida circulação dos bens e segurança dos terceiros. As instituições germânicas teriam, assim, dado origem a um direito que, no século XIX, se dizia “mais moderno” do que o direito civil, porque mais em harmonia com a expansão e a diversidade dos negócios na sociedade capitalista<sup>27</sup>.

11. Contudo, mesmo no direito civil, apesar do predomínio quase absoluto do direito romano após a recepção, aqui e ali as instituições jurídicas germânicas resistem e deixam sua marca no tecido normativo. Dentre elas talvez a mais importante é a que se prende aos testemunhos judiciais, do velho processo germânico, origem do registro imobiliário, que tanta importância terá na transmissão da propriedade imobiliária e na eficácia dos contratos.

Para a transmissão de domínio sobre imóveis exigia-se, em primeiro lugar, um negócio jurídico de alienação, chamado *sala* (da origem gótica comum *deu*, em inglês, *sale*<sup>28</sup>), sobre cuja natureza até hoje se discute, entendendo alguns que se tratava de um negócio jurídico do direito das obrigações, como é, por exemplo, a compra e venda, e outros um negócio jurídico de direito real, como o acordo de transmissão do direito alemão dos nossos dias<sup>29</sup>. A esse acordo seguia-se a entrega corporal, a vestitura ou investitura, que se dava, nos primeiros tempos, no próprio lugar do imóvel.

A correspondente entrega da posse, o afastamento corporal pelo alienante (*exire*), foi logo substituído por um acordo ou contrato sobre a perda da posse, que se

24 id. ib. p. 61.

25 id. ib. p. 344. Também, Molitor/Schlosser, op. cit.; p. 69 e ss., especialmente p. 74

26 É interessante notar como essas concepções do germanismo, que acabaram por expressar-se no direito mercantil alemão, tiveram também decidida influência nos Estados Unidos, no Uniform Commercial Code, através de Karl Llewellyn. Veja-se, sobre isso, James Whitman, *Commercial Law and the American Volk: a Note on Llewellyn's German Sources for the Uniform Commercial Code*, in *Yale Law Journal*. vol. 97 (1987), p. 156 e ss.

27 Molitor/Schlosser, op. cit., p. 74.

28 cf. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, Rio, Borsoi, 1955, vol 11, p. 213.

29 Cf. Brunner/v. Schwerin, *Historia del Derecho Germanico*, Barcelona, Labor, 1936, p. 197, nota 1, do trad. José Luiz Alvares Lopes.

realizava por uma declaração oral e, entre os francos, pela entrega de um bastão ou vara (festuca). Designava-se a isto de *per festuscam se exitum dicere*, *exfestucatio*, *resignatio*, e, posteriormente, *Auflassung*. No reino franco desenvolveu-se uma forma de tradição do direito romano vulgar, a *traditio per cartam*: o alienante entregava ao adquirente um documento de transmissão de propriedade.

Com o tempo, verifica-se um processo de espiritualização da vestitura, que se torna incorporeal, ou seja, a transmissão ou entrega da posse não necessita mais que ocorra no lugar do imóvel. Ela pode ser feita no tribunal. Inclina-se o direito germânico, neste ponto, para um rumo e uma solução já conhecidos pelo direito romano, quais sejam os da utilização de institutos processuais para a obtenção de fins de direito material, como sucedia com a *in iure cessio*, em que as partes simulavam a existência de uma ação reivindicatória para obter a transmissão formal da propriedade. A tradição *per cartam* poderia também efetivar-se no tribunal. Com o surgimento dos chamados “livros de direito” em que se registravam o atos processuais, essa *resignatio* judicial assume considerável realce, pela força probatória absoluta do testemunho judicial e do documento judicial, que lhe emprestava os mesmos efeitos da coisa julgada.

Ao final desse iter histórico, o registro da *resignatio* nos livros oficiais é requisito essencial para a transmissão do domínio, nascendo, assim, o registro imobiliário moderno. A *resignatio* procedida nesses termos tinha o condão de atribuir ao adquirente, ao cabo de um período de ano e dia, a *gewere* legítima, ou seja a total impossibilidade de impugnação da propriedade por terceiros<sup>30</sup>.

Ao direito germânico devem-se, igualmente, as distinções introduzidas no conceito romano de posse, - o qual, aliás, com a recepção, acabou prevalecendo no direito alemão - e que separaram a posse imediata da posse mediata. Como observa Betti, tal discrimine revela um “processo de espiritualização do ‘poder de fato’, que é adequado para facilitar a circulação das coisas”<sup>31</sup>.

Outra contribuição importante do direito germânico ao direito civil foi a distinção entre débito (*Schuld*) e responsabilidade (*Haftung*)<sup>32</sup>, pela qual se evidencia que o responsável pode não ser o devedor, o que acontece, por exemplo, quando um terceiro (que não é devedor) dá em hipoteca um imóvel seu em garantia de dívida de terceiro (que é devedor, mas não responsável).

12. E aqui convém já mencionar o segundo sentido que a palavra germanismo pode assumir, certamente não na Alemanha, mas entre nós, quando referida a influências sofridas pela nossa cultura ou, especificamente, para o que aqui nos interessa, pelo Código Civil Brasileiro. Nessa outra acepção, germanismo será interpretado num sentido mais largo, abrangendo as criações do pensamento jurídico alemão, posteriores

30 Em toda essa descrição da origem do registro imobiliário seguimos Brunner/v. Scherwin, op. cit, p. 197 e ss.

31 op. cit., p. 100.

32 Molitor/Schlosser, op. cit., p. 74.

à recepção, que foram acolhidas na nossa codificação, por inteiro ou modificadas, ou que a ela serviram de inspiração. Em tal perspectiva, a investigação dos traços deixados pelo germanismo, sempre tomado nessa peculiar acepção, no Código Civil de 1917, terá necessariamente de considerar a contribuição romanista da ciência jurídica alemã, que começa com Savigny, e que depois se irá desenvolver notavelmente com a pandectística, na qual brilha singularmente a obra de Windscheid, culminando com o BGD (Bürgerliches Gesetzbuch), concluído em 1.896, mas que entrou em vigência em 1.900. Dizendo de outro modo, por germanismo, nesse segundo sentido, não se considerará a matéria sobre a qual trabalhou a ciência jurídica alemã (matéria que era, como se viu, predominantemente romana), mas apenas e exclusivamente essa ciência jurídica.

Quem se debruçar sobre a obra de Teixeira de Freitas, ou dos grandes juristas brasileiros da fase imediatamente anterior à da elaboração do nosso Código Civil, como Lafayette Rodrigues Pereira, Lacerda de Almeida, Eduardo Espínola e o próprio Clóvis Bevilacqua, logo perceberá a intimidade que tinham esses autores com a obra dos mais célebres juristas germânicos do seu tempo<sup>33</sup>. Deve-se dizer, porém, a bem da verdade, que essa intimidade se estendia também aos juristas eminentes, de expressão francesa ou italiana, para não falar nos portugueses. De certa maneira, repetia-se, assim, num plano mais elevado, em que os exageros eram eliminados por critérios críticos bem mais estritos, o que acontecia nas práticas forenses, onde os advogados, no afã de convencerem os juizes, invocavam farta doutrina estrangeira, reiterando uma praxe que se consolidara desde a Lei da Boa Razão e que justificava a caricatura de Carlos de Carvalho, em trecho que aqui já transcrevi.

É oportuno que se saliente, no entanto, que a literatura jurídica alemã do século XIX qualitativamente sobrelevava a todas as outras, contrabalançando, poderosamente, a influência que o Código Civil Francês e, em menor medida, o Código Civil Austríaco, de 1.811, exerceram sobre a legislação de outros povos.

Savigny, os pandectistas e seus sucessores, como sinala Emilio Betti, deram origem a uma “doutrina que combinou pela primeira vez os métodos históricos com os de uma dogmática sistemática e elaborou os conceitos jurídicos e os princípios gerais com um grau de clareza e de refinamento que anteriormente nunca tinha sido atingido”<sup>34</sup>. Foram os alemães, sem sombra de dúvida, os pais da ciência jurídica moderna, que encontra seu coroamento no BGB. Comparada essa monumental obra legislativa com as duas grandes primeiras codificações do início do século XIX, de imediato se destaca a superior qualidade técnica do BGB. O desenvolvimento científico do Direito, ocorrido na Alemanha, no curso do século passado, bem como as modificações culturais, econômicas e políticas por que passou o mundo nesse mesmo período de tempo,

33 Sobre a influência de Savigny na obra de Teixeira de Freitas, veja-se Clóvis V. do Couto e Silva, op. cit. p. 153 e ss e nota 8.

34 *Système du Code Civil Allemand*, Milano, Giuffrè, 1965, p. 12.

envelheceram e desgastaram, prematura e severamente, tanto o Código Civil francês quanto o austríaco.

Muito embora fossem eles as expressões mais altas do jusnaturalismo racionalista, elaborados, portanto, e postos em vigor com a pretensão de haverem cristalizado uma ordem jurídica abstrata e atemporal, que deveria servir a todos os povos, motivo pelo qual intérpretes e aplicadores estavam proibidos de desnaturá-los, muito cedo se verificou que eles não representavam o que hoje se poderia chamar de o “fim da história” jurídica. E quem se incumbirá de mostrar isso será, precisamente, a Escola Histórica, em todos os seus desdobramentos, e o novo humanismo que a caracteriza, ou seja, em poucas palavras, a ciência jurídica alemã do século XIX.

Um dos mais notáveis juristas do nosso tempo, ao efetuar o cotejo entre o BGB e aqueles outros códigos, observa que estes “não haviam estabelecido regras sobre as pessoas jurídicas (o que foi objeto de meditação pela doutrina alemã); a fundação lhes é desconhecida, do mesmo modo como a noção de atos jurídicos e de suas diferentes categorias; seu tratamento da nulidade dos atos carece de precisão; eles não contêm normas sobre a conclusão dos contratos, a representação, a estipulação em favor de terceiros, a cessão de crédito e a assunção de dívida; a causa e o ato abstrato são representados desde então” (desde o BGB) “sob uma nova luz; do mesmo modo como o enriquecimento sem causa e a posse”<sup>35</sup>.

Não pode, pois, causar surpresa que muitas dessas imperfeições apontadas nos Códigos Cíveis francês e austríaco (e o mesmo se poderá dizer de outros códigos que receberam sua direta influência, no século passado) estejam ausentes no nosso Código Civil, como também certamente não espantará que nele hajam sido acolhidos progressos técnicos revelados ou introduzidos pela ciência jurídica alemã, não só em razão da sua excelência, mas também por que a chamada Escola do Recife, sob a liderança de Tobias Barreto, dera considerável importância e prestígio, entre nós, à cultura germânica no campo do Direito. Cabe lembrar, nesta ordem de considerações, que Clóvis Bevilacqua, o autor do anteprojeto do Código Civil brasileiro, era professor da Faculdade de Direito do Recife.

Ainda deverá dizer-se, nesta mesma linha de observações, que seria perfeitamente natural, como o foi, que, em razão da sua maior proximidade histórica, a ciência jurídica alemã, afinal cristalizada no BGB, tivesse sobre o Código Civil Brasileiro uma influência em muitos aspectos mais expressivo que a do Code Napoléon<sup>36</sup>. O Código Civil Alemão e o nosso, diferentemente dos dois outros, propunham-se a ser o coroamento e a conclusão de um prolongada fase de vigência do *ius commune*, muito mais do que instrumentos revolucionários de mudança da sociedade. Apesar de que a preocupação com a segurança jurídica dos indivíduos estivesse evidentemente entre as

35 *id. ib.* p. 13.

36 É claro que isso se explica, também, por outras razões, entre as quais não são as menores a importância e o prestígio da obra de Teixeira de Freitas (cf. Clóvis do Couto e Silva, *op. cit.*, p. 153).

motivações principais de ambas as codificações, pois, é óbvio que a maior definição e clareza da ordem jurídica, operada pela codificação, teria essa consequência imediata, faltava-lhes a missão propedêutica de educar o povo em um novo credo. Talvez seja nessa circunstância que se deverá buscar a explicação para o diminuto entusiasmo popular (se é que algum entusiasmo efetivamente existiu) com que foram recebidos quer o Código Civil Alemão quer o nosso, em contraste com o que ocorreu sobretudo com o Código Civil Francês.

13. Já se deixa assim perceber que o germanismo a que prestou tributo e homenagem o Código Civil Brasileiro foi sobretudo o que pode ser identificado com a ciência jurídica alemã do século XIX (portanto o que é assim entendido fora da Alemanha), muito mais do que aquele outro, de caráter material ou substancial, consistente nas instituições jurídicas germânicas anteriores à recepção. Desde logo será de justiça assinalar, entretanto, que jamais a influência alemã sobre o Código Civil Brasileiro que, como se viu, é irrecusável, fazem daquela nossa obra legislativa uma imitação servil do Código alemão, como aconteceu com a codificação realizada por outras nações como, por exemplo, o Japão. Muito longe disso. O Código civil Brasileiro é um código afinado com a ciência jurídica do seu tempo e, por isso mesmo, não poderia nunca desconhecer as ricas vertentes da ciência jurídica alemã, de que se utilizou, entretanto, sempre com muita prudência e comedimento, temperando suas contribuições com a tradição luso-brasileira ou com a pureza dos ensinamentos do direito romano, onde o BGB deles se desviou, como sucedeu, por exemplo, ao construir, como abstrata, a transferência da propriedade imobiliária, ou com os empréstimos tomados ao Code Civil, que parecem numerosos, mas que talvez sejam muito mais recortados do direito romano com a expressão que lhe deu o direito francês<sup>37</sup>. Essa posição de equilíbrio e de relativa independência que guardou o nosso Código Civil, não apenas com respeito ao BGB, mas também com relação a outros códigos famosos do século passado, como o napoleônico, o austríaco, o italiano e o português, para mencionar apenas alguns dos mais conhecidos, é que o erguem à condição indiscutível de ser um dos mais originais dessa segunda geração de códigos, que se inaugura precisamente com o BGB<sup>38</sup>.

14. No pertinente ao sistema adotado pelo Código Civil Brasileiro, ele se afasta do contido no Esboço de Teixeira de Freitas, para aproximar-se do geralmente usado no direito das pandectas germânico. Sua gênese deve ser buscada nos Apontamentos

---

37 Pontes de Miranda, *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*, Rio, 1981, p. 93.

38 Ennecerus-Nipperdey consideram o Código Civil brasileiro a mais independente das codificações latinoamericanas e registram que apenas 62 artigos têm sua origem no BGB. Anotam, porém, que “a ordenação das matérias tem ampla correlação com o Código Civil alemão, embora seja diversa a divisão em uma parte geral e uma parte especial” (*Derecho Civil*, Barcelona. Bosch, 1947, vol I, p. 108).

para o Projeto do Código Civil Brasileiro, apresentados por Joaquim Felício dos Santos, em 1881, que dividiam a matéria em uma parte geral, subdividida em três livros, que tratavam das pessoas em geral, das coisas em geral e dos atos jurídicos em geral, e de uma parte especial, por sua vez também subdividida em três livros, que se ocupavam das pessoas em especial, das coisas em especial e dos atos jurídicos em especial, tudo isso era precedido por um “Título Preliminar”, que dispunha sobre a publicação, efeitos e aplicação das leis em geral<sup>39</sup>. A influência germânica acentuou-se ainda mais com o projeto de Antônio Coelho Rodrigues, de 1893, “amplamente inspirado”, como diz Eduardo Espínola, “nos princípios predominantes na Alemanha. A classificação das matérias é exatamente a da escola alemã: tem uma lei preliminar, uma parte geral e uma parte especial. A lei preliminar compõe-se de 39 artigos e trata da ‘publicação da lei e dos seus efeitos em relação ao tempo, ao espaço e ao objeto; a parte geral se subdivide em três livros: 1º das pessoas; 2º dos bens; 3º dos fatos e atos jurídicos; a parte especial tem quatro livros 1º das obrigações; 2º da posse, da propriedade e dos outros direitos reais; 3º do direito da família; 4º do direito das sucessões”<sup>40</sup>. Por trilha semelhante seguiu o projeto Bevilacqua, com a alteração, entretanto, da ordem das subdivisões da parte especial. Convidado pelo Governo Brasileiro no início de 1896 para elaborar anteprojeto de Código Civil, Bevilacqua começou sua obra em abril e a concluiu em novembro daquele mesmo ano. O anteprojeto, no seu sistema, é claramente influenciado pela ciência jurídica alemã, anterior ao BGB, e não propriamente pelo BGB<sup>41</sup>. E assim ficou, com as modificações que lhe foram introduzidas, até converter-se em lei e sua publicação em 1916<sup>42</sup>.

15. Ao cogitar-se de ponderar a influência do romanismo ou de germanismo no Código Civil Brasileiro, não há dúvida que a balança irá pender para o lado da contribuição do direito romano, quer seja o bebido nas fontes autênticas, quer o que se traduz no direito comum e na interpretação que a experiência histórica, em constante mutação, lhe foi atribuindo. Se no tocante ao sistema do Código Civil Brasileiro, a influência da ciência alemã - ou, se assim se preferir, do germanismo - como vimos, é especialmente importante, no seu aspecto substancial, entretanto, é claro que há nítida predominância de matéria extraída do direito romano. Os que tiverem a paciência de percorrer os comentários de Clóvis Bevilacqua ao Código Civil, detendo-se em cada artigo para examinar as referências preliminares que o autor faz à origem do preceito e em que ordenamentos jurídicos existe regra igual ou similar, logo verificarão a raiz

39 Cf. Pontes de Miranda, *Die Zivilgesetze der Gegenwart*, Band III, *Brasilien Código Civil*, Einleitung, p. XLI.

40 Sistema do Direito Civil Brasileiro, ed. Rio, 1977, p. 18.

41 Nesse sentido, Pontes de Miranda, *Fontes*, p. 85; Clóvis do Couto e Silva, *op. cit.*, p. 155. Por último, Cláudia Lima Marques, no seu belo ensaio *Cem Anos de Código Civil Alemão: o BGB de 1896 e o Código Civil Brasileiro de 1916*, RT 741/11-37.

42 A história pormenorizada do nosso Código Civil é retrçada por Clóvis Bevilacqua no *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, por ele comentado, Rio, ed. Rio, 1976 (ed. Histórica), vol. I, p. 12 e ss.

romana da imensa maioria das disposições ali consignadas<sup>43</sup>.

16. Por certo, na parte geral, é mais forte a impressão da ciência jurídica alemã, notadamente: no tratamento das pessoas jurídicas, onde afloram as concepções orgânicas da Gierke, a par de estabelecer-se a da necessidade do registro para a personificação das sociedades e fundações de direito privado; no conceito de pretensão, elaborado por Windscheid, no seu célebre estudo sobre a ação do processo civil romano (*Die Actio des röm. Zivilrecht von Standpunkt des heutigen Rechts* - 1856) que, no art. 75, aparece, entretanto, confundido com o de ação de direito material<sup>44</sup>; na enumeração das causas da nulidade do ato jurídico, no art. 145, embora, quanto a esse ponto, o Código Civil Brasileiro seja bem mais conciso (ousaria até dizer, menos prolixo) do que o BGB, deixando, porém, de inserir no elenco que consigna, lamentavelmente, como fez o BGB, no art. 138, a nulidade do ato jurídico praticado contra o bonos mores. Contudo, mesmo aí, na parte geral, muito particularmente na classificação dos bens e na conceituação e disciplina dos vícios da vontade (erro, dolo, simulação, coação), bem como da fraude contra credores, o destaque que assumem as concepções romanas é evidente.

17. Quanto ao direito de família, nem o direito romano, nem o direito germânico deixaram rastro expressivo no nosso Código Civil. O direito romano de família, do período clássico, que Fritz Schulz chamou de “o produto mais impressionante do gênio jurídico romano”<sup>45</sup> foi profundamente alterado pelas concepções do cristianismo e pelas regras do direito canônico, implicando um atraso no processo de estabelecimento da igualdade entre os cônjuges que só neste século se cuidou de recuperar. N o que respeita ao direito de família do BGB, do mesmo modo como ao do nosso Código Civil, pode-se dizer que já nasceram velhos e voltados para o passado. O pensamento germânico e as instituições jurídicas alemãs, anteriores ao BGB, não trouxeram, também, soluções de importância para o nosso direito<sup>46</sup>. Caberá referir, entretanto, que o regime de bens da comunhão universal, no direito patrimonial de família, corresponde à “comunhão de mão total” (*Gesamthandgemeinschaft*), do velho direito germânico, na qual, como em tantas de suas instituições, os interesses do grupo prevaleciam sobre o dos indivíduos, em contraste com o que geralmente ocorria no mundo romano<sup>47</sup>.

43 Sobre as estatísticas das influências no Código Civil Brasileiro, por todos, Cláudia Lima Marques, op. cit., p. 24 e ss.

44 Só com a obra de Pontes de Miranda e, especialmente, só após a publicação da Parte Geral do seu monumental Tratado de Direito Privado, na década de 50, é que será bem explicado no direito brasileiro o conceito de pretensão, consistente na possibilidade de exigir que geralmente tem (mas não sempre) o titular do direito subjetivo, e que é distinta do direito subjetivo. Trata-se de conceito indispensável para a compreensão, por exemplo, da prescrição, dos direitos formativos, das chamadas obrigações imperfeitas ou dos direitos mutilados, dos direitos expectativos, do termo e da condição suspensiva, entre outras categorias importantes do direito privado.

45 *Derecho Romano Classico*, Barcelona, Bosch, 1960, p. 99. Veja-se, também, meu artigo Casamento e a Posição Jurídica da Mulher no Direito de Família Romano do Período Clássico”, in Revista “Direito e Justiça”, vol. 15, p. 97 e ss.

46 Cláudia Lima Marques, op. cit., p. 33-34.

47 Sobre a subsistência da *Gesamthandgemeinschaft* no direito contemporâneo, vd. João Baptista Villela, Condomínio no Código Civil Brasileiro - Romanismo versus Germanismo, in Ferrero Costa, Raul, et alii - *Tendencias Actuales y Perspectivas*

18. No direito das coisas, a marca romana é dominante. Ela aparece muito nítida na posse, noção que é bem mais precisa do que a *Gewere* germânica, na proteção possessória, na propriedade em geral, nos direitos reais sobre as coisas alheias. A influência germânica se revela, por outro lado, de modo peculiar, no trabalho realizado pela ciência jurídica alemã sobre o conceito romano de posse, definida, no art. 485, seguindo as linhas da concepção de Ihering, na distinção entre posse direta e indireta (art. 486), na eficácia do registro na transmissão da propriedade imobiliária e na constituição de direitos reais. Não adotou o direito brasileiro, entretanto, no que diz com a transmissão da propriedade imobiliária, a rígida separação existente no direito alemão entre os planos dos negócios jurídicos obrigacionais (que são, de regras, causais) e o dos negócios jurídicos do direito das coisas, como o acordo de transmissão, que são abstratos. É irrecusável, entretanto, que, sobre o aspecto lógico, deverá sempre haver uma diferença entre negócios jurídicos obrigacionais e negócios de disposição (*Verfügungsgeschäfte*). Daí porque se tenha afirmado que tal separação de planos, no direito Brasileiro, é meramente relativa, o que significa dizer que a invalidade do negócio jurídico obrigacional contamina a transmissão do domínio, afirmando-se, assim, entre nós, a causalidade do acordo de transmissão<sup>48</sup>.

19. A base do direito das obrigações é toda ela romana. É inegável, no entanto, que a noção que se tem hoje da obrigação, ou a que já se tinha à época da elaboração do nosso Código Civil, não é, e nem poderia ser, a mesma que os romanos conceberam. Muitas modificações profundas foram introduzidas, especialmente no modo de considerar o vínculo obrigacional, que sempre conservou, no grande arco da história romana, a natureza pessoal que intensa e até cruelmente o caracterizou nos primeiros tempos, como atesta o *partis secanto* das XII Tábuas. Quando os romanos afirmavam que “*obligationum substantia in eo consistit ut alium nobis adstringat, ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum*” (D. 44.7.3) concebiam um laço jurídico entre pessoas determinadas. O mandato ilustra bem essa maneira de ver a obrigação, pois as obrigações contraídas pelo mandatário só dele podiam ser exigidas, uma vez que, em todas as áreas do direito romano, a chamada representação direta só veio a ser admitida em hipóteses excepcionais<sup>49</sup>. Na generalidade dos casos, a representação era indireta, ou seja, se de mandato se tratasse, estabelecia-se um vínculo interno entre o mandante e o mandatário, mas jamais entre o mandante e o terceiro. Este estava ligado exclusivamente ao mandatário. Não será preciso dizer que o direito moderno rompeu essas limitações, não apenas para admitir plenamente a representação direta, que se tornou comum, como também para admitir a constituição de vínculos obrigacionais com pessoas indeterminadas ou só posteriormente determinadas, como se passa com

del Derecho Privado y el Sistema Jurídico Latinoamericano, Lima, Cultural Cuzco, 1990, p. 579-590.

48 Cf. Clóvis do Couto e Silva, *A Obrigação como Processo*, Porto Alegre, 1964, p. 54.

49 Kunkel/Jörs/Wenger, *Römisches Recht*, Berlin, Springer, 1949, p. 101 e ss.

os títulos de crédito<sup>50</sup>. Aos alicerces romanos agregou o nosso Código Civil material provindo de outras influências, dentre as quais, por certo, as do direito alemão. São elas sobretudo perceptíveis no efeito vincutivo da proposta (art. 1.080), na estipulação em favor de terceiros (art. 1098), na gestão de negócios sem mandato (art. 1.332), na possibilidade de que tem o devedor de pagar a qualquer dos credores solidários (art. 899), nas regras sobre o pagamento (art. 930)<sup>51</sup>. Ao nosso direito civil incorporou-se, também, a distinção germânica entre débito (Schuld) e responsabilidade (Haftung), a meio caminho entre o direito das obrigações e o direito das coisas.

20. Finalmente, no tocante ao direito das sucessões, também aqui a influência predominante é romana, tendo, porém, recebido significativas contribuições do direito português e francês, mas modesto subsídio do direito germânico<sup>52</sup>.

21. O Código Civil brasileiro, ao extinguir a vigência do direito romano em nosso país, determinou, também, o declínio do seu estudo entre nós. A disciplina de direito romano foi eliminada da maioria dos currículos de nossas faculdades de direito ou geralmente não consta das daquelas que mais recentemente foram criadas. Não será exagerado afirmar, assim, que a influência do romanismo, na leitura de nossa legislação civil, se não desapareceu de todo, é quase que inexistente, efeito que, aliás, produziu a codificação, nos países cujo direito integra a família do direito romano. Destino diferente teve, entretanto, o germanismo. Após o nosso Código Civil, a interpretação que dele se fez e as obras que sobre direito civil se escreveram, foram, em sua grande maioria, apoiadas no direito francês, no direito italiano e no direito português. Creio não cometer injustiça ao dizer que a única voz que ainda mantinha viva a tradição da Escola do Recife, na sua veneração pela cultura jurídica alemã na área do direito privado, era a de Pontes de Miranda. A ele se deve o renascimento de germanismo no direito civil brasileiro<sup>53</sup>. Isso acontece não propriamente em razão do que Pontes de Miranda escreveu até a primeira metade deste século, mas sim com o início da publicação, na década de 50, do seu monumental Tratado de Direito Privado. Especialmente os volumes da parte geral do Tratado revelam um domínio assombroso da literatura jurídica alemã, não só da pandectística, como também da moderna, o que imprime às matérias neles tratadas uma precisão e um rigor científico até então nunca conhecido em nosso direito privado. O transporte para o direito brasileiro da noção de Tatbestand, expressão traduzida por “suporte fático”; a classificação dos atos jurídicos de direito privado, com a distinções entre negócios jurídicos, atos jurídicos stricto sensu e atos-fatos jurídicos; o emprego

50 Clóvis Bevilacqua, *Direito das Obrigações*, Rio, ed. Rio, 1977 (ed. Histórica, reproduzindo a 5a. ed., de 1940), p. 15 e ss.

51 Veja-se Cláudia Lima Marques (op. cit. p. 35), coligindo, sobretudo, as indicações de Pontes de Miranda (Fontes).

52 id. ib., p. 35-36.

53 A isso chama Cláudia Lima Marques de “novo germanismo” (op. cit., p. 30).

das concepções orgânicas de Gierke no trato das pessoas jurídicas (“o diretor apresenta, não representa a pessoa jurídica”); a análise da nova categoria dos direitos subjetivos, consistente nos direitos formativos, a que Emil Seckel deu forma definitiva, bem como a dos direitos expectativos; o exame metucioso do conceito de pretensão, de Anspruch, com todas as suas importantes implicações; o esforço em demonstrar que, também no direito brasileiro, o acordo de transmissão da propriedade imobiliária é negócio jurídico abstrato - são algumas facetas de seu pensamento e das suas lições que bem exprimem o quanto sobre o seu gênio pesou a cultura jurídica germânica. Não parece excessivo asseverar, portanto, que com Pontes de Miranda começam de novo a encher-se com o bom vinho da doutrina alemã os já envelhecidos odres do nosso Código Civil. Na verdade, a releitura do nosso direito civil, empreendida por Pontes de Miranda no seu Tratado, não demorou a refletir-se na jurisprudência dos tribunais nacionais, ao mesmo tempo que impressionava, também, toda uma nova geração de juristas. O que hoje com mais facilidade se pode criticar na obra de Pontes de Miranda - e esse será talvez um ponto de sombra deixado pelo seu germanismo - é a sua concepção mecanicista do direito e o seu positivismo. Isso impediu-lhe de avaliar corretamente a importância de algumas cláusulas gerais acolhidas pelo BGB, como, por exemplo, as que se extraem dos parágrafos 157, 162 e 242, relacionados com a boa fé (Treu und Glaube), ou do parágrafo 138, que diz respeito aos bons costumes, censura que, aliás, em primeiro lugar se deverá fazer ao autor do projeto do nosso Código civil e aos que colaboraram na elaboração do texto definitivo. São essas cláusulas gerais que impedem que os códigos envelheçam prematuramente, pois são elas as portas abertas para a ética social, os canais por que penetram no direito as mudanças culturais e econômicas, os delicados sensores que adaptam os sistemas jurídicos às oscilações do meio a que aplicam. Contudo, a moderna doutrina civilista brasileira tem tentado introduzir no nosso direito os valores que se acham expressos naqueles preceitos do BGB, considerando-os como princípios imanescentes ou implícitos em nosso sistema jurídico<sup>54</sup>. Se a primeira onda de germanismo pode ser identificada na ciência jurídica alemã do século passado, que influenciou o nosso Código Civil, e a segunda no rastro deixado em nossa cultura pelo pensamento de Pontes de Miranda, caberá falar, ainda, de uma terceira onda, consistente na penetração que tiveram em nosso meio, após a edição do Código Civil português, de 1966, de forte inspiração germânica, as obras dos civilistas lusitanos. Mário Júlio de Almeida Costa, José de Oliveira Ascensão, João de Matos Antunes Varela, Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, entre outros, são juristas portugueses dos nossos dias, de sólida formação germânica, cujas obras, de larga circulação no Brasil, têm contribuído para que para a leitura do nosso Código Civil continue a ser feita, de certa maneira, pelas lentes da ciência jurídica alemã, embora as adaptações sofridas ao ser recebida pelo direito português.

<sup>54</sup> Nesse sentido, no que respeita ao princípio da boa fé objetiva, a obra pioneira em nosso direito foi a Obrigação como Processo, de Clóvis do Couto e Silva.

22. Concluo dizendo que romanismo e germanismo confluíram poderosamente na conformação do nosso Código Civil e, com maior ou menos vigor, continuam ainda a influir na sua interpretação e na modelação do direito civil brasileiro contemporâneo. Num mundo em que os avanços tecnológicos vão cada vez mais derrubando as fronteiras entre as nações, facilitando os processos de integração, talvez já tenha chegado a hora de pensar que essas divisões, como as de germanismo e romanismo, são meras expressões diversificadas - não do espírito de um povo, como de certa maneira pareceu, no início da Escola Histórica - mas do mesmo espírito vivo da humanidade.



Pareceres

---

Pareceres



**PARECER 4564****ENFITEUSE.****ALIENAÇÃO DE DOMÍNIO ÚTIL.**

Competência legislativa federal e estadual.

A infração à disposição de lei estadual não produz a invalidade de ato jurídico disciplinado pelo Código Civil. Interpretação de normas do Decreto estadual nº 174, de 1940.

ARROZEIRA BRASILEIRA S/A, titular do domínio útil de terreno foreiro do Estado do Rio Grande do Sul requereu ao Senhor Secretário da Fazenda, em julho de 1977, licença para transferir a terceiros o direito que tinha sobre o imóvel.

Verificou-se, no curso do expediente, que a postulante tinha débitos para com a fazenda estadual, relacionado com o ICM, razão pela qual a licença não poderia ser, como não foi, concedida.

Para contornar esse obstáculo, a requerente efetivou o pagamento do laudêmio e, por escritura pública lavrada no Estado do Rio de Janeiro, em janeiro de 1979, alienou aos Senhores FLÁVIO CASTELO BRANCO SANTOS, KLEBER MACHADO e LUIZ CARLOS CASTELO BRANCO SANTOS o domínio útil. É de notar que deste ato o Estado só foi notificado a 24 de abril de 1980, por petição que ao Senhor Secretário da Fazenda dirigiram os adquirentes. Para que fique completo o elenco dos fatos que interessam à matéria jurídica a ser discutida, cabe mencionar que em agosto de 1979 ARROZEIRA BRASILEIRA renovou o pedido de autorização para transferência.

2. Arguiu-se, no expediente, invalidade do ato jurídico de alienação do domínio útil, por discrepante com o estabelecido nos artigos 54 e 104 do Decreto Estadual nº 174, de 20 de novembro de 1940, que assim declaram:

“Art. 54 - A transmissão “inter vivos” e odesmembramento da propriedade não poderão ser feitos sem prévia autorização do Secretário da Fazenda, solicitada em requerimento.”

“Art. 104 - Nenhuma licença de transmissão será concedida sem que o foreiro esteja em dia com a Fazenda do Estado e sem que tenha efetuado o recolhimento da importância relativa ao laudêmio de 5% fixado pela lei em vigor por ocasião da transferência ao Estado do domínio sobre os terrenos reservados.” 3. Duas são as questões principais a serem solvidas. A primeira, de caráter mais geral, diz com a fixação da linha divisória entre Direito Civil e Direito Administrativo, no que se relaciona com a enfiteuse de bens públicos. A segunda entende com a determinação do exato alcance das normas estaduais sobre bens enfitêuticos de

propriedade do Estado do Rio Grande do Sul.

4. São freqüentes os pontos de contacto entre Direito Administrativo e Direito Civil. Freqüente é também, no Estado moderno, a adoção de instituições de Direito Privado para a perseguição de fins públicos. Inversamente, número sempre maior de pessoas, naturais ou jurídicas, de Direito Privado, assumem funções de manifesto interesse público. Tudo isso criou dilatadas faixas em que o setor público e o setor privado de certo modo se interpenetram, tornando extremamente difícil a identificação, num vasto elenco de situações concretas, se tais casos estariam regidos por regras de Direito Público ou de Direito Privado. Essa circunstância levou MARTIN BULLINGER a questionar a utilidade de manter a milenar distinção entre Direito Público e Direito Privado, não pelas razões eminentemente formais com que KELSEN condena o discrimine (“Teoria Pura do Direito”, Coimbra, 1962, p. 165 e segs.), mas pela impossibilidade que vislumbra de separar, materialmente, o que pertence a um e outro setor (“Derecho Publico y Derecho Privado”, Madrid, 1976, “passim”).

5. Se, todavia, especialmente naqueles países em que a justiça administrativa é distinta da justiça comum, ou em que, como o nosso, em razão da estrutura federativa, é diversa a competência para legislar sobre direito público ou direito privado, é irrenunciável a clássica divisão dualista, não se pode deixar de reconhecer que estão em crise as teorias tradicionais propostas para estremar com nitidez os dois campos.

6. A teoria do interesse, fundada na famosa distinção de Ulpiano (D. 1.1.1.2), segundo a qual “publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem”, é, hoje em dia, inaceitável. Pelo critério do interesse integram o Direito Público as normas que disciplinam situações em que os interesses em jogo são públicos. Não se pode esquecer, entretanto, que há muitas regras jurídicas que, embora tenham por objeto relações entre particulares, perseguem também fins acentuadamente públicos. É o que acontece, por exemplo, com os preceitos de Direito de Família. De outro lado, como já mencionamos, muitas vezes o Estado se utiliza de formas do Direito Privado para a realização de seus objetivos de caráter exclusiva ou predominantemente públicos. Só isso serve para mostrar que o critério propugnado pela teoria do interesse não daria a mínima segurança na classificação das regras jurídicas, se de Direito Público ou de Direito Privado.

7. Insatisfatória é também a teoria da subordinação. Segundo ela, a distinção entre Direito Público e Direito Privado não estaria nos fins contemplados na norma (como sucede com a teoria do interesse), mas nos meios específicos que o ordenamento jurídico concede ao Estado para a realização dos seus objetivos. O meio de que ordinariamente se serve a Administração Pública, para esses fins, são medidas unilaterais e coercitivas. Numa palavra, é o seu “imperium”. Enquanto as relações entre particulares se desenvolvem em plano de igualdade, tendo como fundamento principalmente as manifestações de vontade dos indivíduos, as relações entre estes e

o Estado se estabelecem, nas mais das vezes, em planos desiguais, pois um ordena e proíbe e ao outro não resta senão obedecer e submeter-se. A crítica que se faz a esta teoria (ainda hoje de grande prestígio nos países de expressão alemã) é a de que no Direito Privado também há relações de subordinação (p. ex., no Direito de Família, entre outras, as relações jurídicas nas quais a “*patria potestas*” tem caráter dominante) e que se encontram no Direito Público relações de coordenação (p. ex., contratos e convênios entre pessoas de direito público). Além disso, o Estado moderno não age apenas de modo coercitivo, aplicando penas e estabelecendo unilateralmente deveres e obrigações para os indivíduos. Uma das características do Estado social, em contraste com o Estado liberal burguês, é a realização de uma gama variadíssima de prestações em benefícios dos particulares, sem que haja nessa ação qualquer nota autoritária. Na verdade, o Estado que mantém hospitais, creches e escolas, que presta assistência médica, que distribui merendas, que constrói ou estimula a construção de casas para pessoal de baixa renda, que subvenciona o pequeno agricultor, não estabelece, em muitas dessas situações, relações de subordinação com os indivíduos, e no entanto essas funções são hoje tidas como próprias do Estado e regidas freqüentemente pelo Direito Público. No mundo moderno e especialmente em países economicamente mais desenvolvidos pode-se mesmo dizer que a chamada Administração prestadora de benefícios (a “*Leistungsverwaltung*” dos alemães) assumiu um papel mais relevante do que a Administração que se manifesta imperativamente, por providências unilaterais (*Eingriffsverwaltung*). Por certo, a existência de relação de subordinação, ou de “*imperium*” estatal, denuncia em princípio área regida pelo Direito Público. A inexistência de subordinação ou “*imperium*” não quer dizer, entretanto, que se trate de território à sombra do Direito Privado, pois, como acentuamos, há relações jurídicas disciplinadas pelo Direito Público nas quais não se percebe qualquer traço de coerção.

8. A doutrina e a jurisprudência francesa, que haviam consagrado a teoria da subordinação na célebre distinção entre “*actes d’authorité*” e “*actes de gestion*”, a partir do “*arrêt*” BLANCO (1873) passaram a tentar estabelecer o discrimine entre o Direito Público e o Direito Privado e, conseqüentemente a definir a competência dos tribunais comuns e dos tribunais administrativos, pelo critério e pela teoria do serviço público. Temos aí, portanto, uma terceira teoria. Por serviço público, numa fórmula breve, entende-se a atividade desempenhada pelo Estado visando fins de interesse público. Segundo os adeptos dessa posição doutrinária, as normas que tem por objeto relações jurídicas estabelecidas como imediata decorrência do exercício de serviço público seriam de Direito Público. A noção foi intensamente trabalhada pela “*escola do serviço público*”, cujas expressões maiores, como é notório, são DUGUIT, JÉZE, e BONNARD. Contudo, a expansão das atividades do Estado e a utilização de instituições do Direito Privado mesmo na realização de funções e tarefas de interesse público (a chamada gestão privada de serviços públicos) esfumaram a precisão das linhas distin-

tivas retirando do serviço público o caráter de critério absoluto, quer para o discrimine entre Direito Público e Direito Privado, quer para a identificação da competência da justiça administrativa e da justiça comum (sobre isso, por todos, J. L. CORAIL, "La crise de la Notion de Service Public", 1954, "passim"), a verificação da insuficiência das teorias do interesse, da subordinação e do serviço público tem levado pensadores modernos a sugerir adoção de critérios mais abstratos e formais. A essa orientação filiam-se tanto HANS JULIUS WOLFF, com sua reformulação da teoria do sujeito, (WOLFF-BACHOFF, "Verwaltungsrecht", Munique, 1974, vol. I, p. 97 e segs.; H.J. WOLFF, "Der Unterschied Zwischen Offentlichen und Privatem Recht, In Archiv des Offentlichen Rechts", 75 (1950), p. 205 e segs.) quanto o grupo de juristas franceses adeptos da nova teoria da "puissance publique" (LAUBADÈRE, *Traité de Droit Administratif*, 1973, vol. I, págs. 50 e 51). Não é este o lugar para aprofundar o exame de tais teorias. Bastará dizer que, segundo elas, a distinção entre Direito Público e Direito Privado não está na diversidade de situações de fato previstas na norma (diversidade de "Tatbestand" ou de suporte fático), ou na diversidade de efeitos jurídicos, ou ainda na diversidade de fins perseguidos pela norma ou dos meios por ela concedidos ao Estado, mas sim na diversidade da própria norma de Direito Público que, por se vincular ao Estado, por tê-lo como sujeito, determina um regime extravagante do direito comum. As teorias formais ordinariamente irrepreensíveis no plano puramente lógico, padecem quase sempre do grave vício de terem diminuto valor prático. A teoria pura do direito, de KELSEN, constitui o exemplo mais eloqüente do que afirmamos. Isso ocorre, porém, sempre que a forma ou o lado externo sejam completamente separados do conteúdo. No caso, entretanto, da teoria do sujeito, é o Estado, como polo de imputação da regra jurídica, e a atividade por ele desempenhada que, em última análise, determinam a singularidade e a especialidade do preceito. Conteúdo da regra especial, por conseguinte, é sempre uma atividade pública, ou algo que se relacione diretamente com o Estado, ainda que haja atividade pública regulada por normas de direito privado. De qualquer modo, se a norma é especial é porque a atividade do Estado que lhe serve de substrato ou constitui expressão de "imperium", ou destina-se à realização de fins públicos, ou há alguma outra razão qualquer de utilidade pública que é precisamente a razão de ser da regra jurídica extravagante do direito comum. Se a norma especial sempre apresenta conteúdo com alguma dessas características, e se não serve a nota dominante do conteúdo, de "per si", como indicativa da índole pública da regra, - ou porque o conceito em que se subsume seja muito restrito ("imperium"), ou muito extenso (serviço público, interesse público, utilidade pública) - o denominador comum, ao subir-se na escala da abstração, será precisamente a especialidade da norma que o Estado como sujeito em determinadas relações jurídicas, nas quais lhe são reconhecidos direitos ou impostos deveres que não cabem aos indivíduos. Neste caso, a singularidade da norma é uma consequência do conteúdo, ainda que este possa ser,

como é, variável.

9. Deste breve excursus sobre a crise da distinção entre Direito Público e Direito Privado fica claramente visto que as dificuldades que perturbam a limpidez da separação resultam todas do crescimento do Estado e da extraordinária ampliação das suas tarefas e das suas formas de atuação, nas quais se utiliza, sempre mais amiudadamente, de institutos que integram o repertório do Direito Privado. O emprego de figurinos do Direito Privado não ocorre só quando o Estado se coloca na posição de “fiscus”, procedendo como qualquer indivíduo, o que já era conhecido dos romanos, mas sucede também quando o Estado persegue fins públicos imediatos. Quando isso acontece, há geralmente uma adaptação das normas de Direito Privado aplicadas ao Estado, mesclando-se, por vezes, à teia dessas disposições, preceitos de natureza pública. É que o Estado, qual rei Midas, de algum modo terá tais normas. O regime continua a ser de Direito Privado, mas não é absolutamente igual ao utilizado pelos indivíduos. No passado, constituiu exemplo marcante disso a Lei nº 1.890, pela qual algumas normas da Consolidação das Leis do Trabalho eram aplicadas a servidores do Estado pertencentes a órgãos ou entidades estruturados em forma de empresa. A adaptação de regras de Direito Privado decorre ali, de expressa determinação legal. Outras vezes, no entanto, a adaptação resulta da incidência de princípios inseparáveis da atividade estatal, quer esta se realize por pessoa jurídica de Direito Público, quer por pessoa jurídica de Direito Privado, pertencente à Administração Pública descentralizada ou indireta. Assim é que, muito embora as empresas públicas e as sociedades de economia mista estejam sujeitas por imposição constitucional ao Direito Privado no que tange ao Direito das Obrigações, em obediência ao princípio maior da moralidade administrativa inclina-se a doutrina para o entendimento de que essas entidades têm limitada sua liberdade de celebrar negócio jurídico, sendo obrigadas a realizar licitação, para a contratação de obras e serviços (CELSONO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, RDP, 34, p. 5 e segs.; LÚCIA FIGUEIREDO, 37/38. p. 314 e segs.)

10. Ao conjunto de regras de Direito Privado, a que se sujeita o Estado quando busca fins públicos imediatos, deu HANS JULIUS WOLFF o nome de Direito Privado Administrativo com os aplausos da doutrina (sobre a aceitação do conceito no Direito alemão veja-se, além do próprio H. J. WOLFF, op. cit. I. p. 108 e 109, ERNST FORSTHOFF, “Traité de Droit Administratif Allemand”, Bruxelas, 1969, p.311 e nota 5; no Direito francês, LAUBADÈRE, op. cit. I, p. 37). O Estado estaria, pois, abrangido pelo Direito de três maneiras distintas: pelo Direito Público, especialmente pelo Direito Público Administrativo, quando regido por regras totalmente extravagantes do Direito comum; pelo Direito Privado Administrativo, quando, para a realização de fins públicos imediatos, se sujeita a normas de Direito Privado; pelo Direito Privado simplesmente, quando figura na relação jurídica como qualquer indivíduo (“fiscus iure privato utitur”). É de ressaltar-se, porém, que mesmo ao perse-

guir fins só mediatamente públicos, raramente é “puro” o regime de Direito Privado aplicado ao Estado. Não é incomum, também, que a atividade do Estado que se inicie disciplinada por preceitos pertencentes a algum desses setores do Direito, passe a situar-se, no seu desenvolvimento, sob regras que integram outro setor. Tal o que ocorre, por exemplo no campo dos financiamentos ou subvenções realizados pelo Estado, no qual o processo prévio, em que o interessado pleiteia o financiamento ou a subvenção transcorre todo sob a égide do Direito Administrativo, sendo ato administrativo típico o que concede a vantagem pleiteada. O contrato de financiamento, porém, e o seu desdobramento posterior, situa-se inteiramente na área do Direito Privado. Tal singularidade levou alguns autores a pensar que se tratava de ato administrativo de duplo grau (*zweistufiger verwaltungsakt*; *acte administratif a deux degrés*). Na verdade, cuida-se de procedimento administrativo, que se conclui com ato administrativo, em conexão com uma segunda fase, de caráter eminentemente negocial, e submetida ao Direito Privado (ERNST FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 312).

11. Relembrados os princípios que modernamente orientam a distinção entre Direito Público e Privado, bem como as freqüentes ligações existentes entre as duas partes que resultam da “*magna divisio*” do direito objetivo, impõe-se empreender a localização do instituto da enfiteuse dentro desse quadro geral que esboçamos, atendendo especialmente para aquelas hipóteses em que tal direito real sobre a coisa alheia tem como objeto bem público estadual.

12. O que há de perquirir-se, substancialmente, é se a enfiteuse submete-se, em tais condições, inteiramente ao Direito Privado, ou se é instituto de Direito Privado, com adaptações de seu perfil legal às peculiaridades do Estado, ou se há duas fases perfeitamente distintas, uma regida integralmente pelo Direito Administrativo e outra disciplinada integralmente pelo Direito Civil. É desnecessário dizer que a exata classificação dos fatos e das regras pertinentes não constitui mero exercício teórico mas possui inobscurecível significação prática, tendo em vista a repartição de competência legislativa existente em nosso sistema federativo. É sabido que, entre nós, a competência para legislar sobre Direito Civil é privativa da União Federal (CF, art. 8º, XVII, b). É de todos conhecido, também, que a Constituição Federal atribuiu à União competência para estatuir normas gerais sobre “orçamento, despesa e gestão patrimonial e financeira de natureza pública” (CF, art. 8º, XVII, c), cabendo aos Estados legislar supletivamente sobre essas matérias. Podem os Estados, a pretexto de exercer tal competência, criar hipótese de invalidade de ato jurídico de transmissão de domínio útil, ou essa matéria estará inteiramente sujeita à força normativa do Direito Civil? Esta é, em síntese, a primeira e a maior indagação que neste caso se formula. Tentemos respondê-la.

13. No nosso direito não serve de grande auxílio, no desempenho dessa tarefa, limitar-se a aduzir que os bens públicos objeto de enfiteuse são bens que se

classificam no patrimônio fiscal do Estado, também chamados de bens patrimoniais disponíveis ou bens dominicais (CC. art. 66, III). No Direito alemão tais bens estão quase que integralmente sob regime de Direito Privado sendo mínimas as variações ou desvios, determinados em obséquio à circunstância de ser o Estado o proprietário. Nesse contexto, não pode causar espanto a afirmação de FORSTHOFF de que os bens do patrimônio fiscal devem ser excluídos do Direito Administrativo (“Das Finnazvermögen ist damit aus dem Verwaltungsrecht auszucheiden”, op. cit., Munique - Berlim, 1956, p. 347, sobre isso, JOSÉ CRETELLA JUNIOR, “Dos Bens Públicos”, 1969, p. 84, n. 58 nota 20). Tal afirmação está em plena harmonia com a doutrina germânica (FRITZ FLEINER, “Les Principes Généraux du Droit Administratif Alemand”, Paris, 1933, p. 216; WALTER JELLINEK, “Verwaltungsrecht”, 1948, p. 505, H. J. WOLFF, op. cit. I, p. 484, THEODOR MAUNZ, “Das Recht der öffentlichen Sachen und Anstalten”, 1957, p. 3), a qual também assevera que a aquisição, alienação e constituição de ônus sobre esses bens seguem os padrões do Direito Privado (MAUNZ e H. J. WOLFF, op. e p. cits.). Não é muito diversa a situação no Direito Italiano, onde se proclama, geralmente, que os bens do patrimônio fiscal regem-se pelo Direito privado (Código Civil, art. 828, § 1º). Diz SANDULLI: “I beni degli enti pubblici appartenenti al patrimonio disponibile (e cioè quelli cui non possono essere riconosciuti gli attributi della demanialità o della indisponibilità) ricevono un trattamento giuridico in nulla diverso rispetto ai beni dei soggetti privati” (“Manuale di Diritto Amministrativo”, Nápoles, 1974, p. 523 e 567). Igualmente, no Direito francês há separação entre *domaine public* e *domaine privé*. E os bens que integram o último estão, em linha de regra, subordinados ao regime de Direito privado (LAUBADÈRE, op. cit., vol. II, p. 118 e segs.)

14. O Direito Brasileiro, no entanto, não seguiu essa tendência. Entre nós, sujeitam-se os bens do patrimônio fiscal ao mesmo regime especial que abrange os bens de uso comum ou do patrimônio administrativo. São eles, por consequência, inalienáveis, imprescritíveis e impenhoráveis (RUY CIRNE LIMA, “Princípios de Direito Administrativo”, 1964, p. 78) e além disso, não dispensam, de regra, para sua alienação, prévio processo de licitação, disciplinado por regras de direito administrativo das pessoas jurídicas de natureza política a que tais bens se acham vinculados. Desse modo no direito nacional é especial o regime jurídico de bens públicos, de qualquer categoria. Não há um regime jurídico só de direito público, nem há igualmente, como ocorre no Direito Francês, um conceito de propriedade pública (RUY CIRNE LIMA, “Sistema de Direito Administrativo Brasileiro”, 1953, p. 151) que OTTO MAYER tentou, sem sucesso, introduzir no Direito Alemão (MAUNZ, op. cit. p. 1; FORSTHOFF, op. cit. p. 549, nota. 16; ERNST RUDOLF HUBER, “Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1953, I, p. 64 e segs.), e que HAURIOU, sob a denominação de propriedade administrativa, deu feição definitiva (LAUBADÈRE, op. cit. p. 136, JEAN MARIE AUBY e

ROBERT DUCOSADER, “Précis du Droit Administratif”, 1973, p. 280). No Direito brasileiro, à semelhança, neste particular, do que ocorre no Direito alemão, entende-se que há, quanto aos bens públicos de uso comum e dos patrimônio administrativo, a superposição de duas relações jurídicas, como mostrou insuperavelmente RUY CIRNE LIMA (“Princípios”, p. 51 e segs.; “Sistema de Direito Administrativo”, 1953, p. 30 e segs.; “Preparação à Dogmática Jurídica”, 2ª ed., p. 139 e segs.). À relação jurídica, na qual se incrusta o direito de propriedade, segundo modelo de direito privado, superpõe-se outra relação que, para determinados efeitos, paralisa a primeira, chamada por CIRNE LIMA de “Relação de Administração” e que só pode ser compreendida e explicada pela idéia de afetação (ERNEST RUDOLF HUBER, op. e p. cits). Realmente, a afetação de um bem a uma finalidade de uso comum, ou mesmo à realização de um serviço público, deixa ordinariamente em estado de quiescência o direito de propriedade. Bem público e bem de propriedade do Estado não são, pois, expressões sinônimas, pois há bens públicos que não são de propriedade do estado (a estrada construída sobre terrenos particulares objeto de processo expropriatório apenas iniciado, ou de expropriação indireta, é um dos vários exemplos dessa situação). De qualquer maneira, cessada a afetação ao uso comum ou ao serviço público, ressurgem desde logo o direito subjetivo de propriedade “iure civile”, quer caiba esse direito ao particular, quer ao próprio Estado. Nesta última hipótese, passa o bem desde logo a integrar-se na categoria dos bens do patrimônio fiscal. Já vimos, porém, que enquanto em outros ordenamentos jurídicos os bens do patrimônio fiscal sujeitam-se a um regime que é total ou prevalentemente o do direito comum, não possuindo a nota de inalienabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade, no nosso sistema são os RPGE, bens do patrimônio fiscal inalienáveis, imprescritíveis e impenhoráveis. “Justifica-se esta extensão daquele regime especial” - assinala RUY CIRNE LIMA - “por isso que o patrimônio fiscal é mediatamente aplicado à administração pública, para custeio de cujos serviços as rendas ou produto da alienação dos respectivos bens contribuem, depois de incorporados aos recursos da receita geral do Estado” (“Princípios” p. 78).

15. Portanto, só a presença do Estado como proprietário, quer os bens que lhe pertençam estejam vinculados imediata ou mediatamente a fins de utilidade pública, determina entre nós um regime jurídico especial da propriedade. Por certo, esse regime não é totalmente distinto do que vigora para a propriedade que toca aos particulares, mas dele difere, precipuamente, no que se relaciona com as dificuldades que a lei estabelece à disposição desses bens ou à aquisição por terceiros. Assim, enquanto nos bens de uso comum e nos do patrimônio especial, o regime fundamental é o do direito público, que se instaura, pelo menos ordinariamente, por ato típico de Direito Administrativo, que é a afetação, em se tratando de bens do patrimônio fiscal não se pode falar na existência de duas relações jurídicas concomitantes, uma sobrepondo-se à outra (a relação de administração paralizando a relação de propriedade), mas sim

num regime jurídico basicamente modelado pelo Direito Privado, com adaptações e temperamentos que têm como única justificativa a circunstância de ser o Estado o proprietário. Desse modo, no direito brasileiro, o que torna distintos os bens do patrimônio fiscal, com relação aos demais bens públicos, é que nestes, ao regime especial de propriedade de direito privado acrescenta-se outro regime jurídico, exclusivamente de direito público, comandado, se assim se pode dizer, pela afetação a uma finalidade pública imediata. Compreende-se que, sendo público e de direito administrativo o regime que disciplina a relação de administração, as regras a ela pertinentes emanem das pessoas jurídicas competentes para determinar a afetação do bem ao uso comum ou ao patrimônio administrativo. De que fonte normativa resulta, porém, a peculiar condição, “*quoad dominium*”, dos bens públicos em geral e dos bens do patrimônio fiscal em particular? Da lei civil ou de norma de direito administrativo?

16. Variando os termos da interrogação e situando a dúvida em torno de problemas concretos, poder-se-ia perguntar, por exemplo, se à norma estadual ou municipal seria dado determinar se tornassem usucapitíveis os bens do patrimônio fiscal ou se constituíssem sobre esses mesmos bens outros direitos reais que não os previstos no Código Civil ou em lei federal extravagante? A resposta que o direito brasileiro invariavelmente deu a esta questão foi a de que a competência para legislar sobre tal matéria era e é federal. Isso se faz sobretudo evidente no que entende com o usucapão, pois jamais se discutiu a constitucionalidade do Decreto nº 22.785 de 31 de maio de 1933, no qual foram declarados inusucapitíveis os bens públicos, pertencentes quer à União, quer aos Estados e Municípios. Forçoso é concluir, pois, que no Brasil, a especialidade do regime dos bens públicos resulta de norma federal heterotopicamente inserida entre as disposições de direito civil atinentes à propriedade ou ao que lhe constitua objeto. Na verdade, como já tivemos oportunidade de realçar, pela moderna teoria do sujeito se a especialidade da norma resulta da sua imputação ao Estado, tal norma será de Direito Público. A rigor, por tanto, sob a inspiração desse critério, inculca-se necessariamente a conclusão de que as normas que, em face de ser o Estado o proprietário, instituem regime jurídico de bens públicos que é parcialmente especial (isto é, parcialmente distinto do que vigora para os bens dos indivíduos), serão, nessa parte, de direito público. Contudo, como não se aceita, entre nós, a noção de propriedade de direito público (aliter, já o mostramos, no Direito francês), as alterações que se tenham de fazer na propriedade de direito privado, para adaptá-la à situação em que o titular desse direito seja o Estado, entende-se seja ainda da competência de quem cabe legislar sobre a propriedade em geral. Até mesmo razões de ordem prática impedem que se possa admitir o contrário. Efetivamente, caso se considerasse que os Estados e Municípios poderiam efetuar as adaptações e estabelecer as variações que entendessem ao regime jurídico de propriedade sobre os seus bens, afetada ou em risco estaria, quando menos, desenho nacional do instituto da propriedade, abrindo-se caminho,

na verdade, à admissão de uma propriedade pública, modelada ao capricho ou ao impulso dos interesses de cada unidade federativa e de cada município. Nada tem de insólita, por outro lado, a afirmação de que, por vezes, encontram-se misturadas na lei civil, regras de direito público. Absoluta pureza, sobre esse aspecto, na edição de um conjunto de regras do alcance e da importância das contidas num Código Civil é aspiração vã, pois são notórias as vinculações existentes entre os diferentes setores do Direito. Há, pois, no Código Civil, regra de direito público, tais as concernentes v. gr., aos registros públicos ou, na sua versão originária, antes do advento da legislação especial, as relativas às hipóteses de desapropriação por necessidade e utilidade pública (art. 590).

17. Chega-se, pois, sem maior esforço a perceber que o acordo de transmissão de propriedade imobiliária ou de constituição de direito real limitado é negócio jurídico de direito das coisas, regido pelo direito civil, ou por regra federal que, expressamente, o tinha submetido a regime especial, do mesmo modo como na órbita do direito civil inscreve-se o negócio jurídico obrigacional de compra e venda. Em se tratando, no entanto, de negócios jurídicos dessas espécies, ou de outra natureza, praticados pelo Poder Público, por imposição de princípios de Direito Público, expressos ou implícitos, tais como o da moralidade administrativa ou o da igualdade perante os serviços públicos, exige-se que a escolha, pela administração do co-contratante, seja feita, ordinariamente, mediante licitação. Eleito, porém, o co-contratante e efetivado o ato jurídico que, conforme o caso, pode levar à constituição de direito real, a disciplina ulterior da relação jurídica assim gerada é da lei civil, inclusive, obviamente, no que respeita às causas de invalidade do ato jurídico.

18. As sucessivas mutações operadas no Direito Constitucional, desde a Constituição do Império, não alteraram o “status quaestionis”, do relacionamento entre Direito Administrativo e Direito Civil, no que tange aos bens públicos e aos negócios jurídicos que, deforma mais próxima ou mais remota, lhes digam respeito. A Constituição de 1824, no seu artigo 15, § 15, atribuía à Assembléia Geral competência para “regular a administração dos bens nacionais e decretar sua alienação”.

A propósito, escrevia PIMENTA BUENO:

“a administração dos bens nacionais, o maior ou o menor aproveitamento deles, interessa muito assim os serviços como os recursos públicos, liga-se também à receita e despesa do Estado; e, conseqüentemente, deve sem dúvida, ser regulada por lei, pender da Assembléia Geral” (“Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império”, ed. Senado Federal, 1978, p. 102).

A Constituição de 1891, no seu artigo 34, § 29, continha preceito análogo, pelo qual se deveria ao Congresso Nacional competência para legislar sobre terras e minas de propriedade da União.

“Terras e minas de propriedade da União” - comentava JOÃO BARBALHO

“bens nacionais, não podem como tais deixar de ser regidos por lei federal, que deve prover quanto à conservação, administração, aproveitamento delas (...). Das terras e minas provêm recursos para os cofres nacionais, sua utilização não pode ficar ao arbítrio do Poder Executivo, e entendem com o orçamento da União. É matéria, pois, que cabe inteiramente na competência do Congresso Nacional, e lhe competiria mesmo que isso não fosse expresso na Constituição, atenta a natureza do assunto” (Constituição Federal Brasileira”, ed. 1924, p. 183).

Arrolava-se entre a competência legislativa da União, na Constituição de 1934, a referente a “bens do domínio federal, riquezas do subsolo, mineração, metalúrgica, águas, energia hidroelétrica, florestas, caça e pesca e a sua exploração” (artigo 4º, XI, J). Declarava-se, também, naquela mesma Constituição, que tinham os Estados competência supletiva ou complementar para legislar, entre outras coisas, sobre riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia hidroelétrica, florestas, caça e pesca e a sua exploração (art. 4º, § 39).

A Constituição de 1937, acrescentou, ao lado da competência da União para legislar sobre bens do seu domínio, a de estatuir normas sobre as finanças federais (art. 16. VI e XIV). A Constituição de 1946 supriu no elenco da competência legislativa da União, referência expressa a bens do seu domínio. Consignou, porém, no seu artigo 5º. XV, b, a competência para legislar sobre normas gerais de direito financeiro e na letra I do mesmo artigo e item, a para legislar sobre riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia elétrica, florestas, caça e pesca. A Constituição de 1967, na sua forma originária, manteve esse mesmo sistema (artigo 8º, XVII, c).

PONTES DE MIRANDA, explicitando o que se deveria entender como compreendido dentro da competência para editar normas gerais sobre direito financeiro, afirmava:

“O que importa saber-se é que o artigo 8º XVII c, da Constituição de 1967, como o artigo 5º, XV, b, da Constituição de 1946, permite que a União dê norma. Gerais para a administração da fazenda nacional, estadual territorial, distrital e municipal, ainda relativas a receita e despesa, arrecadação, fiscalização e distribuição, desempenho das atribuições dos que guardam ou aplicam dinheiro público, tomada de contas, responsabilidades, direito orçamentário, pensões etc. Obra para político de gênio, que busque a linha adequada entre o interesse nacional e interesse regional, local, das finanças.” (Comentários à Constituição de 1967, p.77).

19. Na linha sugerida por BARBALHO, portanto mesmo inexistindo a alusão explícita a bens do domínio públicos nas Constituições de 1946 e 1967, seria de aceitar-se que essa competência estava implícita na de editar normas gerais sobre direito financeiro dado o íntimo relacionamento existente, como acentuado desde PIMENTA BUENO, entre bens públicos e receitas públicas. Parece irrecusável, pois, que o artigo 8º XVII, c, da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, nenhuma inova-

ção substancial produziu, mantendo-se o preceito afinado, em seu núcleo e no que nos interessa, com uma tradição que remonta à Constituição de 1824. Dito de outro modo: nunca se negou, no Direito Constitucional brasileiro, a possibilidade de o Estado, entendida esta palavra em sentido amplo, legislar sobre bens de sua propriedade, ressaltando-se, a partir da Constituição de 1946, que pertence igualmente às unidades federadas legislar em caráter supletivo sobre essa matéria.

20. Nossos constitucionalistas mais eminentes, em diversas alturas históricas, jamais se preocuparam, todavia, em aprofundar de modo nítido os vincos divisórios entre Direito Público Administrativo e Direito Privado, quanto aos bens públicos. No referente às leis administrativas é certo também que não deixaram de sublinhar que elas deveriam ter por objeto “a administração e o aproveitamento” dos bens públicos (PIMENTA BUENO) ou sua “Conservação, administração e aproveitamento” (BARBALHO) ou a “administração da fazenda nacional, estadual, territorial, distrital e municipal” (PONTES DE MIRANDA), como tivemos oportunidade de ver.

Diversa, porém, foi a atitude de nossos civilistas. Desde muito cedo, e a propósito exatamente do instituto da enfiteuse, cuidaram os juristas brasileiros aplicados ao estudo do direito privado de fixar os marcos de separação entre Direito Administrativo e Direito Civil. A opinião padrão, a tal propósito, sempre referida e repetida nas obras dos estudiosos que, após, se ocuparam do tema, é a de PERDIGÃO MALHEIROS: “As enfiteuses que o estado concede”- diz ele -“ em terrenos de marinha e outros, entram, depois de constituídas, para o direito civil e são por ele regidas: o processo de concessão pertence ao direito administrativo.” (“Manual do Procurador dos Feitos”, § 307 e segs.).

LAFAYETTE (Direito das Coisas, 1877, vol. I, p. 394, § 144, nota 15) e LACERDA DE ALMEIDA (Direito das Coisas, 1908, vol. I, p. 436, § 82, nota 6), no direito anterior ao Código Civil, adotam essa posição.

Mais recentemente, PONTES DE MIRANDA também não se afasta da mesma orientação, ao observar:

“O ato da União, ou dos Estados-membros ou do Distrito Federal, ou dos municípios, que difere o pedido de enfiteuticação é ato de direito administrativo (cf. A. M. PERDIGÃO MALHEIRO, “Manual do Procurador dos Feitos”, §307), mas a constituição ou resulta de “Lex specialis” ou se regula pelo Código Civil.”(Tratado de Direito Privado, vol.18,pág. 79).

Nessa passagem, é certo que não se esclarece se a “lex specialis” poderia ser estadual ou municipal. Não se pode perder de vista, porém, que a menção a “lei especial” há de ser entendida e interpretada em consonância com o artigo 694 do Código Civil, pois é este o único preceito do capítulo pertinente à enfiteuse que faz alusão expressa à enfiteuticação de bem público. Declara aquela regra:

“A subenfiteuse está sujeita às mesmas disposições que a enfiteuse. A de terrenos de

marinha e acrescidos será regulada em lei especial”

Tira-se claramente do enunciado na norma transcrita que a “lex specialis”, nessa hipótese, é federal, pois, ao tempo da edição do Código Civil já estava a enfiteuse dos terrenos de marinha e acrescidos regulada por lei especial (Decreto nº 4.105, de 22 de fevereiro de 1868). O Código apenas deixou expresso que a “lex specialis” não fora por ele revogada. A “ratio legis” da parte final do artigo 694 foi, portanto a de explicitar que a enfiteuse dos bens públicos da União ficaria subordinada a regime jurídico peculiar. E assim, realmente, tem acontecido, haja vista as disposições a este propósito consignadas no Decreto-lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946, que por último regulamentou a matéria.

21. Parece inquestionável, em face do que já expusemos, que o artigo 694 do Código Civil poderia ter estatuído que a enfiteuse dos bens públicos em geral seria regulada em lei especial, editada pela União. Mas assim não faz, nem cuidou igualmente o Decreto-lei nº 9.760 de sua aplicação a pessoas jurídicas de direito público situadas fora da órbita federal. Parece-nos, pois, difícil de aceitar a interpretação que HELY LOPES MEIRELLES inicialmente deu ao Decreto-lei nº 9.760, julgando-o compreensivo de normas gerais de direito financeiro (“Direito Administrativo Brasileiro”, 2ª ed., p.444, nota 17). A dificuldade, senão a impossibilidade de acolhimento dessa exegese, está em que o Decreto-lei nº 9.760 em nenhuma de suas regras permitiu se concluir sobre sua aplicação aos Estados e Municípios. É sabido que a União tanto pode editar leis nacionais quanto normas com pertinência restrita e seus bens e serviços. No que se relaciona com o Decreto-lei nº 760, já sua ementa, na qual se declara que a lei “dispõe sobre os bens imóveis da União”, deixa entrever sem margem de dúvida que as regras jurídicas ali contidas têm endereço bem preciso. Além disso, como dissemos, seus preceitos, quer expressa, quer implicitamente, não podem ser referidos aos bens públicos estaduais e municipais. Trata-se, por conseguinte, de lei da União, no sentido limitado da expressão, vale dizer, de lei que incide exclusivamente sobre os bens públicos da União ou sobre relações e negócios jurídicos com eles vinculados. É importante ressaltar, entretanto, que HELY LOPES MEIRELLES modificou sua primeira opinião sobre o tema, não só suprimindo nas últimas edições do seu livro a nota “a qual emprestava ao Decreto-lei nº 9.760 o caráter de norma geral de direito financeiro como ainda acentuando, enfaticamente, a natureza civil do instituto da enfiteuse, em contraste com a concessão de direito real de uso, criada pelo Decreto-lei nº 271, de 28 de fevereiro de 1967, que teria traços marcadamente públicos (op. cit., 5ª ed., p. 482 e 483).

22. Neste mesmo círculo de idéias, é significativo que RUY CIRNE LIMA, ao dar exemplo de atos alienativos por ele definidos como sendo aqueles que, tendo por objeto direitos não peculiares à administração pública, operam a transferência destes para o particular por via de Direito Administrativo - reporte-se precisamente

à enfiteuse dos terrenos de marinha e acrescidos e ao artigo 694 do Código Civil, silenciando quanto à hipótese de o direito administrativo estadual ou municipal poder instituir regime especial de enfiteuse sobre os bens de sua propriedade, de forma a sujeitá-la, inteira ou parcialmente, aos quadros normativos oriundos dessas órbitas (“Princípios”, p.87).

23. Ressalvada, pois, a opinião de HELY LOPES MEIRELLES, logo retificada, não encontramos outra em nosso direito que sustente a viabilidade de os Estados e Municípios editarem normas sobre enfiteuse, sobre forma de ato jurídico de transmissão de domínio útil, sobre solenidade que lhe seja essencial, ou sobre invalidade deste mesmo ato jurídico, à semelhança do que fez a União, quanto aos seus bens, ao ordenar no artigo 117 do Decreto-lei n.º 9760, que “a transferência, por ato entre vivos, de domínio útil de terrenos aforados somente poderá ser feita por escritura pública ou ato judicial competente, de que deverá constar, necessariamente, a transcrição do alvará de licença expedido pelo SPU”.

24. A competência dos Estados para legislar está, portanto, adstrita à fase prévia, de escolha da pessoa com quem irá celebrar o contrato enfiteutico, analogamente ao que ocorre com as vendas que realiza. Estes contratos, os de compra e venda, são também inteiramente regulados pela lei civil (RUY CIRNE LIMA, RDA 32/16; HELY LOPES MEIRELLES, op. cit., 5ª ed., p. 488 e 489), conquanto possam ser precedidos de uma fase destinada à eleição do co-contratante, regida pelo direito administrativo. Em todas essas situações, pois, há justaposição de dois estágios, um disciplinado pelo direito administrativo e outro pelo direito civil. No plano dos Estados e Municípios não se pode falar, portanto, no que diz com a enfiteuse depois de constituído o direito real, em “direito privado modificado”, ou “direito privado com adaptações”, e muito menos ainda em “direito privado administrativo”, pois o que há é simplesmente Direito Privado, sem qualquer adjetivos ou qualificações.

25. Reavivados esses princípios, caberá verificar se a eles se ajustam ou se deles divergem as normas reunidas no Decreto Estadual n.º 174, de 20 de novembro de 1940. Em complementação às prescrições exaradas nos artigos 54 e 104, antes reproduzidas, estabelece o artigo 64 daquele ato normativo a pena de multa para o notário que passar escritura de terrenos reservados, sem a apresentação da licença, isso “sem prejuízo de possível responsabilidade criminal”. O mesmo artigo, no seu parágrafo único, manda que a portaria de licença seja transcrita integralmente na escritura pública de transferência.

26. Em primeiro lugar, se utilizarmos a antiga classificação romana, chegaremos a conclusão de que, na parte que nos importa, o Decreto n.º 174 constitui exemplo típico de “lex minus quam perfecta”. É trivial que os romanos distinguiram entre “leges perfectae” (as que fulminavam com a invalidade, os atos jurídicos que a elas não se afeioassem), “leges minus quam perfectae” (as que meramente estabeleciam

## Pareceres

uma multa, caso fossem desrespeitadas, permanecendo válido o ato jurídico) e “leges imperfectae” (as que não previam conseqüências para o seu descumprimento, cabendo ao pretor defini-las, casuisticamente) (sobre isso, MAX KASER, “Das Romische Privatrecht”, Munique, 1955, I, p. 216). Efetivamente, no Decreto nº 704 não se diz que será inválida a escritura na qual não se transcrever integralmente a portaria de licença, mas tão somente se afirma que a conseqüência pela infração dessa disposição será a multa a que ficaria sujeito o notário.

27. A norma estadual não criou, portanto, solenidade essencial ao ato jurídico de alienação do domínio útil, o que caracterizaria, no nosso modo de ver, invasão de área reservada à legislação civil, mas ficou dentro do campo exclusivamente administrativo. É de questionar-se, porém, de qualquer modo, se regra estadual poderia fazer depender a alienação de domínio útil de prévia autorização ou licença do proprietário, valendo como disposição negocial, se a ela se referisse o contrato enfiteutico. LACERDA DE ALMEIDA examina especificamente se há licença na transmissão de domínio útil, para concluir nestes termos: “Denunciar, notificar, significa dar a conhecer, levar ao conhecimento do senhorio a alienação projetada, não para obter licença (a Ord. emprega às vezes e com visível impropriedade este termo); que não pode o senhorio direto opor-se à alienação: o foreiro não pede consentimento ou licença, comunica a projetada alienação para que o senhor direto exerça o seu direito de opção e aprove ou impugne a pessoa do adquirente, se tem para isto motivo.” (op. cit., I, p. 456, §90, nota 4). Desde o Codex de Justiniano (C.4.66.3) a “requisitio domini” tem fins e efeitos bem definidos. Por aquela disposição, o objetivo da notificação a ser feita pelo enfiteuta ao proprietário era o de habilitá-lo a conhecer quem pretendia adquirir o direito de modo a que pudesse ajuizar se integraria o número de “personae prohibita, sed concessae et idoneae ad solvendun emphyteuticum canonem” bem como dar oportunidade ao proprietário de optar, se assim lhe conviesse, pela consolidação do domínio. No direito intermédio português, apesar das transformações por que passou a enfiteuse romana, remanesceram, contudo, essas razões de ser da notificação que incumbia ao enfiteuta fazer ao proprietário, quando tencionasse transferir o domínio útil (VAZ SERRA, “A Enfiteuse No Direito Romano, Peninsular e Português”, Coimbra, 1926, II, p. 52 e 53; MÁRIO JULIO BRITO DE ALMEIDA COSTA, “Origem da Enfiteuse no Direito Português”, Coimbra, 1957, p. 184). Igualmente no direito brasileiro anterior à codificação (LAFAYETTE, op. cit., I, p. 404; LACERDA DE ALMEIDA, op. cit., I, p.447 e 457), por força do disposto no Livro IV, título 38, pr., das Ordenações Filipinas que assim determinava:

“E no caso, que a quiser doar, ou dotar, não lhe pagará quarentena e todavia lhe fará saber, para ver se tem algum legítimo embargo.”

A essa regra prende-se, geneticamente, o artigo 688 do Código Civil, no qual se declara:

“É lícito ao enfiteuta doar, dar em dote, ou trocar por coisa não fungível o prédio aforado, avisando o senhorio direto, dentro em sessenta dias contados do ato de transmissão, sob pena de continuar responsável pelo pagamento do foro.”

A consequência, porém, pelo descumprimento dessa regra é puramente a de continuar o alienante responsável pelo pagamento do foro do bem enfiteuticado (PONTES DE MIRANDA, “Tratado”, vol. 18, p. 123), não resultando nenhuma invalidade, nem o enfiteuta incorrendo em comisso, pois, “não há no direito brasileiro, a resolução da enfiteuse em virtude de inadimplimento de deveres do enfiteuta. Só há o comisso, na espécie do artigo 692, II. A cláusula do contrato em que se assentou o acordo de constituição de enfiteuse somente teria eficácia pessoal. Diferente, o Código Civil Italiano, artigo 973.” (PONTES DE MIRANDA, “Tratado”, vol.18, p. 144).

28. Reduzidos a seus traços essenciais os diferentes argumentos aqui desenvolvidos, resultam estas conclusões: a) a enfiteuse é instituto de direito civil, a que só a lei federal poderá estabelecer variações, como fez, aliás, com a que tem por objeto os bens públicos da União. Por certo, podem os Estados e Municípios legislar sobre a fase prévia à realização de negócios jurídicos de direito privado, tal como, por exemplo, quando editam regras sobre licitação; b) O decreto estadual n.º 704, como “lex minus quam perfecta” não prescreveu a invalidade de ato de transmissão de domínio útil no qual não fosse produzida a licença, mas apenas instituiu uma sanção pecuniária, uma multa, a ser aplicada ao notário que descumprir a exigência de transcrever a portaria de licença para alienação do domínio útil, não invadiu, portanto, neste particular, território próprio do Direito Civil. c) A necessidade de licença, se é perfeitamente legítima quanto aos bens públicos da União, pela existência de regra expressa e extravagante do Código Civil, é inadmissível, no plano dos Estados e Municípios, porquanto, numa tradição que remonta ao direito romano, os únicos efeitos do aviso do enfiteuta ao proprietário são o de permitir este exercer a preferência, quando cabível, ou manifestar suas objeções à pessoa que pretende adquirir o domínio útil. Se, porém, o enfiteuta não considerar o “embargo” do proprietário, como se dizia no direito antigo, a consequência única é a de que continuará responsável pelo foro; d) No caso concreto ainda há a ressaltar que o Estado recebeu o *laudêmio*, o que, cremos, deverá ser interpretado como concordância à alienação do domínio útil.

PORTO ALEGRE, 25 de novembro de 1980.

ALMIRO DO COUTO E SILVA  
PROCURADOR DO ESTADO

Proc. PGE-887/80

Acolho o Parecer nº 4564, da lavra do Conselheiro ALMIRO DO COUTO E SILVA,

Pareceres

---

aprovado também em sessão do Conselho Superior da Procuradoria- Geral do Estado, realizada no dia 29 do mês de outubro próximo passado.  
Restitua-se o expediente à Secretaria da Fazenda.

Em 25-11-80

MÁRIO BERNARDO SESTA  
PROCURADOR- GERAL DO ESTADO

**PARECER Nº 5275****SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA.**

Participação de Secretário de Estado no conselho de administração.  
Impossibilidade jurídica.

Vem a este Órgão consulta visando a esclarecer:

a) se secretários de Estado podem integrar conselho de administração de sociedade de economia mista;

b) se, na hipótese negativa, seria legítima a inserção da regra nos estatutos das sociedades de economia mista tornando obrigatório o convite ao Secretário de Estado, sob cuja supervisão se encontra a companhia, para comparecer a todas as reuniões do conselho de administração, cabendo a ele, quando presente, a direção dos trabalhos.

2. Os Secretários de Estado são considerados como condutores políticos (RUY CIRNE LIMA, Princípios, p. 163). Conquanto muitos administrativistas modernos neguem a existência de uma atividade ou função de governo, ao lado da função administrativa, invocando como argumento a igualdade de regime jurídico a que se submetem tanto os chamados atos de governo como os atos administrativos, é inquestionável que essa distinção, no direito brasileiro, deixou sua marca no discríme, corrente em nosso meio, entre condutores políticos e servidores públicos, considerados estes *stricto sensu*. Se, na verdade, não conseguiu a doutrina até hoje fixar com exatidão diferença material entre ato de governo e ato administrativo, resultando precisamente daí a igualdade de regime jurídico que para ambos se postula, não é menos exato que a função política desempenhada por certos agentes do Poder Público fez com que se engendrasses, para eles, regime jurídico singular, distinto do vigente para os servidores públicos comuns. Quando se diz que a atividade de governo consiste no desempenho das grandes opções políticas e a atividade administrativa no exercício de tarefas mais rotineiras, enfrenta-se a dificuldade prática de saber o ponto ou a exata medida em que um conceito se separa do outro. Como identificar com efeito, a natureza diversa da função política, se cotejada com as funções administrativas? A dificuldade em dar resposta a essa indagação, decorrente da insuficiência dos critérios distintivos até agora utilizados, não autoriza, porém, a que desde logo se afirme que governo e administração são expressões sinônimas ou conceitos plenamente coextensivos. Ainda que os atos realizados pelos agentes do Estado, desde que causem lesão a direito subjetivo, não se furtam à sindicabilidade pelo Poder Judiciário (CF, artigo 153, § 4º), é irrecusável o reconhecimento, em nosso sistema de Direito Constitucional e Administrativo, de que certas pessoas, por exercerem funções políticas ou de governo, recebem tratamento jurídico especial, de modo a distingui-los dos outros

agentes administrativos. Assim, conquanto, sob o aspecto material, não se tenha ainda estabelecido precisa linha divisória entre administração e governo, sob o ângulo orgânico ou funcional, tal distinção é suposta, refletindo-se, no plano jurídico, na existência de regimes inconfundíveis, relacionados, respectivamente, aos condutores, políticos e aos servidores públicos considerados em senso estrito.

3. Sob a inspiração dessas idéias é que se tem como assente as regras constitucionais sobre servidores públicos não se aplicam, em princípio, aos condutores políticos. A eles, por exemplo, não tem pertinência as que regulam a acumulação de cargos. Caso aos Secretários de Estado tivesse adequação a regra do artigo 99 de Constituição Federal, necessariamente ter-se-ia de entender como pelo menos parcialmente incompatível com aquele preceito, ou então como tautológico, o artigo 65 da Constituição do Rio Grande do Sul, que vedou exercessem eles cargo, função ou emprego remunerado em pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público. Nunca, porém, a prescrição da Constituição do Estado foi interpretada desse modo, sendo tranqüilamente aceita a exegese que identifica como razão da disposição a de dar tratamento específico a determinada classe de condutores políticos, aos quais, em linha de regra, não dizem respeito os princípios que disciplinam os servidores públicos em geral.

4. Mesmo que assim não fosse, é indubitoso, de qualquer maneira, que os Secretários de Estado não podem exercer cargo, função ou emprego remunerado em sociedade de economia mista. Já tivemos, em outra oportunidade, ocasião de realçar que a locução “cargo, função ou emprego remunerado”, texto do artigo 99 da Constituição Federal, vincula-se a uma situação objetiva, qual seja a de existir determinada posição na organização administrativa do Estado a que alguma regra jurídica atribui certa remuneração. Não se afasta, portanto, a proibição pela renúncia do servidor à remuneração do cargo. Em outros termos, muitos embora a atual redação da norma constitucional possa induzir a equívocos, o que se proíbe não é acumulação remunerada de cargos, senão a acumulação de cargos remunerados. Não pode ser diferente o sentido da expressão “cargo, função ou emprego remunerado”, consignada no artigo 18, II, da Constituição do Estado, a que faz remissão o artigo 65, também daquela Constituição.

5. Por conseguinte, quer se considerem em dissídio com a nossa tradição, sujeitos os Secretários de Estado às normas sobre acumulação de cargo que têm como destinatários os servidores públicos em geral, quer se julgue, como parece inegável, que a eles neste particular só se aplica o artigo 65 da Constituição do Estado, em ambas as hipóteses não se modifica a conclusão. Esta será sempre a de que o exercício de cargo, função ou emprego remunerado em sociedade de economia mista briga com o exercício simultâneo do cargo de secretário de Estado.

6. Aceitas essas premissas, para fins de apuração da incidência do artigo 65 da Constituição do Estado bastará fixar se o cargo de membro de Conselho de Administração de Sociedade de Economia mista é ou não remunerado. A resposta à questão que assim se propõe é dada pela Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que cuida das sociedades por ações, a ela estando sujeitas, pela disposição expressa do seu artigo 235, as sociedades de economia mista. Determina o artigo 138 da Lei nº 6.404 que a administração da companhia competirá, conforme dispuser o Estatuto, ao conselho de administração e à diretoria, ou somente à diretoria. O conselho de administração, a seu turno, será composto de, no mínimo, três membros, eleitos pela assembléia geral e por ela destituíveis a qualquer tempo. Denomina a lei de cargo as posições pelos administradores da companhia (artigos 147 e 149), cuja remuneração será fixada pela assembléia geral, tendo em conta as responsabilidades de seus titulares, o tempo por eles dedicado às funções, sua competência e reputação profissional e o valor de seus serviços no mercado de trabalho (artigo 152). Em face dessas normas não se poderá sustentar que a fixação da remuneração dos cargos de administração é matéria que incumba à assembléia geral como simples faculdade. Bem ao contrário, o tom imperativo dos preceitos denuncia o seu caráter cogente, fazendo certo que os cargos de administração serão sempre, em qualquer hipótese, remunerados.

7. É indiscutível, portanto, a impossibilidade jurídica de exercício simultâneo do cargo de Secretário de Estado e de cargo, emprego ou função em Conselho de Administração de sociedade de Economia Mista. Será, porém, legítima disposição estatutária de companhia dessa espécie, determinando o convite obrigatório do Secretário de Estado sob cuja supervisão se encontrar a sociedade, para todas as reuniões ordinárias e extraordinárias do Conselho de Administração, cabendo a ele, quando presente, a condução dos trabalhos? No direito público, uma das noções dominantes é a de competência. Cada entidade ou órgão da Administração tem a sua medida de poder determinada nas leis, em obséquio, por um lado, ao princípio da legalidade e, por outro, ao da organização e divisão do trabalho. Além do discrimine das funções políticas, e da repartição de competência entre os diferentes planos que compõem a estrutura federativa, há ainda secções de competência tanto entre as pessoas jurídicas que se ligam a esses diversos planos quanto de cada uma dessas pessoas jurídicas. O surgimento de pessoas jurídicas de direito público interno, distintas da União, dos Estados e Municípios, constitui aplicação do conceito de descentralização administrativa. Em sentido preciso descentralizar não significa mais do que atribuir competência a pessoas jurídicas de direito administrativo para desempenhar atividades estatais. RUY CIRNE LIMA dá expressão sintética a esse pensamento ao dizer que “descentralizar é personificar” (Princípios, pág. 146). E nota LAUBADÈRE, a propósito, que “o termo descentralização evoca a idéia de uma entidade local que, conquanto englobada por outra entidade mais vasta, se administra a si mesma, gere ela própria suas tarefas”,

idéias que certas palavras estrangeiras melhor exprimem (“Self-government”, *Selbstverwaltung*”, cujo correspondente francês seria “auto-administration”) (*Traité*, vol. I, pág. 90, nº 124). Uma das características da descentralização é, pois, a “autarquia”, tomado o vocábulo no seu significado etimológico de “auto-governo”. A “autarquia”, em que a descentralização implica, não, é, porém, independência absoluta da pessoa matriz. A esta continua vinculada a pessoa jurídica que, pela descentralização se constituiu, porquanto submetida, em princípio, ao que, com apoio na doutrina francesa, habitualmente se denomina de “controle de tutela”, para diferenciar do “controle hierárquico”, existente dentro de uma mesma pessoa jurídica (LAUBADÈRE, op. cit. .p. cit.; RIVERO, *Droit Administratif*, pág. 300).

Tal controle, porém, não pode chegar ao ponto de anular a autonomia e auto-direção da pessoa jurídica descentralizada, pois esse traço são indeclináveis em qualquer processo de descentralização. No direito francês, não se reconhece, por exemplo, caber no controle de tutela o “pouvoir d’instruction”, que consiste no poder que tem o superior hierárquico “de impor previamente suas diretivas à ação do subordinado”, tornando-se, “assim, em todas as circunstâncias senhor do uso de competência pelo subordinado” (LAUBADÈRE, op. e p. cits.).

O “poder de instrução” serve, portanto, para diferenciar o controle hierárquico, no qual é indispensável, do controle de tutela, com que é inconciliável. Não teria, aliás, qualquer sentido descentralizar, criando pessoa jurídica de direito público, para logo após sujeitar essa mesma pessoa jurídica a direito, estreito, permanente e rigoroso controle de seus atos por órgãos da pessoa jurídica matriz.

Por outro lado, enquanto o controle hierárquico se presume, dispensando-se, pois, que venha previsto em regra expressa, ordinariamente exige-se que o controle de tutela esteja estabelecido em norma jurídica (RIVERO, op. cit., pág. 302). Apenas ao Chefe do Executivo seria de reconhecer-se poder imanente e implícito de controle sobre todos os órgãos e entidades da Administração Pública, centralizada ou descentralizada, como o fez, entre nós o Supremo Tribuna Federal, sem que, contudo, importe, via de regra, a anulação ou esvaziamento do poder de autogoverno, insito às pessoas jurídicas descentralizadas.

8. No Brasil, no plano da União, o Decreto-lei nº 200, de fevereiro de 1967, colocou sob supervisão ministerial os órgãos da Administração Direta e as pessoas jurídicas da Administração Indireta (artigo 19), especificando, ainda, quando a estas, embora a título meramente exemplificativo, as medidas mediante as quais a supervisão deveria exercer-se. Quase todas as providências ali enumeradas caracterizam o “controle de tutela”, não havendo nenhuma delas que, em situação normal, revele ingerência direta no processo de formação das deliberações das pessoas jurídicas descentralizadas. As medidas ou consistem na indicação ou designação, pelo ministro dos dirigentes da entidade ou dos representantes do Governo nas assembléias gerais

e órgãos de administração e controle (artigo 26, parágrafo único, letras a e b); ou na aprovação de atos e orçamentos (letras d e e); ou na fixação de despesas e critérios para gastos (letras g); ou, finalmente, na realização de auditoria e avaliação periódica de remetente e produtividade (letra b). Somente por motivo de interesse público, que se há de supor grave e relevante, admite-se a intervenção ministerial na pessoa jurídica descentralizada (letra i). Como excepcional, também, há de interpretar-se a utilização do poder de avocação conferido ao Presidente da República (artigo 170).

9. O Decreto nº 19.801, de 8 de agosto de 1969, que, no Estado do Rio Grande do Sul, dispôs sobre a reforma administrativa, modelou-se ponto por ponto sobre o exemplo da União. Assim, no artigo 6º, determinou que todo órgão da administração Direta ou Indireta está sujeito à supervisão do Governador ou do Secretário de Estado em cuja área de atuação estiver enquadrada sua principal atividade. No § 2º desse mesmo artigo estão enumeradas as medidas mediante as quais se exerce a supervisão, ressalvando-se, porém, que, além das expressamente referidas, outras poderão ser estabelecidas por ato do Governador. São estas as medidas caracterizadoras da supervisão:

I- INDICAÇÃO, PELO SECRETÁRIO DE ESTADO, DOS DIRIGENTES DA ENTIDADE, PARA FINS DE NOMEAÇÃO OU ELEIÇÃO, CONFORME SUA NATUREZA JURÍDICA;

II- Designação, pelo Secretário de Estado, ouvido o Governador, do representante do Governo nas Assembléias Gerais e nos órgãos de administração e controle da entidade;

III- Participação direta do Secretário de Estado no relacionamento com órgão de política setorial e de financiamento;

IV- Recebimento sistemático de relatórios, boletins, balancetes, balanços e informações que permitam ao Secretário de Estado o acompanhamento constante das atividades da entidade, a execução do orçamento programa e da programação financeira aprovados;

V- Aprovação de contas, relatório e balanços, pelo Secretário de Estado ou por via do representante da Secretária nas Assembléias Gerais ou nos órgãos de administração e controle da entidade;

VI- Fixação dos limites máximos a que deverão obedecer as despesas de pessoal e da administração da entidade;

VII- Realização, a qualquer tempo, de auditagens e de avaliação de rendimento e produtividade;

VIII- Tomada de contas dos gestores da entidade, pelo Secretário, na forma e nos prazos estipulados em cada caso;

IX- Intervenção na entidade, previamente autorizada pelo Governador, visando ao interesse público.

10. Antes, porém, de entrar no exame dos controles do Estado sobre as suas sociedades de economia mista, é de indagar-se, se com a edição da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, não teriam ficado abrogadas as normas estaduais, pertinentes àquelas companhias. A questão tem razão de ser, em face do que se enuncia no artigo 235 da Lei nº 6.404, nestes termos:

“As sociedades de economia mista estão sujeitas a esta lei, sem prejuízo das disposições especiais de lei federal.”

A redação do preceito pode perfeitamente induzir a falsa impressão de que só à União compete estabelecer regras sobre sociedade de economia mista, uma vez que só a União tem competência para legislar sobre sociedades, tanto civis quanto comerciais (CF, artigo 8º, XVII, b).

Ao atentar-se, porém, para a consagrada distribuição feita por RUY CIRNE LIMA de que a empresa pública é privada *quoad extra*, “em relação aos terceiros com que entra em contato”, mas “necessariamente pública *quoad intra*”, no seu relacionamento com a pessoa jurídica matriz, de que deriva (Pareceres, pág. 18), compreende-se, também a duplicidade de regras jurídicas que têm por objeto, nos Estados e Municípios as sociedades de economia mista. A estrutura interna da sociedade, os órgãos que deverão possuir, os deveres e vantagens dos acionistas, são, dentre, muitas outras, matérias que só a lei federal poderá dispor, por se relacionar diretamente com o aspecto de direito privado da sociedade.

“A razão pela qual o legislador só se referiu à lei federal no artigo 235” — salienta ARNOLD WALD, nessa linha de pensamento “foi o fato de tratar, tão somente, do aspecto comercial da empresa, ou seja, de sua estrutura formal e de suas relações com terceiros e empregados, sem prejuízo de reconhecer ao Direito Administrativo, que pode ser de natureza local, a possibilidade de fixar critérios ou normas para as sociedades de economia mista e as empresas públicas, consideradas não mais na sua forma mas sim no seu conteúdo, como órgãos descentralizados do Estado” (As Sociedades de Economia Mista e a Nova das Sociedades, in *Revista de Informação Legislativa*, 54/103).

Faculta-se, desse modo, ao Estado disciplinar o conteúdo, a extensão e a forma do controle de tutela que exerce sobre as pessoas jurídicas da sua Administração Descentralizada, sem que tais normas entrem em conflito com os preceitos federais pertinentes às sociedades em geral ou às sociedades de economia mista em especial. Estas são as normas de direito privado; aquelas de direito público, designadamente de direito administrativo estadual, explicando-se a duplicidade de regimes pela circunstância de serem as sociedades de economia mista uma fração ou parcela da atividade pública exercida em moldes privados. Ao afastar-se essa parcela, pela descentralização e pela personalização que esta implica, da pessoa jurídica matriz, não se converte

em unidade independente, totalmente desvinculada e liberta do ser que a gerou. A ele permanece ligada, ainda que por liames meramente externos, que se manifestam, como se realçou, nos meios pelos quais se realiza a tutela administrativa.

11. No elenco das formas de supervisão, fixado no artigo 6º, § 2º, do Decreto nº 19.801, de 8 de agosto de 1969, não há, salvo na hipótese de intervenção, competência que não se compreenda dentro dos limites reconhecidos pela doutrina ao controle de tutela. Declara-se, contudo, no artigo 6º, § 2º, que as medidas ali enumeradas não são exaustivas, sendo legítimo o exercício da supervisão por outros instrumentos, estabelecidos “por ato do Chefe do Poder Executivo”.

É de perguntar-se, portanto, se a inserção, nos Estatutos de sociedades de economia mista, como decorrência de ordem exarada pelo Governador do Estado, de disposição que ordene o convite do Secretário de Estado a que se vincula a companhia, para comparecer a todas as reuniões do conselho de administração, cabendo-lhe, quando presente, a direção dos trabalhos, não exorbita os lindes normais da supervisão administrativa ou a moldura traçada ao controle de tutela a se, por outro lado, tal regra estatutária não hostiliza os preceitos da nova lei de sociedade anônimas.

A doutrina, ao tratar do controle de tutela, geralmente salienta que é ele exercido sem que o órgão controlador interfira diretamente no processo de formação de vontade ou de deliberação de entidade controlada. O controle é portanto, sempre externo.

Ora, se o Secretário de Estado entender de comparecer a todas as reuniões do Conselho de Administração, será ele, de fato, o Presidente do Conselho, ainda que formalmente não o integre, nem tenha direito a voto.

De outra parte, existindo de direito a função de presidente do Conselho de Administração, cujo processo de escolha e substituição deverá ser estabelecido no estatuto (Lei nº 6.404, artigo 140) não se compreende como o Secretário de Estado possa afastá-lo, para assumir a direção dos trabalhos, sempre à reunião.

Efetivamente, o traço mais específico de função de presidente é a direção dos trabalhos. Dessa competência não pode ser o presidente demitido, nem a ela pode renunciar, sem perder a condição de presidente. Quanto a este ponto, portanto, não há dúvida sobre a ilegalidade da cláusula estatutária que atribuisse a Secretário de Estado, sempre que presente, a direção dos trabalhos de Conselho de Administração de Sociedade de Economia Mista, colocada sob sua supervisão.

No que diz com a inserção nos estatutos de regra que obrigue a formulação de convite ao Secretário de Estado, apenas para comparecer a todas as reuniões de conselho de administração de sociedade de economia mista, parece-nos perfeitamente legítima, desde que o Secretário se limite a assistir essas reuniões, para informar-se do que nelas venha a deliberar-se, sem votar nem participar das discussões. A votação e

Pareceres

---

discussão dos assuntos submetidos à apreciação do Conselho são atribuições típicas dos seus membros. Se o Secretário de Estado não pode, de iure, ser membro do Conselho, não poderá, igualmente, por via indireta, investir-se, de facto, nessa posição. De outro lado, a ingerência direta do órgão controlador no processo de formação da vontade da entidade controlada, contradiz a idéia de descentralização. Caso os Secretários de Estado devessem comparecer a todas as reuniões do conselho de administração das companhias de economia mista vinculadas a suas secretarias, influenciando nas deliberações, do órgão, ou até mesmo a este presidindo, por que então descentralizar? Mais razoável seria então, manter a atividade ou o serviço integrado na secretaria, como órgão da pessoa jurídica matriz, submetido ao controle hierárquico do Secretário de Estado, muito mais intenso e amplo do que o controle puramente externo da tutela administrativa. 12. Essas considerações nos levam a entender, em conclusão, que seria ilegal regra estatutária que impusesse a participação de Secretário de Estado em reuniões de Conselho de Administração de Sociedade de Economia Mista, quando a elas comparecesse, para presidi-las ou discutir e votar as matérias levadas à deliberação de órgão daquela espécie.

PORTO ALEGRE, 07 de julho de 1983.

ALMIRO DO COUTO E SILVA

PROCURADOR DO ESTADO

**PARECER Nº 6508**

Princípio da Inconstitucionalidade de lei. Efeito retroativo da declaração.

Casos excepcionais de subsistência de efeitos De lei inconstitucional.

Inexistência, no caso, de hipótese excepcional.

JOSÉ MIGUEL RODRIGUES DA SILVA endereçou requerimento ao Senhor Governador do Estado no qual postula que o Chefe do Executivo, “utilizando seu poder discricionário, como Chefe da Procuradoria-Geral do Estado, interprete como ato jurídico perfeito o praticado quando da inscrição no concurso, sob a égide da vigente emenda nº 17”, e determine “a nomeação dos três concursados, tornando desertas as ações no Judiciário”. O concurso a que o requerente alude é o que foi realizado para provimento de cargos de fiscal do ICM; os dois outros concursados a que faz menção são os Srs. Cláudio Roberto Nunes Golgo e Gildo Pedro Bebber. Estes, juntamente com o “postulante” tiveram negada sua inscrição para aquele concurso, sob o argumento de que haviam ultrapassado o limite de idade exigido. Impetraram mandado de segurança no qual sustentavam que, à data da inscrição, estava em plena vigência a Emenda Constitucional nº 17 que, ao incluir dois parágrafos no art. 89 da Constituição do Estado, inseriu naquele preceito a regra de que “para efeito de inscrição em concurso público ou readmissão, serão observados os limites de idade vigentes para cargos de atribuições iguais ou semelhantes do Serviço Público Federal, salvo se a lei estadual foi menos restritiva”. Replicou o Estado, em síntese que a modificação introduzida na Carta Estadual pela Emenda nº 17 contravinha a Constituição Federal, sendo, portanto, nula. Nesse sentido manifestou-se a Procuradoria-Geral da República, por solicitação do Governo do Estado, ao representar perante o Supremo Tribunal Federal. No Estado, os impetrantes obtiveram ganho de causa em primeiro grau. No Tribunal de Justiça, o requerente e Gildo Pedro Bebber saíram vitoriosos, tendo sido confirmada a sentença de primeiro grau. O Estado do Rio Grande do Sul interpôs, porém, recurso extraordinário, não admitido pelo Sr. Desembargador Vice-Presidente do Tribunal de Justiça. Contra esse despacho foi armado agravo de instrumento, recentemente provido pelo Supremo Tribunal Federal. Deve ser especialmente destacada, neste histórico, a circunstância de que a 13 de outubro de 1983, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da Emenda nº 17, que, como se viu, era o suporte jurídico em que se apoiavam os impetrantes. Aduz agora o postulante, em seu favor, a legitimidade dos atos jurídicos praticados antes da declaração de inconstitucionalidade, o que significa dizer que a decisão do Supremo Tribunal Federal produz efeitos meramente *ex nunc* e não *ex tunc*. Essas teses jurídicas mereceram

o aplauso de Assessor no Gabinete do Sr. Secretário da Fazenda. O Sr. Secretário da Fazenda, aprovando a informação da sua Assessoria, abonou o pedido de que as nomeações fossem feitas, por serem justas e responderem aos interesses do Estado. O Sr. Secretário Extraordinário para Assuntos da Casa Civil ordenou, então, o encaminhamento do expediente a esta Procuradoria, para Parecer.

2. A matéria já foi objeto da informação n. 26/84, datada de 6 de julho e subscrita pelo Procurador do Estado José Hugo V. Castro Ramos, respondendo indagação formulada pelo Sr. Secretário da Fazenda, em caráter prévio e informal, a propósito de pedido de nomeação feito pelo ora requerente e pelos Srs. GILDO PEDRO BEBBER e CLAUDIO ROBERTO NUNES GOLGO. Concordo inteiramente com o que ali está escrito e que, de resto, apresente-se em perfeita consonância com a melhor doutrina do Direito Constitucional e com a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, sem deixar, ao mesmo tempo, de realisticamente advertir que, em pleitos judiciais, como em quase tudo na vida, a única coisa certa é a incerteza.

3. No expediente identifica-se uma única questão jurídica, que é a de saber qual o destino dos atos jurídicos realizados com fundamento em lei que posteriormente veio a ser declarada inconstitucional. Tal questão pode ser fragmentada em outras: esses atos subsistem ou não? São válidos ou inválidos? E se inválidos, de que espécie ou grau é a invalidade? Serão nulos de pleno direito ou simplesmente anuláveis?

4. É sabido que, no direito norte-americano, onde se originou a prática de os Juízes declararem a inconstitucionalidade das leis, tal controle exercitado pelo Poder Judiciário é feito de forma difusa ou incidental. Isso quer significar, em outras palavras, que o direito americano desconhece a ação direta de inconstitucionalidade, como ocorre em outros sistemas, notadamente nos adotados por países que têm Tribunal Constitucional. Para distingui-los do sistema norte-americano, de controle difuso, costuma-se designá-los por sistemas de controle concentrado da constitucionalidade das leis, de que é paradigma o austríaco (veja-se, sobre isso, LUCIO BITTENCOURT, o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, Rio, Forense, 1968, pág. 134 e segs.). A diferença substancial que existe entre os dois sistemas, esta em que, no americano, considera-se que a lei, no seu nascimento, ou é compatível com a constituição ou não é. No segundo caso, ela será “void and null”, devendo os tribunais negar-lhes aplicação, pelo desconhecimento do ato legislativo inconstitucional, como queria RUI BARBOSA (“Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo, pág. 97). Por isso mesmo, a decisão que considera inconstitucional uma lei é preponderantemente declaratória. Em contraste, nos sistemas concentrados, enquanto inexistir sentença de Tribunal competente para pronunciar-se sobre a constitucionalidade das leis, lei, ainda que em desarmonia com a constituição, será tida como válida, produzindo normalmente seus efeitos, até que sobrevenha sentença com força constitutiva negativa. (“O Controle Judicial Constitucionalidade das leis no Direito Comparado, Sérgio Fabris,

1984, pág. 115 e segs.). No Brasil, conquanto o controle da inconstitucionalidade das leis, tanto possa dar-se pela via incidental como pela ação direta, sempre se teve por assente o entendimento vigorante no direito norte-americano. Naquele país, como se verifica do magnífico repositório que é a *Corpus Juris Secundum*, a orientação tradicional é a de que “uma decisão de um Tribunal competente no sentido de que uma lei é inconstitucional tem o efeito de tornar essa lei null and void; o ato, sob o ponto de vista legal, é tão inoperante como se nunca tivesse sido exarado ou como se nunca tivesse sido escrito, é tido como inválido ou irritado desde a data da sua emissão e não apenas da data na qual foi judicialmente declarada inconstitucional”. Ou, no original: “Generally speaking, a decision by a competent tribunal that a statute is unconstitutional has the effect of rendering such statute null and void; the act, in legal contemplation, is as inoperative as though it had never been passed or as if the enactment had never been written, and it is regarded as invalid or void, from the date of enactment, and not only from the date on which judicially declared unconstitutional” (nl. 16, § 101, p. 471-472). É certo que algumas exceções foram estabelecidas a esta regra geral. Observa CAPELETTI que a noção de justiça material sairia seriamente arranhada se o princípio da eficácia *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade fosse sempre aplicado de maneira invariável, sem atentar para as peculiaridades e as circunstâncias de cada caso. É o que exprimiu a Suprema Corte americana ao sentenciar que “nem sempre o passado pode ser apagado por uma nova declaração judicial... Estas questões situam-se entre as mais difíceis que atraíram a atenção das cortes, estadual e federal, e resulta manifesto de numerosas decisões que a afirmação inteiramente abrangente do princípio da absoluta retroatividade da invalidez não pode ser justificada.” No original: “the past cannot always be erased by a new judicial declaration... the questions are among the most difficult of those which have engaged the attention of courts, state and federal, and it is manifest from numerous decisions that an all inclusive statement of a principle of absolute retroactive invalidity cannot be justified” (MAURO CAPELETTI, op. cit. p. 123). Registra, igualmente, o *Corpus Juris Secundum*: “De outro lado, tem sido sustentado que esta regra geral” (da eficácia *ex tunc*) “não é universalmente verdadeira ou nem sempre absolutamente verdadeira; que comporta muitas exceções; que é afetada por muitas outras considerações; que uma visão realista tem erodido essa doutrina; que tão amplo princípio deve ser entendido com temperamentos e que mesmo uma lei inconstitucional é um fato operativo, pelo menos antes da declaração de inconstitucionalidade e que deve ter conseqüências, as quais não podem ser ignoradas”. No original: “on the other hand, it has been held that this general rule is not universally true, or not always absolutely true, that there are many exceptions or certain recognized exceptions, thereto, that it is affected by several other considerations, that a realistic approach has been eroding this doctrine, that such broad statements must be taken with qualifications, and that even on unconstitutional statute is an operative fact, at least prior to a determination of constitutionality, and may have consequences

which cannot justly be ignored” (vol. 16, § 101, p. 472- 473). A mesma obra menciona, porém, que as exceções principais ao princípio de eficácia ex tunc dizem respeito ao estoppel, ou seja, a impossibilidade de alguém, que invocou as provisões de uma lei, atacar depois sua constitucionalidade; à coisa julgada; ou aos atos praticados por servidores públicos em obediência a leis posteriormente declaradas inconstitucionais. (vol. 16, § 101, p. 472-473, notas 57.4.1 e 57.5.2).

Tais exceções, em suma, são estabelecidas quando o interesse público na manutenção de situações consolidadas é mais forte da que o porventura existente na pontual observância do ordenamento jurídico do Estado, em consonância, aliás, com orientação hoje plenamente estabelecida na doutrina e na jurisprudência de Direito Administrativo (FRITZ FLEINER, *Institutionen der Deutschen Verwaltungsrecht*, 1963, § 13, p. 201, nota 62; WALTER JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, 1929, §11, IV; OTTO BACHOFF, *Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtssprechung des Bundesverwaltungsgerichts*, 1966, vol. I, p. 257 e segs.; vol. II, p. 339 e segs., NORBERT ACATERBERG, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1982, p. 469; PAUL BADURA - ERICASEN e MARTENS, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1981, vol. I, P. 226 e segs.; HARTUVI MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1982, p. 212-213; HANS JULIUS WORFF-OTTO VACAFF, *Verwaltungsrecht*, vol. I, p. 450 e segs. e 460 e segs.; HAURIUO, *La Jurisprudence Administrative de 1892 a 1920*, vol. II, p. 105-106; RIVERO, *Droit Administratif*, 1973, p. 103; LAUBADÈRE, *Traité de Droit Administratif*, 1976, vol. I, p. 339, FRANCIS PAUL BÉNOIT, *Droit Administratif*, 1968, p. 568; GEORGE VEDEL, *Droit Administratif*, 1973, p. 199; MARCEL WAZINE, *Précis de Droit Administratif*, 1969, vol. I, p. 387-8; MICHEL STASSINOPOUCOS, *Traité des Actes Administratifs*, 1954, p. 256 e segs.). No caso, não se pode falar em situação consolidada. O Estado, desde o início, invocou a inconstitucionalidade do preceito em que se apoiava o requerente. E o Supremo Tribunal Federal veio a reconhecer essa inconstitucionalidade. É tranqüilo, no Supremo Tribunal Federal, o entendimento de que “a sentença proferida na representação tem caráter declaratório, limitando-se a firmar o direito preexistente à decisão. No sistema jurídico brasileiro considera-se, em princípio, que a lei inconstitucional é nula, e não simplesmente anulável. a decisão judicial opera ex tunc, pronunciando a invalidade da norma desde o seu ingresso no mundo jurídico” (RTJ, 109/381, no mesmo sentido RTJ 101/207 e 87/758). Todavia, no Recurso Extraordinário nº 79.343 da Bahia, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, guiada pelo voto do Ministro Leitão de Abreu, inclinou-se a admitir, como no direito americano, alguns temperamentos ao princípio da retroatividade da declaração de inconstitucionalidade, em razão do princípio da segurança jurídica ou da boa - fê. Depois de sublinhar que a discussão em torno da nulidade ab initio do ato legislativo inconstitucional ou da sua simples anulabilidade não tem significado prático maior, pois os efeitos da decisão operam retroativamente, diz o Ministro Leitão de Abreu: “Tenho que procede a tese, consagrada pela corrente

discrepante a que se refere o “corpus juris secundum” de que a lei inconstitucional é um fato eficaz, ao menos antes da determinação da inconstitucionalidade, podendo ter conseqüências que não é lícito ignorar. A tutela da boa-fé exige, que, em determinadas circunstâncias, notadamente quando, sob a lei ainda não declarada inconstitucional, se estabeleceram relações entre o particular e o Poder Público, se apure, prudencialmente, até que ponto a retroatividade da decisão, que decreta a inconstitucionalidade pode atingir, prejudicando-o, o agente que teve por legítimo o ato, e, fundado nele, operou na presunção de que estava procedendo sob o amparo do direito objetivo.” (Juris Cível do Supremo Tribunal Federal, vol. 57/139).

6. No caso, parece-me impertinente invocar em favor dos interessados o princípio da boa-fé ou da segurança jurídica. E isso porque a administração pública sempre opôs aos requerentes a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 17, do Estado do Rio Grande do Sul. Conquanto o Supremo Tribunal Federal tenha jurisprudência no sentido de que a concessão liminar pode gerar situações que não convém sejam posteriormente alteradas (veja-se, especialmente RTJ 83/921; RTJ 45/589 e RTJ 95/45) em todos os casos examinados pelo supremo o Tribunal Federal ou os servidores nomeados em razão da liminar e exerceram durante tempo considerável as atribuições dos respectivos cargos, percebendo as remunerações pertinentes, ou tratava-se de estudantes que pela liminar lograram prosseguir no seu curso e encontravam-se já formados e no pleno exercício de suas profissões quando a liminar foi revogada, com o julgamento do mandado de segurança. Na espécie, ao que se colhe dos elementos constantes do expediente, nada disso aconteceu. Os interessados não foram providos nos cargos para os quais fizeram concurso, por força de liminar. Não se gerou, portanto, duradoura situação de fato, propiciadora de vantagens para os requerentes, capaz de determinar a inconveniência, pela lesão ao princípio da segurança jurídica, da modificação de status quo consolidado.

7. Em conclusão: (a). No direito brasileiro, à semelhança do que sucede no direito americano, a declaração de inconstitucionalidade tem eficácia ex-tunc; (b). Aceita-se, todavia, a subsistência de efeitos concretos produzidos pela lei inconstitucional tendo em vista a boa-fé dos administrados, que de outro modo seria lesada, dando causa a uma situação de injustiça; (c). Uma vez que, no caso em exame, da lei inconstitucional não resultaram efeitos consistentes em benefício dos interessados, creio não se verificar a exceção ao princípio da eficácia retroativa da declaração de inconstitucionalidade. (d). As premissas acima expostas induzem a conseqüência de que não se deve, na esfera administrativa, atender ao pedido dos requerentes, pois não tem qualquer amparo legal.

Porto Alegre, 27 de dezembro de 1985.

ALMIRO DO COUTO E SILVA  
PROCURADOR DO ESTADO

### RESTRIÇÃO À PROPRIEDADE

1. Ação civil pública. Pedido de condenação do Município em obrigação de fazer, consistente tombamento ou desapropriação de imóveis urbanos.
2. Atos administrativos da competência exclusiva do Poder Executivo, ao qual incumbe decidir entre praticá-los ou não. Natureza discricionária dessa decisão. Não cabe ao juiz obrigar a autoridade administrativa a exará-los, sob pena de violação do princípio da separação dos poderes (CF, art. 2º).
3. Extinção da ação civil pública por falta de condição da ação: a possibilidade jurídica do pedido (CPC, art.267, VI). Precedentes jurisprudenciais .
4. O princípio da motivação tem e só pode ter aplicação aos atos administrativos, não às omissões da Administração Pública.
5. Plena validade das licenças para demolir e para construir, expedidas pelo Município. Inexistindo tombamento tem o proprietário direito subjetivo público a obtê-las, desde que, no caso da licença para construir, esteja o projeto em conformidade com as normas urbanísticas municipais.

### OS FATOS

O Ministério Público do Rio Grande do Sul, pela sua Promotoria de Justiça de Defesa do Meio Ambiente, propôs, contra Goldsztein S/A Administração e Incorporações e o Município de Porto Alegre, ação civil pública visando, entre outras postulações, a impedir a demolição de imóveis situados em Porto Alegre, no bairro Moinhos de Vento, na rua Luciana de Abreu ns. 242, 250, 258, 262, 266 e 272, bem como a condenar o Município de Porto Alegre a obrigação de fazer, “consistente -como se lê na petição inicial - na obrigatória manutenção e preservação dos imóveis já descritos, pelo interesse sócio-cultural, protegendo-os por meio de tombamento e outras formas de acautelamento e preservação dentre as arroladas no parágrafo 1º do art. 216 da CF, pena de pagamento de astreinte no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) por dia de descumprimento...”

2. Requereu o Ministério Público concessão de medida liminar e antecipação de tutela para: “(a.1) SUSPENDER o andamento do projeto 002302104001, o qual tramita na Prefeitura Municipal, ou seu equivalente projeto de edificação, bem assim qualquer licença de efetiva demolição ou alteração significativa das casas 242, 250, 258, 262, 266 e 272 situadas na Rua Luciana de Abreu, bairro Moinhos de Vento, nesta Capital, até decisão definitiva, com trânsito em julgado, a ser proferida nesta Ação Civil Pública, incorrendo o Município, NA HIPÓTESE DE DESCUMPRIMENTO DA ORDEM JUDICIAL, no pagamento de astreinte a ser fixada por esse juízo, nos

termos do artigo 645 do Código de Processo Civil, solicitando-se venha a ser fixado o “quantum” de R\$20.000,00 (20 mil reais) por dia de descumprimento.

(a.2) DETERMINAR à co-ré GOLDSZTEIN S/A Administração e Incorporações e ao Município, solidariamente, OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER, consistente na não demolição dos bens imóveis localizados na Rua Luciana de Abreu, 242, 250, 258, 262, 266 e 272, bairro Moinhos de Vento, nesta Capital, e não construção de edifício no local onde se encontram tais bens, sob pena de pagamento de MULTA LIMINAR, por descumprimento de ordem judicial, no valor aqui sugerido de cinco milhões de reais, devidamente corrigidos a contar desta data, é dizer, cinco vezes os gastos que teria tido a Empresa com o empreendimento, considerando que eventual desentendimento à ordem judicial deve sofrer censura de multa pecuniária, revertendo tais valores ao Fundo Estadual do Meio Ambiente -FEMA, nos termos do inciso VIII do artigo 23 da Lei Estadual nº 10.330/94 combinado com o artigo 13 da lei nº 7.347/85, independentemente da indenização a ser arbitrada na hipótese de o Judiciário julgar procedente a demanda e reconhecer o valor cultural dos imóveis, cujo “quantum” será objeto de liquidação; (b1) DECLARAR PROVISORIAMENTE o valor sócio-cultural dos imóveis objeto desta ação, para todos os fins legais; (b2) DETERMINAR OBRIGAÇÃO DE FAZER a Empresa Golsztein S/A Administração e Incorporação, ou quem lhe suceder, consubstanciada na obrigação de preservar e recuperar os imóveis, impedindo que terceiros o destruam, mantendo vigilância diurna e noturna no local, bem assim promovendo sua recuperação, enquanto perdurar este processo, sob monitoramento do Poder Público, apresentando projeto, a ser fiscalizado por esse juízo, num prazo de 180 (cento e oitenta) dias, a contar do deferimento da medida antecipatória, a ser executado em prazo fixado pelo Judiciário, sob pena de pagamento de multa diária de R\$ 20.000,00 (20 mil reais) por dia de descumprimento, cuja destinação será a mesma já anunciada no item “a2” ; (b3) DETERMINAR OBRIGAÇÃO DE FAZER ao Município, consubstanciada na obrigação de proteger os imóveis, sob quaisquer formas de acautelamento e preservação, por meio de inventário, registro(s), vigilância, tombamento ou desapropriação, na forma do art. 216, § 1º, da CF, devendo o réu eleger alguma(s) alternativa e indicá-la (s) a esse juízo no prazo razoável de 30 (trinta) dias, sob pena de multa de R\$20.000,00 (20 mil reais) por dia de descumprimento, considerando que a destinação da multa será a mesma já anunciada no item “a2”.

3. Foram deferidos, liminarmente todos esses pedidos.

4. A invalidade das licenças para demolir os prédios da rua Luciana de Abreu e para construir nos terrenos respectivos, outorgadas pelo Município de Porto Alegre, resultaria de duas ordens de fatores. O primeiro deles é o de que tais prédios possuem valor estético, histórico e cultural, como afirmado em parecer técnico encomendado pelo Ministério Público a comissão por ele próprio instituída, bem como em pronunciamento do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico do Estado do Rio Grande

## Pareceres

do Sul. O outro é o de que os órgãos técnicos da Prefeitura não motivaram a omissão de incluí-los na lista dos bens que merecem ser preservados, muito embora houvessem, no ano de 1993, realizado minucioso levantamento dos prédios de valor estético, histórico e cultural existentes na cidade de Porto Alegre, examinando, rua por rua, sob esse aspecto, os existentes no bairro Moinhos de Vento e também, portanto, os da rua Luciana de Abreu (fls. 103 a 113 dos autos do inquérito realizado pelo Ministério Público, que acompanham a inicial).

5. As referidas licenças foram requeridas pela empresa Goldsztein S/A Administração e Incorporações e concedidas pelo Município de Porto Alegre com a estrita observância de todos os ritos e procedimentos legais e regulamentares. Antes de concluir a aquisição dos imóveis a que se refere a ação civil pública Goldsztein teve, obviamente, a cautela de verificar se eles estavam ou não tombados, pela União, pelo Estado do Rio Grande do Sul ou pelo Município de Porto Alegre, ou mesmo simplesmente listados ou inventariados, como dignos de proteção, para tombamento posterior.

6. Só após ter verificado que nada disso havia e que, pois, nenhuma limitação, ônus ou encargo de natureza administrativa pesava sobre aqueles bens é que os comprou, postulando, a seguir, as licenças para demolir e, depois para construir, segundo projeto que apresentou aos exames dos órgãos competentes da municipalidade de Porto Alegre.

## A CONSULTA

7. Expondo-me esses fatos, pede-me Goldsztein S/A Administração e Incorporações que responda as seguintes indagações:

- (a) É admissível, no sistema jurídico brasileiro, que o Poder Judiciário condene a Administração Pública a efetuar tombamento, promover desapropriação ou praticar qualquer dos demais atos mencionados no § 1º do art. 216 da Constituição Federal?
- (b) A sentença que assim viesse a ser proferida não feriria o princípio da separação das funções ou dos poderes do Estado, consagrado no art. 2º da Constituição da República?
- (c) A ação em que se requeresse sentença condenatória com esse conteúdo, impondo ao Poder Público obrigação de fazer dessa natureza, não estaria recomendada à extinção, na forma do art. 267, VI, do CPC, pela impossibilidade jurídica do pedido?
- (d) Pode o Juiz substituir os critérios técnicos da Administração Pública pelos seus próprios critérios ou as razões de conveniência e oportunidade do agente administrativo por suas próprias razões?
- (e) Quais os atos administrativos que necessitam ser motivados? As omissões da Administração Pública estão sujeitas ao princípio da motivação?

## O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.

8. Quando Montesquieu deu formulação definitiva ao princípio da separação das funções do Estado estava muito mais preocupado em estabelecer limites aos poderes dos governantes (*le pouvoir arrête le pouvoir*) do que em conceber uma forma de organização do Estado na qual as diferentes funções ficassem contidas em compartimentos estanques, de tal modo que quem tivesse competência para julgar não poderia praticar atos normativos ou de administração; quem legislasse não poderia incumbir-se, ao mesmo tempo, de função administrativa ou jurisdicional e quem administrasse estaria impedido de editar norma jurídica ou exercer atividade que apresentasse similitude com a dos juízes

9. Nos sistemas jurídicos contemporâneos que seguiram as grandes linhas do pensamento de Montesquieu há diferenças expressivas na aplicação daquelas idéias. Alguns as receberam de maneira mais rigorosa e severa, como é o caso da França, onde juízes não podem decidir sobre a constitucionalidade das leis e nem os órgãos e agentes administrativos sujeitar-se à justiça comum, cabendo o controle dos atos da administração a tribunais administrativos. Outros as acolheram de modo mais brando, de sorte que os juízes comuns sindicam a conformidade das leis com a Constituição, assim como a legalidade dos atos da administração pública, como é o caso dos Estados Unidos e do Brasil. É certo, também, que a larga aceitação que hoje tem em todo o mundo o regime parlamentar de governo empalideceu, consideravelmente, a fronteira entre órgãos e agentes legislativos, por um lado, e órgãos e agentes administrativos, por outro.

10. Seja como for, pode-se tranquilamente afirmar que em toda a parte o princípio da separação dos poderes não é compreendido de maneira absoluta. Assim, no sistema que vigora atualmente no Brasil, sob a Constituição Federal de 1988, e na linha, aliás, da nossa tradição republicana, o chamado Poder Executivo exerce preponderantemente as funções administrativas, mas, excepcionalmente legisla, sob o aspecto material, quando edita seus regulamentos. Além disso, sempre com a nota da excepcionalidade, também desempenha atribuições que são, pelo menos, semelhantes às jurisdicionais. Tal sucede quando, por exemplo, promove processos administrativos disciplinares e aplica as sanções neles propostas. Por outro lado, o Legislativo preponderantemente elabora atos normativos, mas também administra, quando nomeia os servidores das casas legislativas ou declara, por lei meramente no sentido formal, a utilidade pública de algum bem para fins de desapropriação (Lei 3.365/41, art. 8º). Igualmente, em caráter de exceção, o Legislativo exercita a função jurisdicional no julgamento dos governantes, nos casos de crime de responsabilidade. E, por fim, o Judiciário, preponderantemente julga, mas lhe cabe também desempenho de função

## Pareceres

administrativa, na nomeação, por exemplo, de servidores das secretarias dos tribunais, e de função materialmente legislativa, quando os tribunais editam seus regimentos internos.

11. Essas competências excepcionais que têm os agentes dos três poderes do Estado, ao lado das competências que normalmente possuem, estão, porém, todas elas determinadas na Constituição. Ordinariamente, no comum dos casos, não pode o juiz administrar, nem o administrador julgar, não cabendo, tampouco ao legislador administrar ou julgar.

Quer isso significar, em resumo, que o ordenamento jurídico nacional organiza o Estado por largas faixas de competências, as quais não são fungíveis e nem podem ser exercidas ao mesmo tempo por agentes públicos que se situam em campos diversos.

12. Estamos aqui a avivar estas noções triviais quase que só para observar lição do justice Oliver Holmes, tantas vezes repetida por Francisco Campos em seus pareceres, de que, “nos tempos em que estamos vivendo, a educação no óbvio é mais necessária do que a investigação do obscuro”.<sup>1</sup> Apesar de feita há quase um século, o registro do grande juiz da Suprema Corte americana é, ainda, de viva atualidade, como mostra o caso que me foi trazido, agora, a exame. De todos os pedidos formulados na inicial da ação civil pública promovida pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul, o principal, aquele em torno do qual giram todos os demais pedidos, que lhe são dependentes, instrumentais ou acessórios, é o de que o Município de Porto Alegre tombe ou desaproprie os imóveis identificados na referida ação. Pois não é verdade velha - e, pois, obviedade já muito antiga - que ao Poder Judiciário não cabe desapropriar? Que a ele não compete, também, efetuar atos administrativos de tombamento? E, no entanto, temos ainda de insistir neste ponto, a propósito do qual é impossível existirem duas opiniões sérias: a desapropriação, para qualquer fim, é ato típico da Administração Pública, a quem cabe com exclusividade decidir sobre ela, aplicando seus próprios critérios e juízos de conveniência e oportunidade. E o que vale para a desapropriação vale também para o tombamento, ato administrativo que afeta substancialmente o direito de propriedade e implica tratamento desigual dos indivíduos perante os encargos públicos, gerando, pois, o dever do Estado de indenizar<sup>2</sup>. É claro que, exarado pela Administração Pública o ato expropriatório ou de tombamento, sua legalidade pode ser apreciada pelo Judiciário. Mas a este não compete, nunca, em nenhuma hipótese, inexistindo ato administrativo de desapropriação ou de tombamento, suprir a omissão para arrogar-se a prática de uma ou outra daquelas providências. Se, ao Poder Judiciário é vedado desapropriar e efetuar tombamento, não está ele auto-

<sup>1</sup> “And it seems to me that at this timewe need education in the obvious more than investigation in the obscure”. Selected Legal Papers, pp. 292-293, apud. Francisco Campos, *Direito Constitucional*, Rio, Freitas Bastos, 1956, v. II, p. 178.

<sup>2</sup> É pacífica sobre esse tema a jurisprudência do STJ. Vejam-se: RESP 401264/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 05.09.2002; RESP 3075351SP, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 12.03.2002; RESP 1221 14/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Paulo Gallotti, julgado em 06.09.2001; RESP 220983/SP, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, julgado em 15.08.2000.

rizado, do mesmo modo, a ordenar que os agentes administrativos desapropriem ou pratiquem ato de tombamento.

13. Assim, a condenação do Município de Porto Alegre, pretendida pelo Ministério Público, à obrigação de fazer, consistente em tombamento, desapropriação ou qualquer outra forma de acautelamento e preservação dentre as arroladas no § 1º do art. 216 da Constituição Federal, caracterizaria nítida invasão do Poder Judiciário em área da competência privativa do Poder Executivo com lesão manifesta do art. 2º da Constituição da República.

O tombamento é o único ato do Estado capaz de restringir o direito do proprietário a pleitear e obter licença de demolição e, conseqüentemente, licença para construir no local onde se situava o prédio tombado. Fixada esta premissa, cujo acerto parece ser indiscutível, a conseqüência necessária é a de que não pode, o juiz, em sentença, proibir o Poder Público de expedir licença para demolir imóvel que não foi objeto de tombamento, porquanto isso seria, na verdade, e para todos os efeitos práticos, realizar um tombamento por via judicial, com dispensa do ato administrativo próprio ou em substituição deste, o que hostiliza o art. 2º da Constituição Federal.

14. Até mesmo a declaração do valor cultural dos imóveis da rua Luciana de Abreu, que é o primeiro pedido feito na inicial, só tem sentido como pedido instrumental para a obtenção do outro, que é a anulação das licenças outorgadas à consulente, e, sobretudo, do pedido principal, o de constranger o Município de Porto Alegre a tomar ou desapropriar aqueles bens, pois só pela ablação do direito do proprietário sobre eles, ou de eliminação, também de cunho expropriatório, de faculdade inerente ao domínio, é que será juridicamente possível assegurar sua preservação e impedir sejam eles demolidos. Por outro lado, só depois de tombados os bens é que o proprietário e o Poder Público têm o dever jurídico de conservá-los e repará-los (Decreto-lei nº 25/37, arts. 17 e 19). Indício evidente, portanto, de que o Ministério Público intenta obter um “tombamento” judicial dos prédios é o pedido de condenação de Goldsstein S/A Administração e Incorporações na obrigação de fazer, “consistente a recuperação de suas fachadas originais. com sua preservação enquanto patrimônio cultural, com os deveres inerentes a essa condição...”. Trata-se de deveres e obrigações que a lei impõe ao proprietário de imóvel tombado (Decreto- Lei nº 25/37, art.17).

15. A ação civil pública, em boa hora instituída no direito brasileiro, é um importante canal formal para veiculação de direitos e pretensões de direito material, no campo dos interesses difusos e coletivos. Para que o instrumento formal seja adequadamente utilizado é, entretanto, indispensável que se verifiquem as condições da ação, dentre as quais tem realce especial a possibilidade jurídica do pedido ou, como já a definiu o STJ, “a admissibilidade da pretensão perante o ordenamento jurídico. ou seja, previsão ou ausência da vedação, no direito vigente do que se postula na causa”.<sup>3</sup> O ordenamento jurídico brasileiro não permite, evidentemente que o Judiciário

<sup>3</sup> RT, 652/183.

rio desapropriar ou efetuar tombamento, como já ficou visto. Sendo assim, a pretensão veiculada na ação civil pública endereçada a condenar o Município de Porto Alegre a desapropriar ou a efetuar o tombamento dos seis prédios situados na rua Luciana de Abreu, esbarra num obstáculo absolutamente intransponível, a impossibilidade jurídica do pedido.

16. Há situações em que tal impossibilidade vem revestida de uma evidência solar. E o que sucederia, por exemplo, com o pedido formulado pelo Ministério Público estadual, em ação civil pública, pleiteando a condenação do Poder Legislativo a editar lei sobre determinada matéria, dentro de certo prazo, sob pena de astreinte; ou que visasse a condenar o município em obrigação de fazer consistente na construção uma avenida perimetral; ou que tivesse por objeto compelir o Governador do Estado a nomear no cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça, para vaga reservada ao quinto constitucional, o primeiro nome constante da lista tríplice encaminhada ao Chefe do Executivo, ao argumento de que excederia aos demais no “notório saber jurídico” exigido na Constituição da República.

No elenco dessas situações que se explicam por si mesmas, e que poderiam até ser qualificadas como teratológicas, tal o absurdo do pedido quando visto à luz do direito material, está certamente a postulação exercitada na ação civil pública que estamos examinando, em que se requer seja o Município de Porto Alegre condenado à obrigação de fazer o tombamento dos seis prédios da rua Luciana de Abreu, bem como protegê-los pelas outras formas arroladas no § 1º do art. 216 da Constituição Federal, entre as quais está também a desapropriação.

17. Note-se bem, para evitar interpretações equivocadas: não estamos sustentando que seja impossível, mediante ação civil pública, obter a condenação do Poder Público em obrigação de fazer ou não fazer. Em várias situações isto é perfeitamente admissível. O que afirmamos é que, no caso específico que estamos analisando, o pedido formulado é juridicamente impossível, por importar estridente invasão do Judiciário na competência do Poder Executivo.

18. A jurisprudência brasileira tem filtrado, com firmeza e prudência, os abusos e exageros de autores de ações civis públicas que teimam em querer colocar os juízes na posição de administradores, instaurando entre nós, ao arrepio da Constituição e sem a legitimidade democrática que resulta das urnas, o que uma obra clássica chamou de “governo dos juízes”.

Do opulento acervo de decisões de nossos tribunais sobre essa matéria recortamos alguns exemplos:

\* Do Superior Tribunal de Justiça:

- “2. Em tese, pode a Administração Pública figurar no pólo passivo da ação civil pública e até ser condenada ao cumprimento da obrigação de fazer ou deixar de fazer .
- 3. O art. 3º da Lei nº 7.347/85, a ser aplicado contra a administração pública, há de

ser interpretado como vinculado aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública, especialmente, o que outorga ao Poder Executivo, ”o gozo de total liberdade e discricionariedade para eleger as obras prioritárias a serem realizadas, ditando a oportunidade e conveniência desta ou daquela obra, não sendo dado ao Poder Judiciário obrigá-lo a dar prioridade a determinada tarefa do Poder Público”<sup>4</sup>

- “1. O Ministério Público está legitimado para propor ação civil pública para proteger interesses coletivos.

2. Impossibilidade de o juiz substituir a Administração Pública determinando que obras de infra-estrutura sejam realizadas em conjunto habitacional. Do mesmo modo, que desfaça construções já realizadas para atender projetos de proteção ao parcelamento do solo urbano.

3. Ao Poder Executivo cabe a conveniência e a oportunidade de realizar atos físicos de administração (construção de conjuntos habitacionais etc.). O Judiciário não pode, sob o argumento de que está protegendo direitos coletivos, ordenar que tais realizações sejam consumadas.

4. As obrigações de fazer permitidas pela ação civil pública não têm força de quebrar a harmonia e independência dos Poderes.

5. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário está vinculado a perseguir a atuação do agente público em campo de obediência aos princípios da legalidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade, da finalidade e, em algumas situações, o controle do mérito.

6. As atividades de realização dos fatos concretos pela administração, depende de dotações orçamentárias prévias e do programa de prioridades estabelecidos pelo governante. Não cabe ao Poder Judiciário, portanto, determinar as obras que deve edificar, mesmo que seja para proteger o meio ambiente”<sup>5</sup>.

- “Constitucional e Administrativo. Constituição Dirigente e Programática. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ação Civil Pública para obrigar o governo goiano a construir um centro de recuperação e triagem. Impossibilidade Jurídica. Recurso Especial não conhecido.

I - O Ministério Público do Estado de Goiás, com base nas Constituições Federal e Estadual e no art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, ajuizou ação civil pública para compelir o Governo estadual a construir um Centro de Recuperação e Triagem, em face de prioridade genericamente estabelecida. O TJGO, em apelação, decretou a carência da ação por impossibilidade jurídica.

II - A Constituição Federal e em suas águas a Constituição do estado de Goiás são “dirigentes” e “programáticas”. Têm, no particular, preceitos impositivos para o Legislativo (elaborar leis infraconstitucionais de acordo com as “tarefas” e “programas”

4 AGA 138901/GO; agravo regimental no agravo de instrumento, 1997/0009323-9, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado.  
5 RESP 169876/SP, Recurso especial, 1998/0023955-3, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado.

## Pareceres

pré- estabelecidos) e para o Judiciário (“atualização constitucional”). Mas, no caso dos autos as normas invocadas não estabelecem, de modo concreto, a obrigação do Executivo de construir, no momento, o Centro. Assim, haveria uma intromissão indébita do Poder Judiciário para a execução da obra reclamada<sup>6</sup>.

- No mesmo sentido, AgRg. no RESP nº 261.144-0-SP, Segunda Turma, Rel. Min. Paulo Medina, Boletim do STJ, nº 14, set.2002, p.14 e AgRg. no RESP nº 263.173-0-GO, Segunda Turma, Rel. Min. Paulo Medina, julgado em 06.09.2001, Boletim do STJ, nº 14, p.13.

\* Do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

- “Agravado de Instrumento. Ministério Público. Ação Civil Pública. Obrigação de fazer imposta ao Poder Executivo pelo Poder Judiciário. Matéria exclusivamente administrativa, não tendo o Judiciário ingerência neste ponto. Obrigação de fazer, que importa em atos de administração, substituindo os critérios de oportunidade e conveniência do ato discricionário administrativo. Afronta ao princípio da separação dos poderes. Não compete ao Judiciário a fixação de prioridades no desenvolvimento de atividades afetas à administração. Inexistência de norma legal substantiva, que obrigue ou vede a prática de determinado ato à administração. Eventual responsabilização por perdas e danos, se da omissão resultar prejuízo. Precedentes jurisprudenciais. Posição doutrinária. Agravo provido.<sup>7</sup>

Ação Civil Pública. Obrigação de fazer. Inviável, por meio de Ação Civil Pública, a condenação do Estado a erguer muros e cercas protetoras nas escolas estaduais no Município, instalar sistema de alarme nos prédios e estabelecer vigilância noturna, em razão de assaltos ocorridos, porquanto estaria o judiciário a se imiscuir em âmbito de exclusiva alçada e deliberação do Poder Executivo, conforme seus próprios critérios de conveniência e oportunidade. Ação improcedente. Apelo improvido.<sup>8</sup>

- Orientam-se pelos mesmos rumos ainda os seguintes acórdãos:

ADin nº599463403, Tribunal Pleno, Rel. Des. Vasco Della Giustina, julgada em 22.11.99; Apelação Cível nº 70004823894, Quarta Câmara Cível, Rel. Des. Vasco Della Giustina, julgada em 25.09.2002; Agravo de Instrumento nº 70003351459, Segunda Câmara Cível, Rel. Des. Teresinha de Oliveira Silva, julgado em 24.04.2002; Agravo de Instrumento nº 70001940576, Sétima Câmara Cível, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, julgado em 14.03.2001; Reexame Necessário nº 598226330, Sétima Câmara Cível, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, julgado em 11.11.98; Apelação Cível nº 585012339, Primeira Câmara Cível, Rel. Des. Túlio Medina Martins, julgada em 25.06.85.

6 RESP nº 63.128-9/GO, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJ, 20.05.96.

7 Agravo de Instrumento nº 70004995767, Quarta Câmara Cível, Rel. Des. Vasco Della Giustina, julgado em 18.12.2002, com importantes remissões à doutrina e à jurisprudência.

8 Apelação Cível nº 596162172, Segunda Câmara Cível, Rel. Des. Henrique Osvaldo Poeta Roenick, julgado em 12.03.97.

- Relativamente à jurisprudência dominante no Estado de São Paulo, veja-se excelente artigo de Toshio Mukai<sup>9</sup>, com farta referência a arestos do Tribunal de Justiça paulista.

19. O entendimento que se tornou prevalecente, na jurisprudência brasileira, adotado nas decisões acima indicadas, está inspirado por duas significativas contribuições doutrinárias, respectivamente de Hely Lopes Meirelles e de Rogério Lauria Tucci, frequentemente citadas nos acórdãos colacionados.

É este o magistério de Hely Lopes Meirelles:

“A Lei nº 7.347/85 é unicamente adjetiva, de caráter processual, pelo que a ação e a condenação devem basear-se em disposição de alguma norma substantiva, de direito material, da União, do Estado ou do Município que tipifique a infração a ser reconhecida e punida pelo Judiciário, independentemente de qualquer outra sanção administrativa ou penal, em que incida o infrator”<sup>10</sup>.

Pode-se inferir dessa lição do renomado mestre paulista que a ação civil pública pressupõe a existência de preceitos de direito material dotados de uma certa densidade normativa, indispensável tanto para a imposição de sanções quanto - acrescentamos nós - para a condenação em obrigações de fazer ou não fazer.

Por sua vez, Rogério Lauria Tucci assim se manifesta a propósito da possibilidade jurídica do pedido, como condição da ação civil pública: “Destas - condições da ação -, prescinde de maior indagação, em nosso Direito Positivo, a referente à possibilidade jurídica do pedido, isto é, a adequação do pedido do autor à ordem jurídica a que pertence o Juiz, de sorte a poder este pronunciar a espécie de ato decisório de mérito solicitado, até porque a ação civil pública se encontra prevista na CF e em lei específica supra indicada. Entretanto, ainda que admissível, ‘in genere’, nada obsta à consideração do pedido formulado na petição inicial como juridicamente impossível sempre que, no caso concreto, se apresenta desconforme com as normas jurídicas vigentes ou que esteja expressamente vedado pelos ‘ius positum’.”<sup>11</sup>

20. Não há, entretanto, no *ius positum* brasileiro, de nível constitucional ou infraconstitucional, norma que autorize o juiz a desapropriar ou a efetuar tombamento. E se houvesse, no plano da legislação ordinária, seria inconstitucional. As normas que existem são proibitivas, as do art. 2º da Constituição Federal e a do art. 267, VI, do CPC. O juiz pode praticar outras espécies de ato administrativo, como ocorre, entre tantas outras hipóteses, com a promoção de magistrados realizada por ato do Presidente do Tribunal. Mas desapropriar, não pode; efetuar tombamento, também não pode. E não pode fazê-lo mesmo no exercício da função jurisdicional. Quer dizer, a sentença não pode estabelecer restrições à propriedade privada em tudo e por tudo

<sup>9</sup> O objeto da Ação Civil Pública quando se constituir em cumprimento de ação de fazer ou não fazer, não é autônomo, in RDA, 215/109-116.

<sup>10</sup> Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data, São Paulo, Malheiros, 1995, 16ª ed. Atualizada por Arnaldo Wald, p. 119-122.

<sup>11</sup> Ação Civil Pública e sua Abusiva Utilização pelo Ministério Público, Ajuris 56/35, Porto Alegre.

idênticas às que derivam do ato administrativo de tombamento. O que não é dado ao Judiciário fazer de modo direto, não lhe é igualmente concedido realizar por modo oblíquo, como se a sentença fosse ou pudesse ser um substitutivo, um Ersatz, do ato administrativo de tombamento.

21. Outras razões, igualmente importantes, militam em favor do entendimento acolhido como predominante na nossa doutrina e jurisprudência.

### O CONTROLE JURISDICIONAL DA DISCRICIONARIEDADE

22. A moderna doutrina do Direito Administrativo tem ampliado consideravelmente a revisão judicial dos atos administrativos de exercício de competência discricionária, fazendo-a penetrar em áreas onde antes não lhe era permitido entrar.

Contudo, no que diz respeito ao que a doutrina italiana denomina de “discricionariedade técnica”, ao que o direito dos países de expressão alemã identifica como atos de aplicação de “conceitos jurídicos indeterminados” e ao que os franceses continuam ainda a considerar como discricção administrativa, remanescem muitas áreas e atos insuscetíveis de controle pelos tribunais.

23. No princípio, excluídos os atos vinculados ou de competência ligada, todos os demais se situavam na órbita da discricção administrativa. Depois, foram sendo estabelecidas nuances conceituais que levaram à distinção, no direito italiano, entre “discricionariedade técnica” e “discricionariedade administrativa” e - primeiramente no direito austríaco e, após no direito alemão - entre atos administrativos de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados e atos administrativos de exercício de competência discricionária. Só os franceses mantiveram o conceito original de discricionariedade, embora alargando, mais recentemente, a possibilidade de exame judicial, em algumas hipóteses, dos atos administrativos de exercício de competência discricionária.

24. Atos administrativos de exercício de competência discricionária, como é sabido, é expressão que designa espécie peculiar de atos administrativos, a respeito dos quais a lei outorga ao agente público, incumbido de realizá-los, a faculdade de praticá-los ou não e, em os praticando, de escolher, pelo menos, entre duas alternativas. Na situação original, esses atos somente poderiam ser examinados pelo Poder Judiciário pelo seu aspecto formal, não cabendo, jamais, ingressar no que a doutrina italiana há muito chama de “méritos do ato administrativo”, locução e conceito que se tornaram correntes no direito brasileiro.

O mérito do ato administrativo engloba as razões de oportunidade e conveniência que levam o agente administrativo a exará-lo ou a deixar de fazê-lo e, em o praticando, a escolher entre as alternativas facultadas pela lei.

25. Ainda no final do século XIX, consolidou-se, no direito público austrí-

aco, a noção de conceitos jurídicos indeterminados<sup>12</sup>. A lei que criou na Áustria os tribunais administrativos referia que estavam excluídos da apreciação desses tribunais os atos discricionários da Administração Pública. Estabeleceu-se a partir daí a polêmica que durou quase um século, na Áustria e na Alemanha, a respeito da distinção entre atos administrativos discricionários (ou de exercício de competência discricionária) e atos de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados. O efeito prático dessa distinção reside em que o exame judicial dos atos discricionários é sempre restrito, limitando-se aos aspectos formais ou externos daqueles mesmos atos, enquanto o dos atos de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados é pleno.

26. Em 1955, trabalho famoso de Otto Bachof<sup>13</sup> levantou a questão de saber se, nos atos de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, não existiria um espaço ou “área de apreciação” (Beurteilungspielraum), que seria impenetrável aos juízes. A adoção dessa noção aproximaria, quanto ao controle jurisdicional, os atos de aplicação de conceito jurídicos indeterminados dos atos discricionários.

O Tribunal Administrativo Federal alemão, por algum tempo, aplicou a noção de “área de apreciação”, de Bachof ou a idéia da razoabilidade ou “sustentabilidade” (Vertretbarkeit) da decisão administrativa, propugnada por Ule, ou ainda a de “prerrogativa de avaliação” (Einschätzungsprärogative), de Hans Julius Wolff.

27. Todas essas teorias reconduzem-se a uma base comum: a autoridade administrativa, na aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, tem, também, uma possibilidade de escolha que assemelha, para efeitos de controle jurisdicional, estes atos aos de exercício de competência discricionária. Isto implica negar, já se percebe, o controle pleno do Poder Judiciário germânico sobre os atos administrativos de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados.

28. Posteriormente, porém, o Tribunal Administrativo Federal mudou de orientação para reconhecer, em princípio, o controle pleno dos atos de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, salvo algumas exceções, que são as seguintes: (a) correções de provas em estabelecimentos de ensino, como nos exames de conclusão da formação secundária (Abitur) ou de conclusão do ensino superior (Staatsexamen); (b) avaliação de funcionários públicos, como, p. ex., para efeito de promoção; (c) decisões de comissões independentes, compostas por técnicos ou membros da sociedade. 12 Sobre a história da distinção entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados, nos países de expressão alemã, veja-se Horst Emcke, “Ermessen“ und Unbestimmter Rechtsbegriff“ im Verwaltungsrecht. Tübingen. J. C.B. Mohr. 1960, pp. 7 e ss. Na concepção célebre de Hans Julius Wolff, conceitos jurídicos indeterminados são “conceitos-tipo”, que compreendem um grande número de situações, como, por exemplo, os conceitos de “falta grave”, “injúria grave”, “bom comportamento”, “urgência”, “casos relevantes”, “velocidade excessiva”, “moral da coletividade” etc. Opõem-se a “conceitos classificatórios”, enunciados na norma jurídica com elevado grau de precisão, como os que contêm uma expressão numérica, p.ex., 70 anos para a aposentadoria compulsória no serviço público, limite de velocidade de 80 km, prazo de contestação de 15 dias, mas não só: o conceito de reincidência, v. gr., é um conceito classificatório e não um conceito-tipo. Sobre a noção de conceito jurídico indeterminado, especificamente no Direito Administrativo, Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, München, C.H.Beck, 1999, p.132 e ss., Elementos de Direito Administrativo Alemão, Porto Alegre, Fabris, 2001, pp. 54 e ss; Fritz Ossenbühl, in Erichsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, Berlin, W. De Gruyter, 1995, p.194 e ss.; Hans J. Wolff, Otto Bachof e Rolf Stober, Verwaltungsrecht I, München, C.H.Beck. 1994, p. 359 e ss.

13 Juristische Zeitung, 1955, pp. 97 e ss.

dade, encarregadas de apreciar fatos, bens, obras, escritos ou situações sob aspectos técnicos, científicos, artísticos, ético-morais, pedagógicos ou outros, como na escolha de filmes para fins de subvenção, a classificação de escritos como nocivos à juventude, a declaração de qualidade de certos produtos agrícolas ou a classificação como “monumento” de um prédio, para efeito de sua inscrição no rol dos monumentos dignos de proteção etc.<sup>14</sup> (d) decisões sobre prognoses e valorações de risco, sobretudo no direito econômico e ambiental. Assim os define Hartmut Maurer: “Decisões de prognose são juízos de probabilidade que, de fatos atuais e princípios fundados na experiência geral, tiram conclusões para o futuro. Elas são, em geral, parte de uma decisão complexa e requerem conhecimentos específicos das conexões técnicas. Por causa da relação com o futuro e tecnicidade dessas decisões é reconhecido um espaço de apreciação.”<sup>15</sup>

29. No que diz com os exames e correções de provas, a insindicabilidade dos critérios adotados pela Administração Pública (ou, o que é a mesma coisa, o reconhecimento de um espaço ou área de apreciação reservado à autoridade administrativa) está estreitamente ligada ao tipo de prova e ao modo como foi aplicada. Ficou assente que, quando há necessidade de comparação com as demais provas realizadas - o que, acrescentamos nós, sempre ocorre nas provas dissertativas não é possível considerar isoladamente determinada prova, retirando-a do contexto em que foi prestada, pois a situação do exame em geral não é mais repetível<sup>16</sup>. A isso designou o Tribunal Constitucional Federal como “valorações específicas do exame” (prüfungsspezifischen Wertungen), geradoras de um espaço ou “área de apreciação”, na qual, já se disse, não se tolera a intervenção do Judiciário. Em contraposição, no que concerne aos “juízos científicos especializados” (fachwissenschaftlichen Beurteilungen), ou seja, quanto à correção ou incorreção das respostas dadas nas provas, o controle do Judiciário é pleno e total. Não há, aí, “área de apreciação”.<sup>17</sup>

30. A noção de “discricionariedade técnica”, tão prestigiada no direito italiano, tem conexões evidentes com a noção germânica de conceitos jurídicos indeterminados.

Conquanto haja divergência entre as posições da doutrina, por um lado, e da jurisprudência, por outro, na sua caracterização, pode-se afirmar que as questões

14 Escreve a propósito, Fritz Ossenbühl: “ Em muitos casos deve a Administração proferir juízos de valor de natureza artística, ético, moral ou pedagógica. Exemplificativamente, isto vale para a qualificação ou subvenção de filmes, para a classificação de escritos nocivos à juventude, ou a inclusão de um prédio na proteção de monumentos. Nessa decisões (“dignidade de monumento” de um prédio, “filme de valor”, “filme digno de fomento”, “aptidão de um escrito a causar prejuízo à juventude”) elementos subjetivos -valorativos desempenham um papel destacado” (os realces, em negrito, são nossos). No original: „In vielen Fällen muss die Verwaltung künstlerische, moralisch - ethische oder pädagogische Werturteile treffen. Dies gilt insbesondere für die Prädikatisierung oder Subventionierung von Filmen, für die Indizierung jugendgefährdender Schriften oder die Einbeziehung eines Gebäudes in den Denkmalschutz. Bei diesen Entscheidungen (“Denkmalwürdigkeit” eines Gebäudes, “Wertvoller Film”, “guter Unterhaltungsfilm”, “Eignung einer Schrift zur Jugendgefährdung”) spielen subjektiv - wertende Elemente eine erhebliche Rolle” (op. cit., p.197).

15 Elementos, cit., p.61.

16 Hartmut Maurer, Elementos, cit. p.51; Fritz Ossenbühl, op. cit., pp. 196-197.

17 Idem, ibidem.

sobre a discricionarietà técnica surgem quando a norma exige do intérprete ou aplicador juízos valorativos extraídos das ciências ou das artes, nos quais é deixada à Administração Pública uma certa margem de decisão. A “discrezionalità tecnica” distingue-se do “acertamento técnico” pelo nível de certeza que a ciência, ou as artes, podem oferecer, diante de determinados fatos. Assim, a identificação do teor alcoólico de uma bebida é um “acertamento técnico” e a qualificação de um acidente da natureza como dotado de beleza paisagística é um ato que envolve “discrezionalità tecnica”, comportando vários, modos de apreciação e, pois, conclusões distintas<sup>18</sup>.

Bem se compreende, à luz desses pressupostos, a afirmação de Rocco Galli de que a discricionarietà técnica exprime “um dos perfis do mérito administrativo”. É essa razão pela qual a discricionarietà técnica, diferentemente do “acertamento técnico”, não está sujeita ao controle do Judiciário<sup>19</sup>.

31. No direito francês e no direito brasileiro a discricionarietà é tratada de forma unitária. Não se costuma distinguir entre discricionarietà e conceitos jurídicos indeterminados<sup>20</sup>.

Na França, só muito recentemente é que os atos administrativos de exercício de competência discricionária, além da submissão ao controle jurisdicional comum sob aspectos externos, como a competência, a forma e o procedimento, ou mesmo internos, como o desvio de poder, o erro de direito e o erro na verificação material dos fatos - passaram a sujeitar-se à revisão dos tribunais administrativos também quando expressam “erro manifesto de apreciação” ou, ainda, especificamente em matéria de desapropriação, não haja proporcionalidade entre custos e benefícios, na ponderação feita pela autoridade administrativa.

No que toca ao primeiro tema, ao “erro manifesto de apreciação”, é oportuno transcrever as palavras de uma das mais ilustres administrativistas contemporâneas, Jacqueline Morand-Oeviller: “Nas áreas onde ela dispõe de um poder discricionário, à administração se reconhece “um poder para errar”, “a power to err”, como dizem os 18 Rocco Galli, Corso di Diritto Amministrativo. Padova, Cedam, 1994, pp. 377-378: “La distinzione tra accertamento tecnico e discrezionalità tecnica si fonda sul diverso grado di certezza che la scienza richiamata e in grado di offrire. Quando, infatti, l'accertamento di fatto è verificabile, sulla base delle attuali conoscenze, in modo indubbio (scienze e d. esatte) si paria di accertamento tecnico (es.: l'accertamento della gradazione alcolica di una bibita); laddove, invece, l'opinabilità della scienza di riferimento mette la P.A nella condizione di valutare fatti e circostanze suscettibili di vario apprezzamento. si ha discrezionalità tecnica (es.: valutazione di un bene come bellezza paesagistica)”.

19 5 Op. cit. pp. 378-379.

20 6 Quanto ao direito brasileiro, vejamos Diogo de Figueiredo Moreira Neto, no seu excelente ensaio sobre Legitimidade e Discricionarietà, Rio, Forense, 1991; Celso Antônio Bandeira de Mello, Discricionarietà e Controle Jurisdicional, São Paulo Malheiros, 1991, que reconduz a o conceito de discricionarietà tanto aquelas situações em que a norma haja descrito de modo impreciso a situação fática (o que caracterizaria os conceitos jurídicos indeterminados), quanto aquelas em que a norma tenha aberto ao agente público alternativas de conduta (discricionarietà propriamente dita), “seja (a) quanto a expedir ou não expedir o ato, seja (b) por caber-lhe apreciar a oportunidade adequada para tanto, seja (c) por lhe conferir liberdade quanto à forma jurídica que revestirá o ato, seja (d) por lhe haver sido atribuída competência para resolver sobre qual será a medida satisfatória perante as circunstâncias” (p.19). Também nessa linha, Maria Sylvania Zanella di Pietro, Discricionarietà Administrativa na Constituição de 1988, São Paulo, Atlas, 1991, ao entender como hipótese de discricionarietà a relacionada com a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados (p.46). Aceitando essa posição, mas não inteiramente, por último, Marcelo Harger, Discricionarietà e os Conceitos Jurídicos Indeterminados, RT56/33.

## Pareceres

administrativistas anglo-saxões. Mais exatamente, uma certa dose de imprecisão lhe é concedida. A oportunidade das escolhas é apreciada com tolerância e a margem de liberdade é tanto maior quanto forem numerosas as alternativas oferecidas.

Mas há um “limiar” que não pode ser ultrapassado. Se a decisão em causa pode prestar-se à discussão, ela não poderá desafiar o bom senso e a lógica a ponto de atingir o absurdo. O erro manifesto é grave, grosseiro e tão evidente que poderia ser identificado por qualquer leigo. Dispor de poder discricionário não autoriza a administração a fazer o que bem entende. O erro de apreciação é tolerado pelo juiz, o erro manifesto é censurado”<sup>21</sup>

No que concerne ao direito brasileiro, a jurisprudência, especialmente a dos nossos tribunais superiores, não somente é pautada por grande respeito ao mérito das decisões administrativas, como tem dessa noção, assim como a de discricionariedade, entendimento tradicional e, em certas matérias, até mesmo excessivamente conservador.

Assim, para ilustrar o que acabamos de afirmar, no que concerne à correção de provas de concurso público, está há muito tempo consolidada, tanto no Supremo Tribunal Federal, como no Superior Tribunal de Justiça, a orientação de que, por tratar-se de ato discricionário, não pode o juiz substituir pelos seus próprios critérios e valoração as valorações e critérios adotados pelas bancas examinadoras.

Em linha de princípio, o controle judicial, dos procedimentos de concurso público fica, pois, restrito a aspectos formais e ao exame da observância do princípio da igualdade, no que respeita ao tratamento dispensados aos candidatos<sup>22</sup>.

32. Posta em confronto essa posição com a que acabou se impondo no direito alemão, com a aplicação da noção de conceitos jurídicos indeterminados, logo se verifica que o campo de controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário é bem menor no Brasil. Ou seja, focando o problema pelo outro lado, a discricionariedade administrativa ou a área de livre apreciação de que gozam as autoridades públicas é consideravelmente maior em nosso país do que na Alemanha, onde, como visto, apenas não se permite o controle judicial das correções de provas em estabelecimentos públicos quando impliquem análise de todas as provas realizadas, ou seja irrepetível a

21 Cours de Droit Administratif, Paris, Monchrestien, 2001, p.264: “ Dans les domaines où elle dispose d’un pouvoir discrétionnaire, l’administration se voit reconnaître “a power to err”, comme disent les administrativistes anglo-saxons. Plus exactement, une certaine dose d’imprécision lui est concédée. L’opportunité des choix est appréciée avec tolérance et la marge de liberté est d’autant forte que les alternatives offertes sont nombreuses. Mais il y a un “seuil” à ne pas franchir. Si la décision retenue peut prêter à discussion, elle ne saurait défer le bon sens et la logique au point d’atteindre l’absurdité. L’erreur manifeste est grave, grossière et si évidente qu’elle pourrait être décelée par n’importe quel profane. Disposer d’un pouvoir discrétionnaire n’autorise pas l’administration à faire n’importe quoi. L’erreur d’appréciation est tolérée par le juge, l’erreur manifeste est censurée”.

22 Assim tem-se pronunciado o Supremo Tribunal Federal, como se pode ver do acórdão proferido pela Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, no recurso extraordinário nº 140.242, com remissões aos precedentes jurisprudenciais, do próprio STF e do antigo Tribunal Federal de Recursos (RDA 210/280). No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça: MS nº 288, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 25.06.90, p. 6.016; MS nº 3596, Rel. Min. Peçanha Martins, DJ de 19.12.94, p. 35.223. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, pela sua Terceira Câmara Cível, nas apelações cíveis de ns. 596049932 e 595038910, Rel. Des. Araken de Assis, adotou a mesma opinião.

situação em que o exame foi prestado. Nessas hipóteses reconhece-se a existência de um espaço ou “área de apreciação” no qual ao juiz não se autoriza penetrar.

### A OMISSÃO DE TOMBAMENTO E DE DESAPROPRIAÇÃO COMO DECISÃO DISCRICIONÁRIA.

33. Dessa resumida resenha que fizemos a respeito da extensão do controle jurisdicional sobre os atos administrativos de exercício de competência discricionária ou de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, no direito comparado, tomando como terminus comparationis, o direito dos países que mais contribuíram na formação e desenvolvimento do nosso Direito Administrativo, tiram-se algumas conclusões importantes para o caso que estamos examinando.

Primeira: Não há, em nenhum dos ordenamentos jurídicos cotejados, a possibilidade de substituir a decisão administrativa discricionária quanto à prática do ato, por provimento judicial. Já se viu que a margem de escolha que cabe ao administrador, nos atos discricionários, pode ser apenas entre praticar ou deixar de praticar o ato<sup>23</sup>. É esta a mínima discricionariedade capaz de se conceber.

Mas, de qualquer maneira, precisamente porque há aí poder discricionário, se o agente administrativo entender de não praticar o ato, não poderá ser compelido a fazê-lo pelo Poder Judiciário.

Na desapropriação, inequivocamente, tem a autoridade administrativa competente o poder de escolha entre efetuar-la ou deixar de efetuar-la. Igualmente, no tombamento, há essa discricionariedade.

Se a Administração Pública entendeu de não praticar o ato de desapropriação ou de tombamento, como lhe faculta a lei, pois, insista-se, tanto a desapropriação quanto o tombamento são discricionários sob este aspecto, tal omissão não pode ser suprida, de nenhum modo, pelo Judiciário.

É, pois, uma incongruência e uma contradição nos seus próprios termos pretender que haja uma “obrigação de fazer” em se tratando de tombamento ou de desapropriação. Isso implicaria transformar ato que, quanto ao momento da decisão, é discricionário - ou resulta da escolha de uma das duas alternativas que se põem ao agente administrativo (praticá-lo ou não praticá-lo), no espaço ou na “área de livre apreciação” que a lei lhe assinala - em ato vinculado ou de competência ligada. Segunda: Se o Poder Público, entretanto, exarou ato de desapropriação ou de tomba-

<sup>23</sup> A esses atos chama Ruy Cirne Lima de atos administrativos facultativos (Princípios de Direito Administrativo, São Paulo, RT, 1982, p. 91: “Denomina-se facultativos aqueles atos que, determinados em seus elementos constitutivos pela lei ou regulamento, lhe serão simplesmente a execução, se forem praticados, mas que só serão praticados, se assim resolver a autoridade administrativa. à qual é facultado livremente praticá-los ou deixar de praticá-los”. A doutrina alemã denomina tal discricionariedade de discricionariedade quanto à decisão (Entschliessungsermessel), enquanto a discricionariedade que concerne à eleição das providências ou medidas possíveis juridicamente é designada como discricionariedade quanto à escolha (Auswahlmessen), Sobre isso, Hartmut Maurer, Allgemeines, cit., p.124.

mento, é indubitoso que esse ato é suscetível de controle jurisdicional, sob o ponto de vista da legalidade e até mesmo, no direito francês, desde 1971, pelo exame da relação de proporcionalidade entre os custos da desapropriação e os benefícios que dela se irradiariam (*théorie du bilan*)<sup>24</sup>, ou por “erro manifesto de apreciação”. Se o bem, por exemplo, foi tombado, embora não tivesse valor estético, histórico ou cultural, o ato pode ser impugnado judicialmente e invalidado por sentença, bem diversamente do que sucede com a omissão de tombamento, a qual não pode ser suprida. Contudo, se a classificação do bem como digno de proteção e, o que efetivamente importa o próprio tombamento foram realizados mediante prévio estudo e exame, digamos, de todos os bens existentes na cidade ou em determinado bairro, sob o aspecto estético, histórico e cultural, afigurando-se como razoável o tombamento em virtude dos critérios adotados e da observância do princípio da igualdade na sua aplicação, não caberá ao Judiciário invalidá-lo, pois estaria substituindo as valorações da Administração Pública, conformes com o princípio da razoabilidade, pelas suas próprias valorações. Há, nessas circunstâncias, uma “área de apreciação” da Administração Pública, na qual, só em caso de “erro manifesto” competiria ao juiz interferir.

#### A DISCRICIONARIEDADE E A OMISSÃO DO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE EM EXARAR ATOS DE TOMBAMENTO OU DESAPROPRIAÇÃO

34. O Município de Porto Alegre não efetuou o tombamento dos imóveis referidos na ação civil pública. Também não os desapropriou. Exerceu o seu poder discricionário de escolher entre praticar ou não praticar aquelas medidas, optando pela segunda alternativa.

Entretanto, sem resolver essa questão fundamental - atinente ao “an”, ao “se”, da desapropriação e do tombamento como decisão de caráter discricionário, insuscetível de reexame pelo Judiciário - sustenta o Ministério Público que o Município teria a obrigação de fazer uma coisa ou outra. O tombamento e a desapropriação seriam, em síntese, atos administrativos vinculados mesmo no momento da decisão entre praticá-los ou deixar de praticá-los.

Pelo gosto de argumentar concedamos que seja assim, quando menos para verificar a profundidade do abismo a que nos leva a lógica do erro.

35. O tombamento, já foi visto<sup>25</sup>, do mesmo modo que a desapropriação, gera repercussões financeiras. Cabe ao Poder Público, em ambas as hipóteses, indenizar o proprietário. É dever, assim, do administrador público, antes de realizar qualquer desses atos, ponderar se os recursos disponíveis que fossem reclamados para o tombamento ou para a desapropriação não seriam mais bem aplicados se fossem canalizados

24 Sobre esse avanço do direito francês, em matéria de desapropriação, veja-se René Chapus, *Droit Administratif Général*, Paris, Montchrestien, 1993, vo. I, pp. 857 e ss.

25 Cf. nota n° 2 supra.

para as áreas da saúde pública, da educação, do saneamento básico das vilas populares, ou na colaboração com programas do governo federal, como o da “Fome Zero”. Só à Administração Pública compete fazer essa ponderação ou esse “balanceamento”, pois, se assim não fosse, se coubesse também ao Judiciário obrigar a Administração Pública a tomar ou desapropriar tais ou quais bens, o poderia acontecer que o Executivo ficasse sem meios materiais de realizar as outras tarefas que lhe incumbem, perdendo, assim, a prerrogativa que lhe é geralmente reconhecida, de definir as prioridades na realização das políticas públicas.

36. Não seria certamente difícil conseguir assinaturas de populares apoiando campanha no sentido de que todos os prédios dos quarteirões “chics” dos Moinhos de Ventos, freqüentados pela elite portoalegrense, onde proliferam restaurantes, barzinhos, cafês, lojas e lugares da moda - o nosso Saint Germain des Prés ou a nossa região dos “jardins”, como chegam alguns a dizer - fossem tombados, para que se preservasse e fixasse para sempre a fisionomia que tem atualmente o bairro. com o seu ambiente, o seu glamour, o seu charme, as árvores que lá existem, as casas da antiga burguesia metropolitana, algumas em grave estilo arquitetônico alemão.

Suponhamos que, impressionado pelo número de assinaturas e a importância que tomara o movimento, o Ministério Público propusesse ação civil pública, em tudo semelhante à que propôs, sempre imbuído das melhores intenções e movido pelos mais altos ideais.

Suponhamos, ainda, - o que já seria difícil de imaginar, mas suponhamos que a ação fosse julgada procedente e a decisão transitasse em julgado. O Município de Porto Alegre teria de tomar todos os prédios e de pagar indenizações vultuosíssimas aos proprietários, pois o prestígio alcançado pelo bairro elevara consideravelmente o valor dos imóveis nele situados.

O pagamento dessas pesadas indenizações não estava nos planos do Município, que não pensara, também, em efetuar, naquele momento e naquelas circunstâncias, com tantos outros problemas que lhe pareciam mais urgentes, os tombamentos a que fora obrigado.

37. O exemplo imaginado serve para mostrar que a decisão sobre proceder, ou não, à desapropriação e ao tombamento, é - e só pode ser - exclusiva da Administração pública. Só a ela compete o juízo sobre a oportunidade e a conveniência da prática daqueles atos, ou, na linguagem técnico-jurídica, sobre o seu mérito, dentro do quadro genérico das políticas públicas que o Executivo tem de implementar.

#### A QUESTÃO DAS FICHAS DA EPAHC

38. O exemplo serve, também, para mostrar que o ótimo é muitas vezes inimigo do bom, como apregoa a sabedoria de velho adágio.

Agindo de forma realista, o Município de Porto Alegre, no ano de 1993, pela sua Equipe do Patrimônio Histórico e Cultural - EPAHC, procedeu ao levantamento, em bem elaboradas fichas, dos prédios existentes no bairro dos Moinhos de Vento, registrando, a respeito de cada um deles, as características que poderiam ser valorizadas para fins de preservação. Alguns desses prédios mereceram a observação que possuíam interesse sócio-cultural, como é o caso, por exemplo, dos situados na rua Luciana de Abreu, nº184, esquina com Barão de Santo Ângelo, e o de nº196; bem como os da rua Dinarte Ribeiro nº107, nº121 e nº131/141 (fls.102-104; 84-85 e 86-87 dos autos do inquérito civil). Quanto a outros, não há observação sobre a necessidade de preservação, por razões sócio-culturais, o que faz crer que suas características, devidamente anotadas, seriam posteriormente apreciadas para esse efeito. E referentemente a outros, finalmente, como ocorreu com as seis casas da rua Luciana de Abreu, em torno das quais se controverte, nas fichas respectivas lançou-se a observação peremptória: “sem justificativa”(fls. 100, 105, 106, 108, 109, 110 dos autos do inquérito civil).

39. Essas fichas, com os seus registros e observações, não materializam atos administrativos, pela simples e fácil razão de que não produzem qualquer efeito jurídico. São, na verdade, atos internos da administração (mas não atos-administrativos, no sentido técnico!), preparatórios à formulação de juízos decisórios sobre a prática de atos administrativos como o de tombamento ou de desapropriação. Estes, sim, são atos administrativos, só pois irradiam efeitos jurídicos imediatos, atingindo os direitos subjetivos dos proprietários dos imóveis a que dizem respeito. Contra ato de desapropriação ou de tombamento é possível impetrar mandado de segurança, mas não contra as observações, consignadas numa ficha, de que determinado prédio é “de interesse sócio-cultural”. Tais fichas talvez pudessem servir meramente como indício de que estaria sendo preparado ato iminente, de tombamento ou de desapropriação, a justificar a impetração de mandado de segurança preventivo. Mas só. Em si mesmo elas não têm, assim como o ato que as produziu, aptidão para causar qualquer lesão a direito subjetivo. Não sendo os atos de elaboração de fichas atos administrativos, pois deles não emana, como se disse, qualquer eficácia externa, não necessitam ser motivados.

40. De qualquer maneira, comprovam que o Município de Porto Alegre preocupou-se em dar início a estudo global sobre os imóveis do bairro Moinhos de Vento, marcando nas fichas quais o que a EPAHC considerava como dignos de serem preservados e quais os que não tinha justificativas suficientes para a preservação. Será, talvez, trabalho incompleto, mas por ele se comprova, também, que os critérios para a seleção eram rigorosos, pois são relativamente poucos os imóveis tidos como merecedores de preservação. Com isso reduzia-se o volume das indenizações a serem pagas. As pontuações assinaladas nas diferentes fichas, indicando o maior ou menor valor de preservação, denunciam com segurança que, após, examinado cada um dos prédios do bairro, isoladamente, realizou-se análise comparativa entre eles, daí resultando a

conclusão a respeito dos que deveriam ser escolhidos para figurarem em futuro inventário ou serem objeto de futuros atos de tombamento, e os que não apresentavam justificativas suficientes para isso. A seis casas da rua Luciana de Abreu estavam neste último grupo.

#### A IMPRESTABILIDADE DOS PARECERES DO IPAHE E DA COMISSÃO INSTITUÍDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

41. Mesmo que se admitisse pudesse o Poder Judiciário obrigar a Administração Pública a desapropriar ou tomar bens de particulares e substituir os critérios e valorações dos agentes administrativos competentes por seus próprios critérios e valorações - o que nunca foi o nosso pensamento, pois contrariaria a *communis opinio* da doutrina e da jurisprudência, nacionais e estrangeiras - mesmo assim esses critérios nunca poderiam ser os propostos no parecer do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico do Estado ou no parecer encomendado à Comissão apositamente constituída pelo Ministério Público.

42. O motivo que torna aqueles dois pronunciamentos imprestáveis para servir de fundamento ao inusitado tombamento judicial que se intenta obter, reside na circunstância de que eles se limitam a analisar, apenas, os seis prédios da rua Luciana de Abreu licenciados para demolição, não efetuando a indispensável análise comparativa com todos as demais casas e prédios do Bairro Moinhos de Vento, de maneira a identificar quais os que mereceriam ser tombados e os que não justificariam essa providência.

O vício, o defeito grave da avaliação procedida por ambos os pareceres, e que os inutiliza completamente, é o mesmo que existiria na revisão judicial da correção de uma prova de redação, exigida em concurso público, na qual a prova fosse tomada isoladamente, descontextualizada do conjunto onde estava inserida. A quem assim analisasse a prova poderia parecer que o grau 4 (de reprovação), atribuído pela banca examinadora, era equivocado. A prova mereceria grau 7 ou, na pior das hipóteses, grau 5, que era o grau mínimo de aprovação.

Ora, quem já corrigiu prova dissertativa sabe que os graus são dados em termos relativos. Em geral, após a leitura de todas as provas, escolhe-se a que merece 10, o grau máximo, e a partir daí vão sendo escalonadas as demais provas.

Bem por isso é que os tribunais alemães, nesse caso, reconhecem à autoridade administrativa, como já referimos, um espaço ou área de apreciação (*Beurteilungsspielraum*) de que goza a Administração Pública, impenetrável pelo Judiciário, pois o juiz não poderia revisar a correção de todas as demais provas, para manter o respeito ao princípio da igualdade. Além disso, nesse tipo de avaliação, quer da qualidade de um texto como da qualidade de uma construção, a margem de subjetivismo é conside-

rável, não cabendo ao juiz substituir os critérios da Administração Pública.

43. Não havendo os dois pareceres identificado as demais casas do bairro Moinhos de Vento que mereceriam ser preservadas pelo tombamento ou pela desapropriação, fica-se também sem saber, mesmo numa estimativa grosseiramente aproximativa, quanto teria o Município de Porto Alegre de gastar com as indenizações respectivas. É este o primeiro termo da equação custo/benefício, a qual a Administração Pública há de necessariamente ponderar, ao cogitar de praticar aqueles atos administrativos.

44. Uma vez que o Poder Judiciário determinasse o tombamento das seis casas em questão, tal ato estabeleceria um padrão a ser seguido pelo Município de Porto Alegre, devendo tomar, também, para que não fosse rompida a coerência, outros imóveis que estivessem mais ou menos na mesma situação e que, nos estudos iniciais procedidos pela EPAHC, em 1993, tinham sido igualmente considerados como “sem justificativa para preservação”. Só assim se observaria o princípio maior da igualdade, construindo-se um inventário de imóveis mercedores de preservação, indicados para tombamento, fundado em bases jurídicas sólidas. Ou então, tomar todas as casas do bairro, com sacrifício de imensa parcela de recursos públicos.

Aliás, da leitura dos dois pareceres fica a impressão que boa parte da argumentação desenvolvida em favor da preservação das seis casas objeto da consulta poderia ser estendida para quase todas as casas do bairro, ou até mesmo para todas elas, só não sendo essa a conclusão daquelas peças porque isso não foi pedido aos seus autores.

45. Porque tudo isso não é tão simples e nem tão fácil quanto pensa o Ministério Público é que até hoje não foi editada a lei municipal a respeito do inventário dos bens urbanos dignos de preservação.

É também por isso que, em todo o mundo, não se admite que nos atos administrativos de desapropriação e tombamento o juiz substitua os critérios de oportunidade e conveniência do agente administrativo pelos seus juízos pessoais. O contrário estabeleceria o caos na Administração Pública.

#### AINDA A QUESTÃO DA MOTIVAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

46. Reitera-se que a os atos de elaboração de fichas, realizados pela EPAHC em 1993 não são atos administrativos, pois deles não se irradiam efeitos jurídicos. Atos administrativos são espécies de atos jurídicos, vocacionados, por definição, à produção de efeitos jurídicos.

Nem todos os atos da administração são atos administrativos, muito embora bons autores por vezes se confundam neste ponto. Há quem sustente, por exemplo,

que pareceres e informações são atos administrativos. Não são. São atos da administração, mas não são atos administrativos. Contra o parecer que recomenda a aplicação de pena de demissão a determinado servidor não caberá mandado de segurança. Esta via processual será, porém adequada, quando interposta a ação mandamental contra o Chefe do Executivo que exarou o ato de demissão e adotou como fundamento o parecer. O ato de demissão é ato administrativo, não o parecer.

As fichas elaboradas, em 1993, pela EPAHC não são atos administrativos, repetimos. São atos internos da administração municipal, desprovidos de eficácia externa, e, por isso mesmo, sem qualquer possibilidade de serem atacados por mandado de segurança. Não sendo atos administrativos, dispensam motivação.

O mestre português José Carlos Vieira de Andrade, no belo livro que escreveu a propósito do dever de Fundamentação Expressa de Actos Administrativos<sup>26</sup>, coloca a questão nos seus devidos termos, com estas lúcidas considerações<sup>26</sup>:

“Na realidade, o “acto administrativo” resume as características próprias do sistema, quando é visto como uma estatuição de autoridade, editada no uso de poderes jurídico-administrativos, destinada à produção de efeitos jurídicos externos no caso concreto, e sujeita por essência, a fiscalização contenciosa, imediata ou mediata (ROGÉRIO SOARES). É exclusivamente a esta forma de actuação administrativa que se reporta o dever de fundamentação, que, portanto, não se aplica aos negócios; acordos ou contratos, privados ou públicos, celebrados pela Administração, nem aos actos internos ou, em geral aos actos instrumentais, tal como não vale para os actos regulamentares, nem para as operações materiais - as formas que a doutrina identifica em contraposição à do acto administrativo em sentido estrito -, por não serem actos que definam autoritariamente ou directamente situações jurídicas exteriores à Administração, por não constituírem decisões concretas, ou por valerem juridicamente apenas como fatos”.

47. De resto, nem todos os atos administrativos devem ser motivados. Se assim fosse, a atividade administrativa ficaria entredada, tornando lenta e ineficiente a máquina posta a seu serviço, ocupada em aduzir razões e mais razões na fundamentação dos atos corriqueiros que a Administração Pública pratica todos os dias e em grande número.

Não é por outra causa que apenas os atos restritivos dos direitos dos indivíduos, os que interferem na sua liberdade ou no seu patrimônio, não prescindem de motivação.

É da mesma obra do autor português que acabamos de citar o seguinte trecho, que fere precisamente o ponto em análise:

“A fundamentação é imposta, desde logo, apenas a certos actos administrativos, em particular, aos que possam afectar desfavoravelmente os direitos e interesses

<sup>26</sup> Coimbra, Almedina, 1991, pp. 18 e ss.

## Pareceres

jurídicos dos privados”.<sup>27</sup>

No Brasil a Lei de Processo Administrativo da União Federal - Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 -, no seu art. 50, discrimina quais os atos administrativos que devem ser motivados, começando a relação precisamente com os que “neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses” (inciso I) ou “imponham ou agravem deveres encargos ou sanções” (inciso 11).

Também aqui, portanto, à semelhança do que se passa no direito português, italiano<sup>28</sup>, francês<sup>29</sup> e alemão<sup>30</sup>, a exigência de motivação é imposta principalmente aos atos administrativos discricionários que afetem direitos e interesses dos particulares, notadamente os que se relacionam com a liberdade e a propriedade.

48. Reforça-se, assim, a conclusão já estabelecida de que as omissões da Administração Pública, - aquilo que tinha a faculdade de fazer. mas não fez -, não necessitam de motivação. A Administração Pública não tem de motivar o fato de não haver tombado certo prédio. O que ela tem de motivar e fundamentar bem é o tombamento que efetuou, pois esse ato é profundamente restritivo do direito de propriedade do dono do imóvel.

Analogamente, não cabe à Administração Pública explicar, com bem deduzi das razões, porque não desapropriou as seis casas da rua Luciana de Abreu, pois a opção por não desapropriar contém-se, igualmente, no âmbito do poder discricionário que a lei lhe confere.

Só esta seria razão bastante e suficiente. Mas, além dela, há ainda a de que registros internos de órgãos técnicos do Município consignavam que inexistia justificativa para a preservação daquelas casas.

<sup>27</sup> p. 17.

<sup>28</sup> Veja-se, Rocco Galli, op. cit., p.385: “...il Consiglio di Stato affermò l’imprescindibilità della motivazione, specie con riferimento a quegli atti che, in quanto sfavorevoli al privato, richiedevano, ai fini del la impugnativa, una piena conoscenza della ragioni del la scelta discrezionale posta a fundamento (atti di rifiuto o di revoca di atti ampliativi, atti ablatori, atti di scelta comparativa, ecc.)”

<sup>29</sup> Lei de 1979 tornou obrigatória a motivação dos atos administrativos, relativamente a duas categorias de decisões individuais, como esclarece René Chapus: “A primeira é a das decisões individuais desfavoráveis às pessoas (precisa a jurisprudência) a que elas “concernem diretamente”, quais sejam aquelas que “restringam o exercício das liberdades públicas ou, de maneira geral, constituam uma medida de polícia; apliquem uma sanção; subordinem a outorga de uma autorização a condições restritivas ou imponham sujeições; retirem ou ab-roguem uma decisão constitutiva de direito; oponham prescrição ou decadência; recusem vantagem cuja atribuição constitua um direito para as pessoas que preencham as condições legais para obtê-la” (op.cit., p.907). Ou, no original: “La première est celle des décisions individuelles défavorables, aux personnes (précise la jurisprudence) qu’elles “concernent directement” (...) comme étant celles qui: “- restreignent l’exercice des libertés publiques ou, de manière générale, constituent une mesure de police; - infligent une sanction; -subordonnent l’octroi d’une autorisation à des conditions restrictives ou imposent des sujétions; - retirent ou abrogent une décision créatrice de droit; -opposent une prescription, une forclusion ou une déchéance; -refusent un avantage dont l’attribution constitue un droit pour les personnes qui remplissent les conditions légales pour l’obtenir”.

<sup>30</sup> Anotam Hans J. Wolff, Otto Bachof e Rolf Stober: “Atos administrativos restritivos devem ser motivados para que, o destinatário possa ajuizar se e com qual fundamentação um remédio jurídico teria possibilidade de êxito. A exigência de motivação funda-se em considerações relacionadas com o Estado de Direito (BVerfGE 6,44; BVerwGE 38, 191) e com os direitos fundamentais. O dever de motivar serve, ao mesmo tempo, ao controle da administração (Kopp, VwVfG, § 39 Rdnr.2)”. No original: “Belastende Verwaltungsakte sind idR zu begründen, damit der Betroffene beurteilen kann, ob und mit welcher Begründung die Einlegung eines Rechtsmittels Aussicht auf Erfolg hat. Der Begründungszwang beruht auf rechtsstaatlichen (BVerfGE 6,44; BVerwGE 38, 191) und auf grundrechtlichen Erwägungen. Gleichzeitig dient die Begründungspflicht der Kontrolle der Verwaltung (Kopp, VwVfG, § 39 Rdnr.2).”

As licenças para demolir e construir, como atendem postulação do proprietário do imóvel, não sendo, portanto, atos contrários aos seus interesses, não necessitam de motivação.

O que deve ser fundamentado é o ato administrativo que nega o pedido de licença para demolir ou para construir.

No caso da consulta, tais licenças foram expedi das em plena conformidade com a legislação vigente, pois sobre os imóveis de propriedade de Goldsztein S/A Administração e Incorporações não incidia qualquer restrição ou limitação administrativa resultante de ato de tombamento. Militavam, portanto, em favor da empresa, os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima, que integram, junto com o da legalidade, o princípio maior do Estado de Direito (CF, art. 1º)<sup>31</sup>. Nessa situação, caso fossem negadas à empresa requerente as licenças, tanto para demolir como para construir poderia ela impetrar mandado de segurança para restabelecimento do seu direito, na esteira de pacífica jurisprudência existente sobre a matéria<sup>32</sup>.

## CONCLUSÃO

49. Passo a responder as indagações que me foram feitas:

Quesitos (a) e (b) - É inaceitável, no sistema jurídico brasileiro, que o Poder Judiciário condene a Administração Pública a efetuar tombamento ou a promover desapropriação. Tais atos jurídicos são privativos e exclusivos da autoridade pública no exercício da função administrativa. Só esta tem o poder discricionário de decidir sobre a prática, ou não, daqueles atos. Trata-se de decisão, já se vê, relacionada com o mérito do ato administrativo, isto é, com as razões de conveniência e oportunidade, integradas por elementos que Poder Judiciário não tem condições de avaliá-los adequadamente.

Desapropriação e tombamento, porque geram dever de indenizar do Estado, têm reflexos imediatos sobre as despesas públicas. A condenação da Administração Pública a efetuar tombamento ou promover desapropriação implicaria, a todas as luzes, em indébita interferência do Judiciário, não apenas no manejo dos recursos públicos, como, sobretudo, na definição das prioridades do Estado na realização de suas políticas.

31 J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 2.00, p.256 e ss.: “...des. de cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito (...). A segurança e a protecção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida nas. suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos” (p. 256). Sobre a expansão que leve modernamente o princípio da confiança legítima, veja-se, por todos, Sylvia Calmes, *Du Principe de Protéction de la Confiance Légitime em Droits Allemand, Communautaire et Français.*, Paris, Dalloz, 2001.

32 Vejam-se, à guisa de exemplos, as seguintes decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: Apelação Cível nº 583.023.668, Quarta Câmara Cível, Rel. Des. Oscar Gomes Nunes; Apelação Cível nº 3992, Segunda Câmara Cível, Rel. Des. Werter R. Faria; Reexame necessário nº 70004446449, Primeira Câmara Cível, Rel. Des. Roque Joaquim Volkweiss.

Tira-se daí a consequência inafastável que a sentença que condenasse o Município de Porto Alegre à “obrigação de fazer” consistente em tombamento ou desapropriação, além de cometer erro jurídico crasso - pela transformação em atos vinculados de atos administrativos universalmente reconhecidos como discricionários quanto a decisão entre praticá-los ou não -, hostilizaria frontalmente o art. 2º da Constituição Federal, que afirma o princípio da separação dos poderes.

Quesito (c) - A ação civil pública proposta pelo Ministério Público contra a empresa consulente e o Município de Porto Alegre deve ser extinta, como determina o art. 267, VI, do CPC, pela falta de uma das condições da ação, a possibilidade jurídica do pedido.

A ação não tem qualquer amparo no direito material, cujas regras não autorizam possa o juiz transformar-se em administrador ou governante, decidindo sobre atos, medidas ou providências que, mais do que típicas, são privativas e exclusivas do Poder Executivo ou de autoridade legalmente investida no desempenho da função administrativa e com competência específica para a prática de algum daqueles atos, como sucede com o Poder Legislativo, no tocante à desapropriação (Decreto Lei nº 3365/41, art. 8º).

Aliás, abundante jurisprudência dos nossos tribunais tem coibido abusos na utilização de ações civis públicas em que os autores pleiteiam intromissões do Judiciário em competências e atribuições reservadas à Administração Pública, com olímpico descaso pelo princípio da separação dos poderes do Estado.

O destino dessas ações têm sido, invariavelmente, o mesmo: sua extinção, na forma do art. 267, VI do CPC.

Quesito (d) - Tombamento e desapropriação são atos que Ruy Cirne Lima denominava de facultativos, atos administrativos em que a Administração Pública goza do que se poderia chamar de discricionariedade mínima: o poder de escolha entre praticá-los ou deixar de fazê-lo.

Tal decisão envolve o mérito do ato administrativo, o juízo sobre a oportunidade e a conveniência de praticá-lo. Essas razões implicam conhecimentos de dados e realidades de que o juiz não dispõe: o volume dos recursos públicos, as necessidades urgentes da população em outras áreas, como as da saúde, da educação, saneamento básico, habitação popular etc.

Pelo exame global dessas questões complexas é que o Governo e a Administração formulam as políticas públicas, estabelecendo os critérios de prioridade na sua implementação. Muito freqüentemente esses critérios são de natureza técnica, situando-se no território que a doutrina italiana denomina de “discricionariedade técnica” no qual, como se infere da própria designação, não se tolera que o Judiciário se intrometa.

É claro, portanto, que não é dado ao juiz substituir os critérios técnicos da

Administração Pública pelos seus próprios critérios ou as razões de conveniência e oportunidade, sopesadas pelo agente administrativo, pelas suas próprias razões.

Quesito (e) - Dos inúmeros atos, de diferentes espécies, que a Administração Pública pratica, apenas a classe peculiar dos atos administrativos está sujeita ao princípio da motivação ou da fundamentação. E, assim mesmo, no universo dos atos administrativos, há que se distinguir entre os restritivos e os ampliativos. Tão-somente os atos administrativos restritivos, aqueles que têm repercussões ou reflexos negativos sobre a liberdade e a propriedade dos indivíduos, é que estão submetidos ao princípio da motivação.

Existe, neste particular, orientação uniforme no direito comparado, sendo comum o entendimento vigorante nos direitos francês, italiano, português, alemão e brasileiro, para ficar apenas em alguns exemplos importantes.

Atos internos da Administração Pública, como as fichas elaboradas pela EPAHC, em trabalho preparatório para a deliberação sobre futuros atos de inclusão em inventário e de efetivação de tombamento, por não produzirem efeitos externos e não terem nenhuma influência direta sobre o patrimônio das pessoas, não se qualificam como atos administrativos. Àqueles atos internos não se aplica, evidentemente, o princípio da motivação. O tombamento, do mesmo modo como a recusa da licença para demolir ou construir, por serem todos eles atos administrativos restritivos, submetem-se à exigência da motivação ou da fundamentação.

No que diz com a omissão da Administração Pública em desapropriar ou tomar determinado bem, já ficou exaustivamente demonstrado que se trata de conduta resultante de decisão de caráter discricionário, ou que se situa em espaço ou área de livre apreciação da autoridade administrativa.

Além disso, o princípio da motivação só tem sentido em se tratando de atos administrativos, que são comportamentos ou atuações comissivas do Poder Público, do qual não seria razoável exigir que fundamentasse os seus silêncios, sua inação, suas omissões: o nada, em suma.

50. Não vejo, portanto, em síntese final, nenhuma ilegalidade no fato de o Município de Porto Alegre não haver tombado ou desapropriado as seis casas da rua Luciana de Abreu. A decisão administrativa, nesse sentido, não ofende o princípio da razoabilidade, nem expressa erro manifesto de apreciação no exercício da competência discricionária, uma vez que baseada em critérios técnicos e em razões globais de oportunidade e conveniência, arrumadas em relação de custo/benefício, insuscetíveis de exame pelo Poder Judiciário. Àqueles critérios e razões não foram, de resto, minimamente abalados pelos dois pareceres apresentados pelo Ministério Público, como penso ter ficado evidenciado.

Por igual, as licenças expedidas pelo Município de Porto Alegre, em favor da consulente, de demolir e de construir, são, a meu juízo, perfeitamente válidas,

Pareceres

---

não incorrendo em qualquer vício de ilegalidade. Considerando que aqueles bens não estavam tombados, não poderia o Município de Porto Alegre negar-se a conceder as licenças, pois nada na legislação municipal se opunha a elas. Se assim procedesse, muito provavelmente a proprietária dos imóveis obteria ganho de causa em mandado de segurança que impetrasse contra o ato administrativo de recusa das licenças. na linha de reiterados pronunciamentos dos nossos tribunais.

É o meu parecer.

Porto Alegre, 7 de março de 2003.

Almiro do Couto e Silva,

Professor do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFRGS





