

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO**

**O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO
TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**

CARLOS MAURÍCIO LOCIKS DE ARAÚJO – 01/69641

**BRASÍLIA
dezembro de 2005**

CARLOS MAURÍCIO LOCIKS DE ARAÚJO

**O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO
TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**

Monografia apresentada como pré-requisito
para conclusão do Curso de Graduação de
Bacharel em Direito, da Faculdade de Direito
da Universidade de Brasília – UnB.

Orientador: MSc. José Jardim Rocha Júnior.
Faculdade de Direito – UnB.

BRASÍLIA
dezembro de 2005

Para Nadjar, Luiz Felipe e Rafael Luiz.
Com especial amor.

RESUMO

O princípio da proporcionalidade, da proibição do excesso ou da razoabilidade vem ganhando importância nas últimas décadas, tanto no Brasil quanto na Europa ocidental. Historicamente, sua aplicação volta-se à proteção dos direitos fundamentais e interesses individuais contra a ação abusiva do Estado, basicamente, no tocante à produção de leis e de atos administrativos. Todavia, no âmbito do Tribunal de Contas da União, o princípio da proporcionalidade tem sido aplicado, em algumas ocasiões, de forma peculiar, qual seja: em defesa do interesse público e com a relativização do princípio da legalidade. Essa leitura do princípio em estudo encontra amparo em nosso ordenamento jurídico e em lições doutrinárias. A Corte de Contas da Itália também adota leitura similar desse princípio, aplicando-o com enfoque no interesse público. Por outro lado, a aplicação do princípio da proporcionalidade como instrumento de relativização da legalidade estrita em prol do interesse público coaduna-se com as tendências atuais da Administração Pública, pautada em um enfoque mais gerencial – voltado à eficiência e aos resultados – e menos burocrático.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1. OS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE	12
2. PROPORCIONALIDADE E PROTEÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO.....	18
3. DELIMITAÇÃO CONCEITUAL DE INTERESSE PÚBLICO.....	20
4. PROPORCIONALIDADE X LEGALIDADE.....	22
5. CRITÉRIOS E LIMITES À APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE	26
6. A NATUREZA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	28
7. JURISPRUDÊNCIA DO TCU E PROPORCIONALIDADE	32
8. UM JULGADO DA CORTE DE CONTAS DA ITÁLIA.....	44
CONCLUSÕES	47
BIBLIOGRAFIA	53
ANEXO	56

INTRODUÇÃO

Segundo Paulo Bonavides “A proporcionalidade é conceito em plena e espetacular evolução” (BONAVIDES, 2003, p. 402). Com efeito, o princípio da proporcionalidade – ou da razoabilidade, ou, ainda, da proibição do excesso (BARROS, 2000) – vem ganhando espaço crescente nas últimas décadas, não apenas no Brasil, como na Europa continental. A Convenção Europeia e a Corte Europeia dos Direitos do Homem elevaram a proporcionalidade à categoria de princípio geral de direito (BONAVIDES, 2003). No Brasil, a positivação constitucional do “devido processo legal” (art. 5º, inciso LIV) e a recente inserção desse princípio na Lei n.º. 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo – art. 2º, parágrafo único¹) realçam a sua importância em nosso ordenamento jurídico.

Nesse compasso, o Supremo Tribunal Federal tem utilizado o crivo da proporcionalidade em alguns de seus julgados, sendo emblemática a apreciação da Adin n. 855-2/PR, em 1993², em que esse princípio foi cabalmente aplicado.

Também alinhado com essa tendência, o Tribunal de Contas da União –TCU – vem adotando, em algumas ocasiões, esse critério de aferição da justeza de atos administrativos, para considerá-los válidos ou não.

Ocorre que a atuação do TCU, embasada nas atribuições dispostas no art. 71 da Constituição Federal e no art. 1º da Lei n. 8.443/92, não visa à proteção de interesses subjetivos dos particulares contra atos da administração. Seu enfoque é o exame da regularidade dos atos administrativos, em prol do interesse público. Trata-se de posição já firmada na jurisprudência da Corte de Contas Federal, conforme Acórdãos do Plenário n.ºs.

¹ O art. 2º, parágrafo único, da Lei n.º 9.784/99 impõe à Administração a adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.

² Na ocasião, o STF declarou inconstitucionais dispositivos da Lei Estadual n. 10.248, de 14.01.93, do Paraná, que obrigavam a colocação de balanças para pesagem de botijões de gás em caminhões de entrega e em postos de venda, concluindo que os benefícios desejados com a norma – proteção ao consumidor – eram muito inferiores aos custos que a implementação da lei imporia.

313/2004 (Ata 09/04 – Sessão de 24/03/2004 – DOU de 07/04/2004), 1.689/2004 (Ata 40/04 – Sessão de 27/10/2004 – DOU de 12/11/2004), 384/2003 (Ata 13/03 – Sessão de 16/04/2003 – DOU de 28/03/2003), e Decisão Plenária nº 1.624/2002 (Ata 45/02 – Sessão de 27/11/2002 – DOU de 09/12/2002).

Com efeito, o exame de eventual afronta a direitos e garantias fundamentais em virtude de ato administrativo desarrazoado ou desproporcional é da alçada do Poder Judiciário³, cabendo ao TCU apreciar o impacto da ação administrativa quanto ao alcance do interesse público, ou, mais precisamente, das finalidades institucionais do órgão/entidade fiscalizado, nos termos dos arts. 70, *caput*, e 71, da Constituição, que vinculam o controle externo à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação de subvenções e renúncia de receitas.

Assim sendo, a aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Tribunal de Contas da União possui enfoque diferente da acepção – que denominamos neste estudo de “clássica” – de proteção de direitos de particulares contra excessos da administração, pois busca preservar o interesse público.

Sob esse prisma, surge uma importante questão que se enfrenta no presente estudo: o confronto entre os princípios da legalidade – que rege a administração pública – e o princípio da proporcionalidade, principalmente quando se ponderam as diversas modificações por que vem passando a gestão governamental brasileira nos últimos anos.

Segundo os cânones do Direito Administrativo, a atuação do administrador público deve pautar-se pelo princípio da legalidade, entre outros. A própria Constituição Federal, em seu art. 37, *caput*, elege a legalidade como uma das balizas que orientam a administração

³ Por exemplo, pela via do mandado de segurança.

pública. Em apertada síntese, esse princípio reza que o agente público, ao contrário do particular, somente pode fazer o que está autorizado na lei. Portanto, não prevalece, na administração estatal, o princípio civilista da autonomia da vontade (DI PIETRO, 2002).

Ocorre que o gestor público, não raro, se depara com situações em que a aplicação quase mecânica da lei impõe um dano ao interesse público maior que o benefício dela esperado.

Esse quadro se agrava diante da multiplicação de normas administrativas e da crescente complexidade de atribuições conferidas aos órgãos e entidades públicas. O Plano Diretor da Reforma do Aparelho de Estado, implementado pelo Governo Federal a partir de 1995, ensejou diversas modificações na administração pública federal e novas atribuições, impondo um enfoque mais gerencial e menos burocrático à gestão pública (PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 1995). Ademais, desde a Emenda Constitucional n.º. 19/98, a administração pública passou a ser regida também pelo princípio da eficiência.

Apenas para ilustrar esse novo e complexo panorama da gestão pública, citam-se algumas inovações da administração federal surgidas a partir da década de 1990: agências reguladoras, organizações sociais, contratos de gestão, licitação na modalidade pregão, termos de parceria etc.

Nesse contexto, surgem diversas possibilidades de aplicação do princípio da proporcionalidade na avaliação da gestão pública.

Primeiramente, tem-se a hipótese de um administrador público aplicar sua discricionariedade fora dos limites da proporcionalidade, o que conduz à invalidade do ato. Até aqui, pode-se dizer que não há colisão de princípios, pois o ato torna-se ilegal porque desarrazoado. É a situação comunmente enfocada pela doutrina do Direito Administrativo.

Entretanto, há situações em que um ato administrativo vinculado, apesar de

formalmente legal, implica afronta ao princípio da razoabilidade. Isso ocorre quando o ato impõe prejuízos ao interesse público desproporcionais em relação ao bem jurídico que se busca preservar com a lei que o vincula.

Não raro, os gestores públicos se defrontam com a insegurança jurídica diante do dilema entre a atuação burocrática – que se pretende superar – e a administração gerencial, hoje em relevo. A primeira opção, cômoda e mecanicista – pois vincula o ato administrativo à simples aplicação da lei –, choca-se, muitas vezes, com a necessidade gerencial de atender, com eficiência, ao interesse público. Por outro lado, o administrador, ao recusar, em casos excepcionais, a aplicação de determinada norma legal em prol do interesse público, teme o risco de ser apenado pela Corte de Contas, por infringir o princípio da legalidade.

Um breve levantamento da jurisprudência do Tribunal de Contas da União sobre o tema indica acórdãos e decisões que sinalizam uma relativização do princípio da legalidade na atuação dos gestores estatais, em face da supremacia do princípio da proporcionalidade em favor do interesse público.

São essas premissas que justificam os principais questionamentos a serem enfrentados nesta monografia, que se concentra na análise sobre como o TCU vem aplicando esse princípio em seus julgados, a partir de 1992.

Vale dizer que a opção pela análise dos julgados do TCU decorre do fato de se tratar do órgão principal de controle externo da administração pública federal, constituindo sua jurisprudência em paradigma para a atuação dos administradores públicos.

O corte temporal – acórdãos e decisões proferidos a partir de 1992 – decorre de uma limitação do sistema de pesquisa eletrônica de jurisprudência do Tribunal de Contas da União, o que não prejudica a confiabilidade do levantamento, pois a invocação do princípio em comento desponta na jurisprudência do TCU após aquela data. Com efeito, a decisão mais antiga da amostra analisada data de 1999.

A fixação dos marcos teóricos é estruturada em seções específicas. Na primeira seção, conceituam-se os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Na seção posterior, são traçadas algumas bases doutrinárias que suportam a aplicação do princípio da proporcionalidade na proteção do interesse público. A Seção 3 delimita o conceito de interesse público. A quarta seção enfoca a relativização do princípio da legalidade, em face do critério de proporcionalidade. Posteriormente, na Seção 5, disserta-se sobre critérios e limites à aplicação do princípio da razoabilidade, seguindo-se uma breve dissertação sobre a força normativa e o caráter instrumental do princípio em estudo.

Os referenciais teóricos dão suporte ao estudo jurisprudencial, feito na Seção 7, seguido da análise de um julgado da Corte de Contas da Itália, que encerra posição similar à adotada pelo TCU em casos análogos.

Perseguem-se seis objetivos específicos principais.

Primeiramente, busca-se aferir a utilização do princípio da proporcionalidade, no âmbito do TCU, para a preservação do interesse público.

Analisa-se, também, se o princípio da proporcionalidade pode ser invocado como supedâneo à ação do administrador, quando em choque com determinada norma legal, ou, sob outro ângulo, se determinada lei que rege a ação do administrador público pode, excepcionalmente, deixar de incidir sobre um caso concreto para evitar um resultado desproporcional ou irrazoável, contrário ao interesse público.

Em decorrência dessa abordagem, examina-se em que medida o princípio da legalidade é relativizado pelo princípio da proporcionalidade.

Verifica-se, ainda, se há precedentes no direito estrangeiro que arrimam o enfoque dado pelo TCU ao princípio da proporcionalidade no julgamento dos atos administrativos.

Outro objetivo é fixar, com apoio na jurisprudência do Tribunal de Contas da União,

quais as hipóteses lógicas em que a ação do gestor público pode ser analisada sob o crivo da proporcionalidade, por exemplo: 1) não fazer o que exorbita os limites do poder discricionário – em prejuízo ao interesse público –, ainda que o ato esteja formalmente amparado em lei (hipótese clássica); 2) fazer o que determinada lei proíbe; 3) fazer o que não possui expresso amparo legal 4) não fazer o que determinada lei obriga.

Por fim, discutem-se critérios ou limites para a aplicação da proporcionalidade ou da razoabilidade na atuação dos gestores públicos.

Em suma, a pesquisa em destaque busca encontrar uma fundamentação, com base em doutrina e na jurisprudência do TCU, para estender-se o princípio da proporcionalidade a um outro campo de aplicação – pouco explorado –, que é a possibilidade de o administrador público agir, excepcionalmente, ao revés do princípio da legalidade, quando for necessário resguardar o interesse público, sob o critério da proporcionalidade ou da razoabilidade.

Como objetivo secundário, são fornecidos subsídios para estudos mais aprofundados, principalmente no que tange à necessidade de conciliar os princípios da legalidade, da proporcionalidade e da eficiência na administração pública.

Quanto à metodologia, o presente estudo baseia-se em informações doutrinárias, por meio de levantamento bibliográfico, na seleção de jurisprudência do TCU, disponível em sistema informatizado, e, a título de comparação, na busca de julgados similares de tribunais de contas de outros países.

1. OS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE

Em sua acepção clássica e tradicional, o princípio da proporcionalidade aninha-se, há muito, no Direito Administrativo. Entretanto, desde as últimas décadas do século XX, o Direito Constitucional tem-no absorvido, atribuindo-lhe crescente importância na apreciação de leis, normas ou atos administrativos que encerrem, eventualmente, abuso do poder legislativo ou administrativo contra direitos constitucionalmente protegidos ou em desacordo com o interesse público.

A relevância desse enfoque interpretativo é ainda maior, se ponderado seu amplo espectro de aplicação. Citam-se, nesse passo, várias hipóteses que admitem o juízo de proporcionalidade: o exame *in abstracto* da constitucionalidade de normas emanadas do legislador ou de autoridade administrativa; a incidência de determinada norma em casos concretos peculiares; a conveniência da anulação de certos atos administrativos, à luz do interesse público; o juízo de reprovabilidade de conduta de gestores públicos; entre outras possibilidades.

Para melhor compreensão acerca da aplicação e alcance do princípio da proporcionalidade, deve-se aludir aos seus três elementos básicos ou subprincípios, consolidados pela doutrina, que, assinale-se, possui matrizes germânicas.

A **pertinência ou aptidão** (*Geeignetheit*), segundo Ulrich Zimmerli (citado por BONAVIDES, 2003, p. 396), deve pronunciar se determinada medida representa “o meio certo para levar a cabo um fim baseado no interesse público”. Tal é a manifestação da adequação, da conformidade ou da validade do fim. Muitos autores, a exemplo de Gilmar Mendes e de Paulo Bonavides, aludem a esse princípio como sendo o de **adequação** (MENDES, 2001; BONAVIDES, 2003).

J. J. Gomes Canotilho também chama esse subprincípio da adequação como princípio da **conformidade**, assinalando que “a medida adoptada para a realização do interesse público deve ser *apropriada* à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes” (CANOTILHO, 1998, p. 262). Reflete um controle da relação de adequação medida-fim.

A **necessidade** (*Erforderlichkeit*), segundo elemento, elucida que a medida não há de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja, mostrando que uma medida, para ser admissível, deve ser necessária. Xavier Philippe (citado por BONAVIDES, 2003, p. 397) mostra que, pela necessidade, não se questiona a escolha operada, mas o meio empregado, devendo este ser dosado para chegar ao fim pretendido. Philippe (citado por BONAVIDES, 2003, p. 397) sintetiza esse princípio com a máxima: “de dois males, faz-se mister escolher o menor”.

Canotilho utiliza, também, a denominação de princípio da **exigibilidade** ou da **menor ingerência possível**, em referência à necessidade, sintetizando-o na máxima: “o cidadão tem direito à menor desvantagem possível” (CANOTILHO, 1998, p. 262). Sua interpretação deve ponderar o aspecto material – limitação mínima de direitos –, espacial – menor âmbito possível –, temporal – duração mínima – e pessoal – a limitação do direito deve alcançar o menor número de pessoas – (CANOTILHO, 1998, p. 262).

Finalmente, como terceiro subprincípio, tem-se a **proporcionalidade *stricto sensu***. Esta assinala que a escolha recai sobre o meio ou os meios que, no caso específico, levarem mais em conta o conjunto de interesses em jogo, defrontando-se o aplicador de tal princípio, simultaneamente, com uma obrigação e uma interdição. Esta se refere ao uso de meios desproporcionados, e aquela à necessidade do uso de meios adequados. A inconstitucionalidade, com efeito, ocorre quando a medida instrumental é excessiva, injustificável, não cabendo na fôrma da proporcionalidade.

Trata-se, para Canotilho, de um subprincípio a ser aplicado apenas se superado o crivo dos dois anteriores (adequação e exigibilidade). Na proporcionalidade *stricto sensu*, indaga-se se o resultado esperado com a medida avaliada é proporcional à carga coativa que ela impõe. “Meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim” (CANOTILHO, 1998, p. 263). É, para o professor de Coimbra, um princípio de “justa medida” (ibidem).

Conforme se demonstra a seguir, a despeito de existirem certas diferenças conceituais, **o princípio da proporcionalidade guarda uma relação de complementaridade com o princípio da razoabilidade**, visando a coibir o excesso ou o abuso do poder do Estado, quando disfarçado pela legalidade meramente formal. Disso resulta que, na maioria dos casos, chega a ser indiferente invocar um ou outro. Com efeito, é freqüente a associação sinonímica entre proporcionalidade e razoabilidade. Nesse sentido, há vários julgados do Supremo Tribunal Federal, em que os termos “proporcionalidade” e “razoabilidade” se confundem (MENDES, 2001; BARROSO, 2005).

Vale esclarecer, contudo, que o princípio da razoabilidade tem raízes anglo-saxônicas, sendo constitucionalizado originalmente nos Estados Unidos. De origem processual (*due process of law*), evoluiu para o direito material, sendo incorporado à doutrina brasileira (BARROS, 2000; BARROSO, 2005). Já o princípio da proporcionalidade liga-se mais fortemente, como visto, à doutrina alemã. Todavia, o que se vê em geral, nos casos concretos, é a confluência de ambos.

O **princípio da razoabilidade** está bem delineado no magistério de Celso Antonio Bandeira de Mello, segundo o qual a razoabilidade do ato administrativo discricionário reside na obediência de **critérios racionalmente aceitáveis segundo o senso comum**, ou seja, conforme a **razão do chamado homem médio**. Esse critério busca **invalidar condutas**

"desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência" e **sensatez**, bem como disposição de acatar as finalidades da lei que ampara o ato praticado (MELLO, 1999, p. 66). Em suma, a lei que atribui poder discricionário a um administrador público repudia os atos desarrazoados.

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a **razoabilidade** pressupõe uma associação entre o senso de oportunidade e conveniência, de um lado, e a finalidade, de outro. Esse autor assinala que "a razoabilidade, agindo como limite à discricção na avaliação dos motivos, exige que sejam eles adequáveis, compatíveis e proporcionais, de modo a que o ato atenda a sua finalidade pública específica [...]" (MOREIRA NETO, citado por DI PIETRO, 2002, p. 81).

No plano do **Direito Administrativo**, ambos os princípios coexistem, segundo Bandeira de Mello (MELLO, 1999).

Conforme leciona o citado administrativista, o princípio da proporcionalidade reza que "ninguém deve estar obrigado a suportar restrições em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis à satisfação do interesse público" (MELLO, 1999, p. 68). Assim sendo, a legitimidade e a validade do ato administrativo encontram limites numa **proporção razoável** entre a sua extensão e intensidade, de um lado, e a finalidade pública a que se destina, de outro.

Assim sendo, a proporcionalidade é, para esse autor, uma faceta da razoabilidade. Com efeito, o ato que impõe ao administrado um ônus exorbitante em relação aos benefícios dele esperado, ou seja, que é desproporcional, não pode ser considerado razoável. A medida considerada desproporcional é também irrazoável por ser ilógica, incongruente, inadequada ao fim almejado na norma que, em tese, lhe dá amparo.

Em ambos os casos, seja por ser desproporcional, seja pela sua irrazoabilidade, o ato administrativo pode ser anulado (MELLO, 1999).

Esse enfoque dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade relativamente aos atos administrativos é também compartilhado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (DI PIETRO, 2002).

Importante registrar, ainda, a positivação infraconstitucional desses princípios, na seara do Direito Administrativo, mediante a Lei nº 9.784, de 29/01/99. Esse diploma, que regula o processo administrativo no âmbito federal, contempla expressamente tanto a proporcionalidade quanto a razoabilidade, em seu artigo 2º (DI PIETRO, 2002). Vale transcrever, no que interessa, o citado artigo:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, **razoabilidade, proporcionalidade**, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...)

VI - **adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;**

(...)

XIII - **interpretação da norma** administrativa da forma que **melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige**, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

Vê-se, de forma patente, a positivação dos fundamentos básicos dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade em nossa administração federal, inclusive no que tange à interpretação das normas.

Para além do Direito Administrativo, o princípio da proporcionalidade avança na esfera constitucional, conforme já mencionado.

O princípio da proporcionalidade apresenta-se como um princípio geral de Direito Constitucional, ao lado do princípio do Estado de Direito, que o aloja e legitima. Neste ponto, vale dizer que o Estado de Direito aqui referido não é aquele assentado exclusivamente no princípio da legalidade, no direito positivo, mas aquele centrado nos direitos fundamentais, que alvorece principalmente após a Segunda Guerra Mundial. Segundo

Bonavides, o primeiro se encontra em declínio, dando espaço à ascensão deste último. Ainda conforme o citado autor, a consolidação da proporcionalidade como princípio constitucional iniciou-se na doutrina e jurisprudência alemã e suíça (BONAVIDES, 2003).

Na Constituição do Brasil, a proporcionalidade não figura expressamente em seu texto, mas é acolhido de forma difusa. Segundo Bonavides, esse princípio se afirma esparsamente em algumas passagens da Lei Maior, a exemplo dos incisos V, X e XXV do art. 5º; incisos IV, V e XXI do art. 7º; parágrafo 3º do art. 36; *caput* do art. 170; *caput* e §§ 3º, 4º e 5º do art. 173; §1º do art. 174, inciso IV do art. 175 etc (BONAVIDES, 2003). A reforçar o amparo constitucional da proporcionalidade, cita-se, ainda, o parágrafo 2º do art. 5º da Carta Política, que abrange as partes não-escritas dos direitos e garantias constitucionais⁴.

Em certa medida, os direitos e garantias fundamentais são axiomas da natureza do regime, essenciais à construção do Estado Democrático de Direito e à unidade da Constituição. Depreende-se, desses preceitos, que a função principal do princípio da proporcionalidade – no âmbito constitucional – é proteger o cidadão contra os excessos do Estado e assegurar a defesa dos direitos e liberdades constitucionais. Como será demonstrado mais adiante, esse campo de aplicação, no Direito Administrativo, alberga também a proteção do interesse público.

Relativamente ao princípio da razoabilidade, também nossa Carta Magna não o abriga de forma expressa. Porém, pode-se admiti-lo contemplado no art. 5º, inciso LIV⁵, que alude ao **devido processo legal**. Em sua concepção histórica, a razoabilidade assenta-se nesse cânone do Estado de Direito, compreendendo-se que o *due process of law*, como já se disse, não se restringe à obediência ao procedimento legal, ampliando-se para um princípio de

⁴ “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (art. 5º, §2º, Constituição Federal do Brasil)

⁵ “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º., inciso LIV, CF/88).

cunho material – *substantive due process of law* –, que visa a afastar decisões, atos e normas irrazoáveis (BARROS, 2000).

Essa acepção tem sido acolhida pacificamente no Supremo Tribunal Federal. O Ministro Moreira Alves, ao proferir seu voto no julgamento das ADIns 966-4 e 958-3⁶, assim se referiu ao teor do inciso LIV do art. 5º da Lei Maior:

Processo legal, aqui, evidentemente, não é o processo da lei, senão a Constituição não precisaria dizer aquilo que é o óbvio, tendo em vista, inclusive o inciso II do art. 5º que diz: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Esse princípio constitucional que tem sua origem histórica nos Estados Unidos, lá é interpretado no sentido de abarcar os casos em que há falta de razoabilidade de uma norma.

O Ministro Celso de Mello, no julgamento de medida cautelar na ADIn 1.158-8⁷, também acolhe, com solidez, essa intelecção.

Em que pese a prevalência do conceito de **proporcionalidade** no presente estudo, o termo **razoabilidade** é igualmente utilizado, quando se mostrar mais adequado no contexto da discussão. Isso se explica em face da comentada **relação de complementaridade** entre ambos. Veja-se que, em ambos os casos, busca-se evitar que a aplicação de uma norma ou a emissão de um ato administrativo que resultem em prejuízos desproporcionais em relação ao bem almejado, o que é, por si só, desarrazoado.

2. PROPORCIONALIDADE E PROTEÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO

Não obstante os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade estarem centrados, em sua origem, na proteção de direitos e garantias individuais, sua aplicação tem sido considerada igualmente válida na **preservação do interesse público**.

⁶ Julgamento: 11/05/1994 – in DJ de 25/08/1995.

⁷ Julgamento: 09/12/1994 – in DJ de 26/05/1995.

Segundo Canotilho, o campo de aplicação mais importante desse princípio é, realmente, a proteção aos direitos, liberdades e garantias por atos do poder público (CANOTILHO, 1998). No entanto, prossegue o autor: “o domínio lógico de aplicação do princípio da proporcionalidade **estende-se aos conflitos de bens jurídicos de qualquer espécie** [grifamos]” (CANOTILHO, 1998, p. 264). Esse autor sustenta, ainda, que esse princípio se aplica “a todas as espécies de actos dos poderes públicos” (ibidem).

Na seara do Direito Administrativo, inteligência similar é sustentada pelo magistério de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, apoiado em outros administrativistas, como Augustin Gordillo, Lúcia Valle Figueiredo e Diogo de Figueiredo Moreira Neto (DI PIETRO, 2002).

Diogo de Figueiredo, citado por Di Pietro, afirma que “o que se pretende [com o princípio da razoabilidade] é considerar se determinada decisão, atribuída ao Poder Público, de integrar discricionariamente uma norma, contribuirá efetivamente para um satisfatório **atendimento dos interesses públicos** [grifamos]” (MOREIRA NETO citado por DI PIETRO, 2002, p.81).

Lúcia Valle, também referida por Di Pietro, entende que o critério da razoabilidade visa à “melhor maneira de **concretizar a utilidade pública** [ou interesse público] postulada pela norma [grifamos]” (FIGUEIREDO citado por DI PIETRO, 2002, p. 81).

Di Pietro consigna a necessidade de “proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e **os fins que ela tem que alcançar** [grifamos]” (DI PIETRO, 2002, p. 81).

Essas lições justificam a aplicação dos critérios de proporcionalidade e de razoabilidade na proteção do interesse público, indo além dos interesses individuais.

3. DELIMITAÇÃO CONCEITUAL DE INTERESSE PÚBLICO

Em decorrência do exposto na seção anterior, o desenvolvimento do presente estudo requer a delimitação conceitual do que seja interesse público, como elemento essencial da administração pública.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que o conceito está inserto no art. 2º, *caput* e inciso II, da Lei n. 9.784/99, *verbis*: “**atendimento a fins de interesse geral**, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei” (DI PIETRO, 2002, p. 70).

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o interesse público é o **interesse do conjunto social**, não do Governo, traduzindo a dimensão pública dos interesses individuais (MELLO, 1999).

Hely Lopes Meirelles registrava que o interesse público é a **finalidade básica da administração**, materializado “nas aspirações ou vantagens lícitamente almejadas por toda a comunidade administrada, ou por uma parte expressiva de seus membros.” (MEIRELLES, 1996, p. 81).

Carlos Ari Sundfeld assinala que a doutrina não oferece dados jurídicos para diferenciar interesse público de interesse privado (SUNDFELD, 2002, p. 142). Portanto, o autor adota um critério formalista, segundo o qual é o regime jurídico o critério mais razoável para estabelecer uma distinção entre interesse público e privado (*ibidem*). Ou seja, a identificação do interesse público deve ser buscada na lei (em sentido amplo).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro também consigna as dificuldade em estabelecer a definição de interesse público. Nesse sentido, vale transcrever o seguinte trecho de Carl J. Friederich – citado pela referida autora –, em referência a uma compilação de artigos sobre o tema, por ele realizada:

Os pontos de vista expressados nos diversos ensaios variam enormemente em perspectiva e metodologia, flutuando desde uma convicção justificada de que o interesse público é uma preocupação central da filosofia política e legal, até o seu repúdio categórico como mera fachada dos interesses especiais e da posição de seus adeptos na batalha política... Não se pode discernir neles (ensaios) nenhuma tendência claramente filosófica, legal ou científico-política, ainda que alguns se inclinem mais em uma direção e alguns se inclinem em outra. Não se chega a um acordo a respeito do alcance da aplicação desse conceito. (FRIEDRICH citado por DI PIETRO, 2001, p.219)

Em vista desse caráter genérico e aberto do conceito em destaque, é necessário delimitá-lo para os fins da análise jurisprudencial que se faz mais adiante.

Destarte, no presente estudo, o conceito de **interesse público** é identificado também com as **finalidades institucionais dos órgãos/entidades** enfocados pelos julgamentos do TCU que serão analisados. Vale dizer que DI PIETRO (2002, p. 68) assinala que o **interesse público** – ou **finalidade pública** – é **definido na elaboração da lei e no momento de sua execução** em concreto pela administração pública. Logo, as atribuições institucionais de um órgão ou entidade traduzem o interesse público no caso específico, pois são fixadas em leis e decretos e devem ser obedecidas pelos correspondentes gestores.

Além disso, não se pode esquecer os preceitos constitucionais que traduzem, igualmente, o interesse público, com destaque para os princípios insculpidos nos artigos 37 e 70 da Carta Magna, a saber: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, legitimidade e economicidade.

Como corolário do princípio da supremacia do interesse público – e da própria legalidade – tem-se o **princípio da impessoalidade ou da finalidade**, que impõe ao gestor público a obrigação de praticar o ato apenas em seu fim legal, abstraindo-se de seu tino pessoal. Implica, ainda, a vedação do uso do cargo público para a promoção pessoal de seu ocupante ou para beneficiar terceiros. Com efeito, Meirelles já ensinava que “Desde que o princípio da finalidade exige que o ato seja praticado sempre com finalidade pública, o administrador fica impedido de buscar outro objetivo ou de praticá-lo no interesse próprio ou de terceiros” (MEIRELLES, 1996, p. 85). Ainda segundo esse autor, não é proibido que um

ato administrativo beneficie um particular (p. ex.: ato negocial), o que o princípio da finalidade **veda é o ato administrativo que não atende ao interesse público ou à conveniência administrativa**, visando tão-somente a interesses privados (MEIRELLES, 1996, p. 86).

Interessa frisar que é esse enfoque – o princípio da proporcionalidade voltado à proteção do interesse público – que tem repontado na jurisprudência do Tribunal de Contas da União, seja para considerar ilegal um determinado ato, seja, em sentido contrário, para acolhê-lo como regular, ou, ainda, para considerar a conduta de determinado gestor público isenta de culpa, diante de um procedimento formalmente irregular.

4. PROPORCIONALIDADE X LEGALIDADE

Uma importante questão que se enfrenta no presente trabalho é o confronto entre os **princípios da legalidade** – que rege a administração pública – e **o princípio da proporcionalidade**, principalmente quando se ponderam as diversas modificações por que vem passando a gestão governamental brasileira nos últimos anos.

Segundo os cânones do Direito Administrativo, a atuação do administrador público deve pautar-se pelo princípio da legalidade, entre outros. A própria Constituição Federal, em seu art. 37, *caput*, elege a legalidade como uma das balizas que orientam a administração pública.

O **princípio da legalidade** pode ser sintetizado na identificação entre a vontade da administração pública e a vontade da lei. É dizer: “a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite” (DI PIETRO, 2002, p. 67). Esse princípio contrapõe-se ao princípio da supremacia da vontade, típico do Direito Civil.

Hely Lopes Meirelles afirmava que o administrador público, em respeito ao princípio da legalidade, está sujeito aos **ditames da lei e às exigências do bem comum**, não podendo

deles se afastar, sob pena de invalidade do ato e de responsabilização civil e administrativa (MEIRELLES, 1996, p. 82). Na administração não há liberdade nem vontade pessoais.

Todavia, conforme se infere do próprio conceito de legalidade posto por Meirelles, a obediência à lei não deve contrariar as exigências do bem comum. Essa constatação dá margem a que se mitigue, sob certas circunstâncias, o rigor da legalidade em sentido estrito. Nesse sentido, a doutrina admite que o princípio da legalidade não tem caráter absoluto, cedendo lugar à supremacia do interesse público e da segurança jurídica.

Canotilho registra que “o princípio da prevalência ou preferência da lei sofreu um processo de *erosão* e de *relativização*” (CANOTILHO, 1998, p. 632). Referido autor também afirma que o princípio da legalidade tem sido substituído pelo princípio da constitucionalidade, quando a administração age diretamente sob o amparo da Lei Maior.

Em 1987, Almiro do Couto e Silva já sustentava a necessidade de relativizar o princípio da legalidade, quando em choque com a segurança jurídica, adotando-se o critério da proporcionalidade (COUTO E SILVA, 1987). Esse autor salienta existir uma “tendência irreprimível a considerar que a Administração Pública está vinculada ante ao Direito do que propriamente à lei” (COUTO E SILVA, 1987, p. 54).

Nesse mesmo artigo, Almiro Couto e Silva cita interessante trecho de Seabra Fagundes, editado ainda em 1950⁸, acerca da relativização do princípio da legalidade, o qual vale reproduzir:

(...) 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. (FAGUNDES citado por COUTO E SILVA, 1987, p. 59)

⁸ Da obra “O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário”, de Seabra Fagundes, editada pela Konfino, Rio de Janeiro, em 1950.

Veja-se que essa colocação de Seabra Fagundes é genérica, permitindo **aplicar a flexibilização da legalidade não apenas em proteção à segurança jurídica, mas sempre que o interesse público – em sentido amplo – assim exigir**. Interessante, também, é a premissa do autor de que o desrespeito ao princípio da legalidade, em tese, sempre será afrontoso ao interesse público, haja vista que a lei, no Estado Democrático de Direito, é a própria expressão desse interesse, em sentido largo, ou seja, do interesse do Estado e da Sociedade, que legitima o primeiro a legislar. Em suma – e isso é importante fixar – **a relativização do princípio da legalidade é uma exceção** à regra citada (legalidade como elemento de proteção ao interesse público).

Márcio Iório Nunes Aranha reforça essa visão, afirmando que os princípios da legalidade e da segurança jurídica devem ser aplicados sob um “juízo de ponderação” (ARANHA, 1997, p.65).

Weida Zancaner também salienta a necessidade de mitigar o princípio da legalidade, quando em choque com a segurança jurídica, conforme se depreende da seguinte passagem:

Com efeito, atos inválidos geram conseqüências jurídicas, pois se não gerassem não haveria qualquer razão para nos preocuparmos com eles. Com base em tais atos certas situações terão sido instauradas e na dinâmica da realidade podem converter-se em situações merecedoras de proteção, seja porque encontrarão em seu apoio alguma regra específica, seja porque estarão **abrigadas por algum princípio de Direito**. Estes fatos posteriores à constituição da relação inválida, aliados ao tempo, podem transformar o contexto em que esta se originou, de modo a que fique vedado à Administração Pública o exercício do dever de invalidar, **pois fazê-lo causaria ainda maiores agravos ao Direito, por afrontar a segurança jurídica e à boa-fé** [grifamos]. (ZANCANER, 1993, p. 61-62).

Ainda que o princípio da proporcionalidade não esteja expresso na passagem acima, sua aplicação, como instrumento para resolução de conflitos entre a legalidade e a segurança jurídica, está bem delineada pela autora, principalmente ao cotejar os prejuízos que a aplicação rigorosa da lei causariam à segurança jurídica e à boa-fé, afrontando, em última instância, o próprio Direito.

Outro ponto a considerar, referente à relativização do princípio da legalidade, é a recente evolução da administração pública brasileira, que vem apoiando-se em novos paradigmas de gestão, pautados na eficiência e na flexibilidade da ação governamental.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro anota que o enfoque gerencial da gestão pública, voltado à eficiência, priorizado, no Brasil, a partir de meados da década de 1990⁹, tem ensejado leituras mais flexíveis sobre o princípio da legalidade (DI PIETRO, 2001). Nesse sentido, a autora cita Joan Prats i Catalá, segundo o qual a racionalidade gerencial reclamada para a administração pública é emperrada pelo rigor do Direito Administrativo (CATALÁ citado por DI PIETRO, 2001, p.58).

Tanto Di Pietro quanto o autor por ela citado afirmam a necessidade ajustar o Direito Administrativo às novas necessidades da gestão pública, mas não de enfraquecê-lo ou de abandoná-lo. Para ilustrar essa crítica, a própria autora anota o excesso de formalismos exigidos pelo Estatuto de Licitações (Lei nº 8.666/93) e pela Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/00). Vale citar a seguinte passagem de Di Pietro, acerca do descompasso entre o discurso governamental e o arcabouço legal administrativo brasileiro:

Todos esses fatos, que revelam grande contradição de objetivos dentro do próprio Governo, alguns voltados para o gerenciamento, outros voltados para a manutenção e até o aumento da burocracia em determinados setores, certamente contribuem para um distanciamento entre o discurso e a prática, entre a lei e os fatos, entre o Direito posto e o Direito aplicado, em franco desprestígio do princípio da legalidade e da própria Constituição que o consagra.

A dificuldade é maior nos países, como o Brasil, em que a fonte principal do direito administrativo é a lei. (DI PIETRO, 2001, p. 62).

Eliana Calmon Alves, também ponderando esses novos desafios à administração pública brasileira¹⁰, afirma que “**a relativização do princípio da legalidade consubstancia-**

⁹ A Emenda Constitucional nº. 19/1998, inseriu no plano constitucional o princípio da eficiência na administração pública. Ademais, as reformas administrativas havidas a partir de 1995, ensejaram diversas modificações na administração federal, incluindo novas atribuições e impondo um enfoque mais gerencial e menos burocrático à gestão governamental (PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 1995).

¹⁰ Trata-se de conclusões da Ministra do STJ, em palestra intitulada “A Revisão Judicial dos Atos Administrativos de Órgãos Reguladores e de Defesa da Concorrência”, proferida em 04/04/2003.

se na faculdade de descumprir a lei, se não atende ela aos princípios constitucionais [grifamos]” (ALVES, 2003, p. 18). Ainda nesse sentido, a Ministra do Superior Tribunal de Justiça assinala que “A aplicação da norma via princípios é, hoje, o que há de mais moderno na Ciência do Direito, podendo-se afirmar que há uma espécie de filtragem constitucional do Direito Público Brasileiro” (ibidem).

Esse panorama justifica a busca de soluções jurídicas para conciliar o eventual abandono, pelo administrador público, de uma norma legal rígida, quando sua aplicação impuser afronta ao interesse público. É uma avaliação, um juízo de ponderação, que passa pelo princípio da proporcionalidade. É dizer, se a aplicação da lei, no caso concreto, revelar-se mais danosa ao interesse público que o bem por ela almejado, então é razoável afastá-la excepcionalmente, relativizando o princípio da legalidade.

5. CRITÉRIOS E LIMITES À APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE

Tratando-se de princípio que amplia a liberdade dos intérpretes e dos aplicadores da lei, a proporcionalidade defronta-se com algumas **críticas doutrinárias**.

Uma das principais objeções diz respeito a que sua utilização possa representar uma **ampliação das faculdades do juiz**. Isso tenderia a provocar uma excessiva intervenção do Poder Judiciário na esfera do Legislativo, comprometendo o equilíbrio constitucional dos poderes.

A aplicação desse princípio, por dar ênfase, em muitos casos, a uma decisão material justa ao caso concreto, conduz a um relativismo da aplicação da lei, pondo em risco os princípios da segurança jurídica e da igualdade, sobre os quais repousa a própria noção de justiça. Para Suzana Toledo de Barros, “O relativismo da aplicação das normas de direitos fundamentais afetaria o próprio sistema de garantias jurídico-fundamentais concebido

mediante reservas legais, podendo, ainda, desembocar em uma ampla nivelção dos direitos fundamentais” (BARROS, 2000, p. 204).

Paulo Bonavides sintetiza várias críticas de outros autores ao uso desmesurado do princípio em estudo (BONAVIDES, 2003).

Eberhard Schmidt afirma que o emprego desse princípio representaria “quase sempre uma decisão”, que leva em conta a vontade de quem a toma, sendo impossível pleitear reconhecimento geral (SCHMIDT citado por BONAVIDES, 2003, p. 429).

Segundo Wolfram Zitscher, o princípio da proporcionalidade impõe “o risco de ver o Direito dissolvido na *justiça do caso particular*” (ZITSCHER citado por BONAVIDES, 2003, p. 429).

Hans Huber, alertando sobre o perigo do uso exagerado dos princípios gerais do direito, afirma que “De modo especial os princípios abertos de direito se tornam perigosos quando transpõem as respectivas fronteiras, abandonando dessa maneira seus conteúdos” (HUBER citado por BONAVIDES, 2003, p. 430). Ainda conforme o autor mencionado, a ênfase em princípios tão vastos levaria a que os juízes se sentissem desobrigados de pautar-se nos critérios do direito vigente.

Georg Ress, Jürgen Schwabe e Bernhard Schlink convergem para o risco de nivelamento dos direitos fundamentais com o uso jurisprudencial do princípio da proporcionalidade, que sobre eles incide igualmente. Isso se traduziria, na visão de Schlink, num “direito geral de liberdade” (SCHLINK citado por BONAVIDES, 2003, p. 431). Schwabe afirma que, além do referido nivelamento, poderia haver um abandono dos diferentes direitos fundamentais em proveito de um “direito fundamental coletivo” (SCHWABE citado por BONAVIDES, 2003, 429-32) .

No caso específico do Brasil, Inocêncio Mártires Coelho associa o princípio da proporcionalidade à figura de uma “varinha de condão” com que as cortes constitucionais

operariam verdadeiros milagres hermenêuticos (COELHO, 2001, p. 149). Ou seja, esse princípio estaria sendo utilizado excessivamente, como um instrumento mágico para resolver várias espécies de questões constitucionais.

Frise-se que essas críticas não invalidam a aplicação do princípio em destaque, que permite ao intérprete recusar a aplicação da lei quando isso se mostre disparatado, absurdo, irrazoável. Prestam-se, em verdade, a chamar a atenção para a **necessidade**, frise-se, fulcral, **de aplicá-lo com comedimento, com as lentes do critério racional.**

6. A NATUREZA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A aplicação do princípio da proporcionalidade para atenuar, excepcionalmente, o rigor da legalidade estrita enseja questionamentos sobre a legitimidade desse procedimento, principalmente, tendo-se em vista as críticas que lhe são dirigidas.

Algumas indagações podem ser feitas acerca da força normativa desse princípio, do seu caráter – material ou instrumental – e da própria legitimidade dos tribunais de contas para, aplicando esse critério de razoabilidade, afastar ocasionalmente o rigor da lei.

Não obstante existirem críticas à força normativa dos princípios, apoiadas em bases positivistas – Hart, Austin e outros (PETER, 2001) –, há vários autores renomados que sustentam o contrário, ou seja, que, não obstante haver diferenças entre regras jurídicas e princípios, estes possuem a mesma força normativa.

Convém, nesse sentido, reproduzir a distinção entre regra e princípio trazida por Canotilho, que, além de bem delimitar ambos os conceitos, registra a força normativa do segundo:

Regras – insista-se neste ponto – são normas que, verificados determinados pressupostos, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos, sem qualquer exceção (*direito definitivo*).

(...)

Princípios são **normas** que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas. Os princípios não proíbem,

permitem ou exigem algo em termos de “tudo ou nada”; impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a “reserva do possível” [grifamos]. (CANOTILHO, 1998, p. 1123).

O autor citado ensina, ainda, que os **princípios são normas fundamentais** no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes ou à sua posição estruturante (CANOTILHO, 1998, p. 1034).

Karl Larenz e Ronald Dworkin, referidos por Canotilho, também reconhecem a **força normativa dos princípios**, assinalando que eles são padrões vinculantes decorrentes da própria essência do Direito, associados à exigência de “justiça”, para Dworkin, e à “idéia de direito”, para Larenz (CANOTILHO, 1998, p. 1034).

Prossegue Canotilho, assinalando que os princípios é que fundamentam as regras, sendo, portanto, “normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas” (CANOTILHO, 1998, p. 1035).

Também Robert Alexy acolhe a força normativa dos princípios, tomando-lhes como **exigências ou requisitos de otimização**, cuja extensão, quanto a sua aplicação, é ditada pelas possibilidades jurídicas e fáticas (GREER, 2004). Verifica-se que essa é a posição também adotada na definição de Canotilho retrocitada (CANOTILHO, 1998).

Em nosso ordenamento, essa tese é corroborada pela própria positivação, inclusive em nível constitucional, de diversos princípios, inclusive – como demonstrado anteriormente – do próprio princípio da razoabilidade (a exemplo do disposto no art. 5º, inciso LIV, da Lei Maior). E mais, a Lei nº 9.784/99 consolidou expressamente a validade normativa do princípio em estudo em nosso Direito Administrativo.

Para traduzir o caráter normativo do princípio da proporcionalidade, pode-se afirmar que ele, enquanto norma, **proíbe a edição de leis e a produção de atos administrativos desproporcionais**, inquinando-os de inconstitucionalidade. Seria, de certa forma, uma **dimensão material** do princípio da proporcionalidade, ou seja, como uma norma que veda a

ação do Estado que seja desproporcional. Nesse sentido, o princípio em foco pode ser concebido em sua feição material ao integrar a própria norma, ditando uma regra de conduta ao administrador público (ex.: art. 2º da Lei nº. 9.784/99, descrito na Seção 1).

Por outro lado, sob o ponto de vista da **interpretação de normas e da regularidade de atos**, para a solução de conflitos entre princípios, a proporcionalidade emerge em sua **forma instrumental**.

Compreende-se, portanto, que essa separação – se se trata de um princípio material ou instrumental – depende do ponto de vista adotado. Se o concebemos como uma norma de proibição (de atos estatais que contrariem a proporcionalidade), então ele assume feição de princípio material. Se, por outro lado, o acolhermos como instrumento de solução de conflitos, como “ferramenta” de análise, interpretação e argumentação, então deparamo-nos com seu viés instrumental.

Para Dworkin, a **colisão de princípios** é resolvida aquilatando-se o peso relativo das categorias em choque (PETER, 2001). Christine Peter, em estudo sobre o tema, escreve que, segundo Dworkin, “é parte essencial do conceito de princípio a **dimensão de peso**, ou seja, a inafastável necessidade de se perguntar qual a sua importância e o peso relativo que os princípios possuem em relação a uma determinada situação da vida real [grifamos].” (PETER, 2001, p. 4).

À luz dos conceitos já mencionados sobre o princípio da proporcionalidade, o juízo de ponderação exigido para solver **conflitos entre princípios** caracteriza a aplicação do critério da **proporcionalidade em sua dimensão instrumental**.

Paulo Bonavides sustenta o caráter instrumental do princípio da proporcionalidade, afirmando tratar-se de um princípio de interpretação a ser aplicado diante de antagonismos entre direitos fundamentais (BONAVIDES, 2003, p. 425).

Também nesse sentido, Georg Ress define que:

(...) o princípio da proporcionalidade, enquanto máxima de interpretação, não representa um critério material, ou seja, substantivo, de decisão, mas serve tão-somente para estabelecer, como diretiva procedimental, o processo de busca material da decisão, aplicado obviamente à solução de justiça do caso concreto e específico. (RESS citado por BONAVIDES, 2003, p. 426).

Essa conclusão é consonante, ainda, com as lições de Alexy, que, a partir de estudos sobre a jurisprudência da Corte Constitucional Federal alemã, sustenta que a solução dos conflitos entre princípios exige o instrumento da proporcionalidade. E nesse aspecto, o autor citado defende que **o critério da proporcionalidade é o único modo de solucionar racionalmente esses conflitos**, mediante o balanceamento ou ponderação (*balancing*) entre os valores colidentes. É exatamente a análise sob os critérios da adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu* (subprincípios da proporcionalidade) que constrói um meio racional de escolher qual dos dois princípios em colisão é adequado, necessário e proporcional quanto à relação custo/benefício (ou mais adequado, mais necessário e proporcionalmente melhor).

Vale dizer que, em sentido oposto, Jürgen Habermas refuta a possibilidade de um método racional para solver a colisão entre princípios, afirmando não ser possível obter certeza nas respostas adotadas nas soluções desses conflitos. Isso decorreria da **incomensurabilidade dos valores e objetivos** envolvidos, ainda que a decisão seja isenta de preconceitos, arbitrariedades e irracionalidades (GREER, 2004).

Ainda que se acolha a proposição de Habermas, no sentido de não ser possível um método absolutamente racional para dirimir os conflitos entre princípios, é forçoso reconhecer que o método sugerido por Alexy, de aplicar os subprincípios da proporcionalidade para esse mister, mitiga a subjetividade da decisão.

A esse respeito, Chaïm Perelman afirma, ao discorrer sobre a “Nova Retórica”, que a argumentação jurídica, de fato, não possui um fundamento científico. No entanto, ela pode ser

“salva” utilizando-se um discurso coerente, lógico e sustentado em premissas (ou tópicos) de ampla aceitação pelos destinatários da decisão (PERELMAN, 2000).

De forma semelhante, Dworkin entende que a legitimidade de uma interpretação jurídica e da decisão a ela associada reside na sua coerência interna, em sua consistência lógica, e exige que tenha a adesão daqueles a quem ela se dirige (PETER, 2001).

Essa argumentação, contudo, deve ser cuidadosa, pautada em critérios bem definidos, como os propostos por Alexy (os subprincípios da proporcionalidade), de forma a evitar decisões eivadas de preconceitos, irracionalidades e arbitrariedades, como teme Habermas (GREER, 2004).

Os atributos conceituais acima descritos, associados às competências constitucionais dos tribunais de contas, insculpidas no art. 71 da Carta Política, **conferem legitimidade** para que esses órgãos de controle apliquem o princípio da proporcionalidade em prol do interesse público, ainda que, eventualmente, isso implique a mitigação do princípio da legalidade.

Não é demais dizer que as decisões do Tribunal de Contas da União são perfeitamente legítimas, desde que fundamentadas adequadamente, com base nas leis, nos princípios, na doutrina e na jurisprudência, haja vista a competência que a Constituição Federal atribui ao órgão para julgar contas e apreciar a legalidade dos atos da administração pública que envolvam, direta ou indiretamente, recursos federais. Como se pretende demonstrar adiante, os julgados do TCU que mitigam o princípio da legalidade possuem todos esses requisitos.

7. JURISPRUDÊNCIA DO TCU E PROPORCIONALIDADE

Assentados os marcos teóricos, analisam-se, nesta seção, alguns julgados do Tribunal de Contas da União, com o fito de demonstrar como o órgão vem adotando o princípio da proporcionalidade.

Cumpra observar que se trata de uma seleção apenas ilustrativa, atentando-se a possibilidades diferentes de uso desse princípio, haja vista a profusão de deliberações do TCU que se ajustam a esses critérios¹¹.

Antes de adentrar à análise individual dos casos selecionados, cabe registrar que o corte temporal efetuado – julgados a partir de 1992 – não prejudicou a validade da pesquisa, pois **88,9%** dos acórdãos e decisões constantes da base de dados de jurisprudência do TCU, cujos votos fazem menção ao princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, foram proferidos **a partir de 1999**. A partir de 2001, verifica-se expressivo aumento na aplicação do princípio em tela pelo TCU. Esses dados estão demonstrados no gráfico e tabela constantes do Anexo.

É pertinente registrar, ainda, que o julgado **mais antigo** localizado na base de dados pesquisada data de **1994**. Trata-se da Decisão Plenária nº 705/1994 (Ata nº 54/94 – Sessão de 23/11/1994 – DOU de 06/12/1994), em que o princípio da razoabilidade foi aplicado para justificar a exigência da prova de regularidade previdenciária ainda na fase de habilitação nas licitações públicas, inclusive sob a modalidade convite, excetuados os casos de concurso e leilão ou de concorrência para alienação de bens. Esse julgado não foi selecionado na amostra porque o princípio em estudo é mencionado apenas superficialmente no aresto, não justificando análises mais detidas.

Decisão nº 215/1999 – Plenário¹².

Nessa decisão, o Tribunal, ao responder consulta formulada pelo Ministro do Meio Ambiente, deixou assente, entre outros entendimentos, que os limites para alterações

¹¹ O sistema de pesquisa jurisprudencial do TCU – Juris – registrava, em 12/12/2005, **226 acórdãos e decisões** proferidos a partir de 1992, cujos respectivos votos mencionam o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade.

¹² In Ata 18/1999 – Sessão de 12/05/1999 – DOU (não informado pelo banco de dados do TCU).

contratuais fixados peremptoriamente nos parágrafos 1º e 2º do art. 65 da Lei n. 8.666/93¹³ podem ser ultrapassados sob condições excepcionais – descritas na referida decisão –, desde que em consonância com os princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade.

Admitiu-se, nessa consulta, que os mencionados dispositivos do Estatuto de Licitações não devem ser aplicados quando, sob circunstâncias especiais, seu acolhimento se mostre desarrazoado ou desproporcional. Entre as condições exigidas para validar a exceção prevista, o Tribunal fixou a necessidade de demonstrar-se "na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual que extrapole os limites legais (...) que as conseqüências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) **importam sacrifício insuportável ao interesse público** primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, ou seja, **gravíssimas a esse interesse**; inclusive quanto à sua **urgência e emergência**" (grifamos).

Essa decisão, relatada pelo Ministro-Substituto Jose Antonio Barreto de Macedo, é relevante na medida em que os princípios em estudo foram aplicados pelo TCU mediante uma interpretação em abstrato da norma.

Outro aspecto digno de nota é a preocupação do Tribunal em deixar claro os limites da proporcionalidade *stricto sensu*, ao mencionar as expressões "sacrifício insuportável ao interesse público" e conseqüências "gravíssimas a esse interesse". Isso mostra que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade devem ser invocados apenas quando envolvidas **hipóteses ou circunstâncias que firam o senso comum de justiça**, ou seja, que sensibilizem o *homo medius*. Em sentido inverso, deve-se **afastar a aplicação desses princípios em situações limítrofes**, que podem suscitar dúvida quanto à aprovação ou à reprovação do ato em exame.

¹³ § 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, *até 25%* (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, *até o limite de 50%* (cinquenta por

Acórdão 304/2001 – Plenário¹⁴.

Trata-se de prestação de contas em que o Tribunal acolheu as razões de justificativa dos responsáveis com base no princípio da razoabilidade, aprovando, com ressalvas, as respectivas gestões. Discutiu-se, na ocasião, a reprovabilidade de duas supostas irregularidades: desnecessidade de reajuste do valor de locação do imóvel contratado junto a terceiro e prática de sobrepreço no novo valor fixado para a locação. Tais procedimentos teriam afrontado o art. 27, § 1º, inciso II, da Lei 9.069/95, e o art. 65, §§ 1º, 2º e 6º, da Lei 8.666/93.

Todavia, ao examinar as razões de justificativa, o Tribunal considerou necessário o reajuste do valor de locação do imóvel, em face da comprovada defasagem de seu preço. Oportuno transcrever parte da manifestação do Representante do Ministério Público junto ao TCU, Procurador-Geral Lucas Rocha Furtado:

Ressalte-se das justificativas apresentadas pelos responsáveis, em reforço à inexistência de dano ao erário, ponderação no sentido de que a administração da entidade, no caso concreto, **fez uso do princípio da razoabilidade, buscando, em última instância, o atendimento do interesse público.** [grifamos]

O princípio da razoabilidade dispõe, essencialmente, que deve haver uma proporcionalidade entre os meios de que se utilize a Administração e os fins que ela tem que alcançar, e mais, que tal proporcionalidade não deve ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto.

Nesse *decisum*, relatado pelo Ministro Adylson Motta, privilegiou-se a razoabilidade da conduta dos gestores, ainda que não tenham se ajustado à literalidade da lei, compreendendo-se que o fato não poderia macular-lhes as contas. Registre-se que a alternativa posta à administração, para adequar-se ao formalismo legal, seria a rescisão do contrato – que não poderia subsistir com preços aviltados – e a elaboração de uma nova avença, implicando custos administrativos adicionais e, provavelmente, um preço de locação acima do efetivamente obtido. Daí a conclusão do TCU pela razoabilidade da ação adotada

cento) para os seus acréscimos. § 2º *Nenhum acréscimo* ou supressão *poderá exceder os limites estabelecidos* no parágrafo anterior, salvo: I - (VETADO); II - as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes.

pelo gestor, que privilegiou o interesse público, traduzido, aqui, pelo princípio da economicidade.

Decisão nº 1.051/2001 – Plenário¹⁵.

Na ocasião, o Tribunal considerou contrária ao princípio da razoabilidade decisão administrativa que fixara em apenas 1% da remuneração o desconto de valores indevidamente pagos a magistrados, a serem restituídos nos termos do art. 46 da Lei n. 8.112/90, que previa apenas um limite máximo – de 25% – para esse fim. O limite de 1% escolhido pela Administração estenderia por 30 a 40 anos o prazo para a completa devolução dos valores!

Em parecer acolhido pelo Relator, Ministro Guilherme Palmeira, o Subprocurador-Geral Ubaldo Alves Caldas consignou que:

A finalidade almejada pela Administração é a reposição ao Erário de valores pagos indevidamente, não sendo razoável que a União demore tanto tempo para ser ressarcida integralmente, o que ocorreria com o percentual atualmente utilizado para o desconto em folha de pagamento dos magistrados.

Nesse caso, apesar de a lei deixar ao arbítrio da administração o percentual para desconto em folha, fixando apenas seu limite máximo, o Tribunal impugnou a referida decisão. Não é demais lembrar que, posteriormente, a Lei n. 8.112/90 foi alterada, fixando-se um limite mínimo àquele percentual (MP 2.225-25/01).

Essa decisão bem demonstra a hipótese em que o princípio da proporcionalidade é aplicado em favor do interesse público, mesmo contrariando interesses individuais (dos servidores afetados).

¹⁴ In Ata 55/2001 – Sessão de 11/12/2001 – DOU de 03/04/2002

¹⁵ In Ata 55/2001 – Sessão de 11/12/2001 – DOU de 03/04/2002

Decisão n. 1.245/2002 – Plenário¹⁶.

Em sede de pedido de reexame, o TCU tornou insubsistente determinação anterior que tornara nulo o ato de nomeação de servidores do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama – (oriundos de órgãos extintos), ocorrido em desacordo com a legislação então vigente. Os vários argumentos que nortearam a reforma do julgado original podem ser sintetizados no impacto negativo que a determinação questionada traria à Administração, trazendo risco ao próprio funcionamento de algumas importantes entidades e projetos federais ligados à área ambiental. A determinação cassada importaria o desligamento de 75% dos servidores do Projeto Tamar, 100% dos servidores da Estação Ecológica do Taim e quase 50% dos especialistas do Jardim Botânico do Rio de Janeiro, entre outros.

Outrossim, a matéria de fundo era controversa, ensejando longas discussões acerca da legalidade das nomeações então enfocadas. À época em que os servidores ingressaram na administração pública, ainda não se exigia concurso.

Diversos foram os princípios invocados pelo Tribunal para sustentar sua nova decisão, citando-se literalmente "a tutela da boa-fé, preservação da ordem social, princípio da segurança jurídica, **princípios da proporcionalidade e da razoabilidade**, inexistência de dano ao erário e princípio da economicidade [grifamos]".

Diferentemente do exemplo anterior, em que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade foram invocados para impor um comportamento à Administração, corrigindo-se um ato irrazoável, vê-se, aqui, a aplicação desses critérios para convalidar um ato até então considerado irregular. Trata-se de efeitos opostos do mesmo princípio: impugnação e convalidação.

¹⁶ In Ata 35/2002 – Sessão de 25/09/2002 – DOU de 04/10/2002

Note-se, por outro lado, que essa decisão, da relatoria do Ministro Iram Saraiva, tornou insubsistente uma determinação do Tribunal que se opunha a esses princípios, pois seus efeitos seriam muito mais danosos ao interesse público que os benefícios dela esperados.

É patente, no caso em estudo, o entrelaçamento do princípio da legalidade, que vedaria a nomeação dos servidores sem os requisitos formais previstos na lei, com os princípios da supremacia do interesse público e da segurança jurídica, absorvidos, aqui, pelos princípios da proporcionalidade e da racionalidade.

Vale aduzir que situação similar foi verificada na Decisão 256/2000 – Primeira Câmara – Relator: Ministro Marcos Vilaça.

Acórdão 529/2002 - Primeira Câmara¹⁷.

Esse acórdão versou sobre recurso de reconsideração contra determinação expedida no julgamento das contas do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea – referente ao exercício de 1996. Questionava-se o pagamento, pelo Ipea, de anuidades à Ordem dos Advogados do Brasil – OAB – para inscrição suplementar de procuradores do seu quadro em outra seccional da Ordem, pois não havia previsão legal para esse tipo de despesa.

Ao apreciar o recurso, o Tribunal mitigou o princípio da legalidade, julgando regular o pagamento das referidas anuidades.

Com efeito, a peculiaridade da situação verificada recomendava essa solução. Os procuradores do Ipea viviam e residiam em Brasília, onde pagavam regularmente suas anuidades junto à OAB/DF. Ocorre que parte expressiva das causas de interesse da Autarquia era processada no Rio de Janeiro. Daí a necessidade de inscrição suplementar naquela seccional. Como a atuação desses profissionais no Rio de Janeiro ocorria em benefício do

¹⁷ In Ata 28/2002 – Sessão de 20/08/2002 – DOU de 03/09/2002

próprio Ipea, não seria razoável deixar que seus procuradores arcassem com as anuidades adicionais, sob pena de enriquecimento sem causa do Instituto.

Dentre os argumentos que nortearam o julgamento desse recurso, cabe transcrever a seguinte passagem, lavrada pelo Ministro Guilherme Palmeira:

Imaginemos, apenas para testar a razoabilidade de manter a decisão ora questionada, que o IPEA necessitasse de assistência de seus advogados em todas as seccionais da OAB no país. Seria razoável exigir dos mesmos que, às suas expensas, realizassem inscrições suplementares em todas essas seccionais?

O exemplo supra demonstra serem pertinentes, também, os argumentos de que o **princípio da razoabilidade** dá respaldo à administração do IPEA para que, no uso de seu poder discricionário, mesmo inexistindo lei expressamente permissiva, proceda aos pagamentos das inscrições suplementares de que se trata [grifamos].

A importância desse julgado reside no fato de o Tribunal haver autorizado a permanência de uma ação administrativa que não encontrava expresso amparo legal. Porém, o não-pagamento dessas anuidades se mostraria absolutamente irrazoável, impondo ônus desproporcional a seus procuradores, com agressão ao princípio da vedação do enriquecimento sem causa (que, no caso, seria do Ipea).

No presente caso, não obstante a decisão do TCU haver preservado o interesse dos procuradores do Ipea, ela viabilizou a continuidade justa e regular da defesa dos interesses da Autarquia em outros estados da federação, garantido-lhe a eficácia de sua ação administrativa e também a própria economicidade, haja vista que as condenações judiciais (se não houvesse a defesa adequada dos interesses do Ipea) lhe imporiam custos adicionais. Preservado, portanto, o interesse público.

Decisão 1.254/2002 – Plenário¹⁸.

Essa decisão foi proferida em sede de consulta formulada pelo Presidente da Câmara dos Deputados, acerca da aplicabilidade da Súmula nº 235 do TCU nos casos de débitos

¹⁸ In Ata 35/2002 – Sessão de 25/09/2002 – DOU de 04/10/2002

apurados há mais de cinco anos, oriundos de erros da administração em processos de exame de legalidade de atos de concessão de aposentadoria ou pensão:

A Súmula n° 235 reza que:

Súmula 235: os servidores ativos e inativos, e os pensionistas, estão obrigados, por força de lei, a restituir ao Erário, em valores atualizados, as importâncias que lhes forem pagas indevidamente, mesmo que reconhecida a boa-fé, ressalvados apenas os casos previstos na Súmula n.º 106 da Jurisprudência deste Tribunal.

O Enunciado de Súmula n° 106, por sua vez, é assim grafado:

Súmula 106: o julgamento, pela ilegalidade, das concessões de reforma, aposentadoria e pensão, não implica por si só a obrigatoriedade da reposição das importâncias já recebidas de boa-fé, até a data do conhecimento da decisão pelo órgão competente.

Não obstante a consulta versar sobre questão em tese, a razão de fundo da indagação formulada ao TCU resultava da detecção, pela Câmara dos Deputados, de vantagens concedidas a servidores, algumas há mais de 26 anos!

Um dos pontos levantados pela autoridade consulente foi quanto à aplicabilidade por analogia, no âmbito do TCU, do art. 54 da Lei n° 9.784 de 29/01/99, que assim dispõe: “Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.”

Oportuno dizer que, mediante a Decisão Plenária n° 1.020/2000¹⁹, o TCU fixou entendimento no sentido de que a Lei n. 9.784/99 – em especial o seu artigo 54 – não tem aplicação obrigatória nas apreciações de atos de concessão de aposentadorias, reformas e pensões, feitas pelo Tribunal de Contas nos termos do art. 71, inciso III, da Constituição Federal.

Não obstante, a consulta foi conhecida e respondida no sentido de que **não caberia o entendimento contido na Súmula n° 235 nas hipóteses em que se comprovar a boa-fé dos envolvidos e se verificar o decurso de mais de cinco anos da prática do ato**. Prevalece, em

casos do gênero, o entendimento expresso na Súmula nº 106, a refletir o reconhecimento, pelo TCU, de que a segurança jurídica, amparada na boa-fé, tem, sob certas circunstâncias, precedência sobre a legalidade estrita.

Nessa decisão, o TCU aplicou o princípio da razoabilidade para privilegiar a segurança jurídica, à semelhança do que propõem Almiro Couto e Silva e Márcio Iório Nunes (COUTO e SILVA, 1987; ARANHA, 1997), entre outros autores citados.

O parecer do Procurador-Geral do Ministério Público junto ao TCU, Lucas Rocha Furtado, consentâneo, em parte, com a decisão adotada, contém extensos e interessantes argumentos em favor da flexibilização do princípio da legalidade diante da segurança jurídica, apoiado em julgados do Supremo Tribunal Federal, em lições doutrinárias (incluindo o artigo de Almiro Couto e Silva, referido nesta monografia) e na própria jurisprudência do TCU.

Dentre suas conclusões, o Procurador-Geral do Ministério Público junto ao TCU afirmou a necessidade de o Tribunal de Contas da União buscar um equilíbrio entre a segurança jurídica e outros princípios também constitucionais para fixar parâmetros à revisão *ex officio* de suas deliberações, utilizando-se, para tanto, o critério da proporcionalidade.

Para fundamentar o *decisum*, o Relator, Ministro Benjamin Zymler, além de acolher, no principal, as razões expostas pelo *parquet* – dele discordando apenas quanto à extensão que se deveria dar à resposta da consulta –, teceu argumentos sobre a solução de conflitos entre princípios, *in casu*, da legalidade e da segurança jurídica.

Após dissertar sobre a **natureza normativa dos princípios**, com escólio em lições de Paulo Bonavides, Vezio Crisafulli e Robert Alexy, o Relator registrou considerações acerca da **resolução dos conflitos entre princípios**, cabendo reproduzir algumas de suas assertivas:

Não se pode afirmar a supremacia de um princípio em detrimento de outro, ambos coexistem pacificamente no Texto Constitucional. A sua aplicação, no caso concreto, deve ser passível de integração e conformação pelos aplicadores do direito. Pode-se

¹⁹ In Ata 47/2000 – Sessão de 29/11/2000 – publicação no DOU não informada.

afirmar que nenhum princípio constitucional, explícito ou implícito, tem natureza absoluta e apresenta-se em nível de superioridade em relação aos demais. Sua interpretação deve conformar-se com o alcance dado pelo sistema jurídico-constitucional. (trecho do Voto do Ministro Benjamin Zymler, na Decisão nº 1.254/2002 – TCU)

(...) a solução de colisões de princípios não é absoluta, delimitada **a priori**. Depende da ponderação a ser efetuada pelo aplicador do direito caso a caso. Diferentemente das regras, que são normas aplicáveis ou não, os princípios devem ser objeto de valoração caso a caso. (ibidem).

(...) Persiste o dever de a administração pública rever seus próprios atos, anulando-os quando verificar que foi editado com vício de ilegalidade. Todavia, tal dever não é irrestrito, mas está limitado por outros valores jurídicos igualmente relevantes e agasalhados pelo ordenamento jurídico. (ibidem).

Essa decisão traduz a aplicação do princípio da proporcionalidade em sua acepção tradicional – de proteção a direitos individuais contra atos da Administração –, porém de maneira preventiva.

Cumpra observar que a Decisão Plenária nº 1.254/2002 não contraria o entendimento mencionado alhures (Acórdão Plenário nº 313/2004 e outros²⁰), de que a atuação do TCU não visa à proteção de interesses subjetivos de particulares contra atos da Administração, pois o caso em tela versa sobre matéria abstrata, em que se debatem apenas questões de direito, em sede de consulta. Em que pese a decisão do TCU haver gerado um comando protetivo de direitos individuais, o foco desse aresto foi a resposta a uma consulta, em caráter genérico, e não a preservação do direito específico de um grupo de servidores.

Acórdão n. 1.260/2003 – Plenário²¹.

Nesse acórdão, o Tribunal analisou, entre outras matérias, o dilema do administrador entre ajustar uma licitação aos recursos disponíveis, após o contingenciamento orçamentário, ou fazê-la, segundo as necessidades do órgão, mediante empenho por estimativa, o que, segundo a letra da lei, não seria admissível.

²⁰ Vide INTRODUÇÃO.

²¹ In Ata 33/2003 – Sessão de 27/08/2003 – DOU de 05/09/2003.

De fato, o art. 60 da Lei nº 4.320/64 restringe a adoção dessa forma de empenho aos casos em que não se conhece o valor exato do compromisso, hipótese que não ocorreu na ocasião, pois se tratava de contratos com preço previamente ajustado. Tendo em vista a essencialidade dos serviços contratados – manutenção de elevadores –, ponderou-se que o princípio da proporcionalidade deveria nortear a solução do impasse, autorizando o gestor a privilegiar o interesse público, materializado na segurança necessária ao uso dos elevadores.

Segue uma didática passagem do Voto então proferido pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues, que bem sintetiza a análise da questão e restringe a solução adotada a casos excepcionais:

No entanto, em situações extremamente excepcionais, os administradores públicos se vêem no dilema de ter que escolher entre duas situações antagônicas, ambas legítimas e de implementação impositiva, cuja opção por uma delas acarretará, necessariamente, o desatendimento da outra, revelando verdadeiro conflito de bens, valores ou princípios constitucionais.

(...)

Então, neste caso, o administrador público tinha que decidir entre seguir estritamente as normas de execução orçamentária ou garantir a continuidade do serviço de manutenção dos elevadores, a fim de assegurar os direitos à segurança e à vida dos usuários.

Como vem sendo destacado na doutrina e na jurisprudência do STF, essa colisão entre princípios de igual hierarquia deve ser solucionada à luz do princípio da proporcionalidade.

Nesse sentido, entendo que a decisão adotada pelos responsáveis, no sentido de contornar as momentâneas restrições orçamentárias e viabilizar os serviços de manutenção dos elevadores, pode ser considerada legítima e justificável ante as circunstâncias, afigurando-se como medida adequada e proporcional, tendo em vista as particulares características do caso concreto.

Não se justifica, entretanto, a persistência dessa prática irregular fora do específico contexto de limitação orçamentária vivenciado.

Esse julgado mostra a singular e tormentosa situação do gestor público diante de dois caminhos eventualmente excludentes: a aderência à legalidade estrita ou a busca do interesse público? Como se vê, sopesadas as peculiaridades do caso, o Tribunal endossou a segunda opção, que se ajusta ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, mitigando a legalidade estrita em prol do interesse público.

É possível encontrar, ainda, na jurisprudência do TCU, decisões e acórdãos em que os juízos de proporcionalidade e de razoabilidade são invocados em sua acepção mais genérica, inexistindo entrechoque entre o princípio da legalidade e o interesse público ou a segurança jurídica. Citam-se, nesse sentido, os seguintes julgados: Acórdão 2.300/2003²² - Segunda Câmara (uso da proporcionalidade na acepção penalógica, para dosar valor de multa); Acórdãos 466/2002²³ e 160/2004²⁴, ambos do Plenário (juízos de proporcionalidade e de razoabilidade para aquilatar se as faltas apuradas, em seu conjunto, são suficientes, ou não, para reprovar as contas analisadas); Acórdão 1.844/2003²⁵ - Plenário (critério de razoabilidade para avaliar adequação de preços contratados com a realidade de mercado); Acórdão 307/2003²⁶ - Primeira Câmara (análise da razoabilidade da interpretação, pela Administração, de norma controversa, para que o Tribunal afastasse a necessidade da devolução de recursos indevidamente pagos a servidores de boa-fé).

8. UM JULGADO DA CORTE DE CONTAS DA ITÁLIA

Pesquisa realizada no banco de dados de jurisprudência da *Corte dei Conti* da Itália, órgão equivalente ao Tribunal de Contas da União no Brasil, aponta pelo menos um julgado em que se aplica o princípio da proporcionalidade de forma similar ao adotado pelo TCU²⁷.

Trata-se de um pedido de condenação de membros da Junta da Província de Piacenza, por dano ao erário, formulado por Procurador-Regional da Corte de Contas italiana, em face da celebração de contrato de consultoria – para diagnóstico organizacional e de

²² In Ata 46/2003 – Sessão de 04/12/2003 – DOU de 12/12/2003.

²³ In Ata 49/2002 – Sessão de 12/12/2002 – DOU de 07/01/2003.

²⁴ In Ata 06/2004 – Sessão de 03/03/2004 – DOU de 05/03/2004.

²⁵ In Ata 48/2003 – Sessão de 03/12/2003 – DOU de 24/12/2003.

²⁶ In Ata 06/2003 – Sessão de 11/03/2003 – DOU de 20/03/2003.

²⁷ **Sentença 1.703/2002-EL.** Corte dei Conti - Sezione Giurisdizionale Regionale per l'Emilia-Romagna – Itália – Bologna. 2002. *Online* disponível na *Internet* em <http://www.corteconti.it/banca-dati/bdds/bancadati.asp> (expressão de pesquisa: 'ragionevolezza emilia-romagna Consulenti Associati').

recursos humanos da administração da província – com o escritório “Consulenti Associati”, aprovado pelo referido colegiado provincial em 1996.

Resumidamente, o fundamento da acusação foi a transgressão de princípio típico da administração pública italiana que veda a contratação de consultorias, exceto quando se tratar de situação extraordinária e não houver, no órgão ou entidade pública contratante, pessoal suficiente e qualificado para realizar o objeto pretendido. A acusação apontou o não-cumprimento desses critérios, ressaltando que a administração detinha pessoal qualificado em número suficiente para executar o objeto pretendido e que não se tratava de um serviço extraordinário.

A defesa sustentou o caráter fortemente inovador da matéria objeto do contrato, para o qual não havia pessoal qualificado no órgão contratante, que a deliberação da Junta foi devidamente fundamentada e que o contrato foi adequadamente cumprido. Outrossim, a finalidade mediata da consultoria – de competência comprovada – era a melhoria da eficiência administrativa provincial.

A decisão da Seção Jurisdicional Regional de Emilia-Romana da Corte de Contas italiana, em colegiado composto de três conselheiros, sendo relator o Doutor Pietro Sullo, foi pela absolvição dos contratantes, ponderando-se, entre outros argumentos, que o poder discricionário da administração não exorbitou os limites de razoabilidade (*ragionevolezza*), não sendo possível a intromissão externa no mérito do ato (*l'insindacabilità delle scelte discrezionali*).

A aplicação do princípio da razoabilidade foi assim traduzida pelo relator:

(...) trova un limite nell'accertamento delle condizioni di legge per il suo esercizio e nel principio di ragionevolezza, cui deve costantemente improntarsi l'operato dell'Amministratore, e che riassume in sé quelli dell'economicità e del buon andamento costituzionalmente garantiti; ha inoltre ritenuto che la pubblica amministrazione può far ricorso a prestazioni professionali esterne solo nei casi previsti dalla legge e sempre che manchino, al proprio interno, le specifiche professionalità all'uopo necessarie, dovendo comunque l'incarico corrispondere alle finalità proprie dell'ente, risultare adeguatamente motivato, limitato nel tempo e

consentire la verifica della proporzionalità degli esborsi con i vantaggi conseguibili dall'ente. [Corte dei Conti - Itália, 2002]

Em outras palavras, segundo a decisão em tela, é necessário que o administrador estabeleça um limite entre as condições da lei para sua aplicação e o princípio da razoabilidade, resumindo-se na economicidade e no bom procedimento constitucionalmente garantido. Nesse compasso, o contrato de serviços profissionais externos deve limitar-se à finalidade própria do contratante, ser adequadamente motivado, limitado no tempo e permitir que se verifique a proporcionalidade do desembolso com a vantagem obtida pelo ente contratante.

Nesse julgado, verifica-se, de forma similar ao detectado na jurisprudência do TCU, a utilização do princípio da proporcionalidade voltada ao interesse da administração, ou, em plano maior, **ao interesse público**. Além disso, o princípio em estudo também foi aplicado em sua função instrumental, para reconhecer a legitimidade da atuação dos administradores, cuja legalidade fora questionada pelo Procurador-Regional.

CONCLUSÕES

Primeiramente, verifica-se que o Tribunal de Contas da União vem aplicando o princípio da proporcionalidade em seus julgados com maior frequência a partir desta década, anotando-se o primeiro caso em 1994 (dentro do corte temporal realizado – a partir de 1992), quando se mencionou o princípio da razoabilidade no respectivo voto condutor. É, portanto, uma prática relativamente recente dentro da Corte Federal de Contas.

Outrossim, entende-se demonstrado que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, com enfoque nas decisões do TCU, permitem **conciliar o interesse público e outras diretrizes da Administração com o rigor do princípio da legalidade** que, eventualmente, pode gerar situações desarrazoadas ou provocar danos desproporcionais aos benefícios dele esperados.

O TCU aplica os critérios de proporcionalidade e de razoabilidade tanto na sua concepção clássica – de **proteção aos direitos individuais** (Decisão nº 1.254/2002 – Plenário) –, quanto na **preservação do interesse público**. Nesse sentido, pode-se afirmar que a jurisprudência analisada tem confirmado a doutrina que propõe a **relativização do princípio da legalidade em prol do interesse público e dos interesses individuais**, nos casos em que assim preceitua o princípio da proporcionalidade.

No tocante à proteção de direitos individuais, a aplicação do princípio da proporcionalidade pelo TCU não visa diretamente a solver eventual lide entre a Administração e particulares, conforme jurisprudência consolidada do órgão, mas apreciar – de forma prévia (e.g.: consulta) ou *a posteriori* (e.g.: representações, prestações de contas etc.) – a regularidade dos atos administrativos, ainda que esse enfoque resulte na preservação de direitos individuais, como se verificou no Acórdão nº 304/2001 e na Decisão nº 1.254/2002, ambos do Plenário.

Consoante às decisões e acórdãos analisados, o gestor público, segundo o TCU, pode invocar o princípio em estudo para, em casos excepcionais e para preservar o interesse público, **deixar de aplicar determinada norma legal** (Decisão nº 1.245/2002 – Plenário) ou **agir contra disposição legal** (Decisão nº 215/1999, Acórdãos nº 304/2001 e 1.260/2003 – todos do Plenário), ou, ainda, **agir sem amparo direto de norma legal** (Acórdão nº 529/2002 – Primeira Câmara). Em todas essas situações, tem-se a ação do Tribunal no sentido de endossar a atitude do gestor público, com base no princípio da proporcionalidade.

Outra hipótese verificada é a adoção do crivo de razoabilidade para **condenar a atuação do administrador público**, quando **exorbita de sua discricionariedade**, ainda que o faça de **forma negativa, beneficiando interesses individuais contra o interesse público**. Isso é verificado no caso do percentual de desconto em folha de magistrados, de apenas 1%, para fins de reposição de quantias indevidamente recebidas, impugnado pelo TCU na Decisão nº 1.051/2001 – Plenário. Esse julgado mostra, de forma nítida, como o TCU pode aplicar o **princípio da proporcionalidade em prol do interesse público**, ainda que o faça **contrariando o interesse particular**. Compreende-se que se trata de **uma aceção oposta àquela que ensejou a evolução histórica do princípio em estudo**, assentada na proteção de interesses individuais contra os excessos do Estado.

A aplicação que o TCU tem dado ao princípio da proporcionalidade não é isolada entre os tribunais de contas de outros países, podendo-se depreender que a *Corte dei Conti* italiana utiliza leitura similar, aplicando o critério em estudo em **prol do interesse público**, e respeitando a **discricionariedade do administrador público**, quando pautada em **critérios de razoabilidade**.

Veja-se que, em todos os casos analisados, **privilegiou-se o interesse público, direta ou indiretamente**. Mesmo na Decisão Plenária nº 1.254/2002, esse interesse está revelado na primazia da segurança jurídica em prol de toda a coletividade de servidores

públicos federais inativos e respectivos pensionistas²⁸. Cumpre lembrar, nesse sentido, que o interesse público não é o interesse do Governo nem se resume apenas no interesse do Estado, mas engloba o amparo à Sociedade, incluindo as coletividades que reúnam parte significativa de seus membros, consoante as definições anotadas na Seção 3 (MEIRELLES, 1997; MELLO, 1999). Nos demais casos, o interesse público se manifestou na preservação dos interesses institucionais dos órgãos ou entidades enfocados, em consonância com os princípios constitucionais da eficiência, da eficácia e da economicidade.

Outra conclusão a registrar é a utilização do princípio da proporcionalidade, nos casos analisados, em seu **caráter instrumental**, ou seja, como um meio racional e juridicamente válido para solucionar conflitos entre princípios, basicamente, entre a legalidade, de um lado, e o interesse público e a segurança jurídica, na margem oposta.

Por outro lado, deve-se admitir que a sua feição instrumental ou material depende do ponto de vista adotado: se instrumento de solução de conflitos (legalidade x interesse público), ou se norma proibidora de atos estatais desproporcionais, respectivamente.

Ponderando-se as **críticas doutrinárias ao princípio da proporcionalidade**, nota-se que os julgados examinados não parecem ultrapassar os limites plausíveis de aplicação desse princípio. É dizer, não se confirma, na amostra analisada, o temor expressado pelos diversos doutrinadores citados por Paulo Bonavides (BONAVIDES, 2003) e abraçado por Inocêncio Mártires Coelho (COELHO, 2001). Percebe-se que a temida subjetividade dos julgadores foi balizada por critérios racionais, fundamentando-se todas as decisões analisadas.

Neste ponto, depreende-se que as decisões fundamentadas nos critérios de razoabilidade e proporcionalidade podem mitigar eventual pecha de subjetivismo, mediante uma fundamentação adequada e racional, que convença os seus destinatários. Isso sugere um campo de aplicação à “Nova Retórica”, proposta por Chaïm Perelman, que, grosso modo,

²⁸ A consulta respondida pelo TCU tem força normativa, aplicando-se a toda a administração pública federal, nos termos do art. 1º, §2º, da Lei nº 8.443/92 (Lei Orgânica do TCU).

propõe, diante da impossibilidade de fundamentar cientificamente a argumentação jurídica, sejam utilizados argumentos que melhor sensibilizem o chamado *auditório universal* (PERELMAN, 2000). É, em certa medida, a mesma dicção de Dworkin (PETER, 2001).

Esse parece o fundamento da argumentação aplicável quando se utiliza o princípio da proporcionalidade. Deve-se, contudo, respeitar os critérios propostos para delimitar o campo de aplicação do princípio em estudo, evitando-se decisões inquinadas de preconceito, arbitrariedade ou irracionalidade, como teme Habermas, ao refutar a possibilidade de resolver conflitos entre princípios mediante um método racional (GREER, 2004).

O estudo realizado evidencia alguns desses **critérios de ampla aceitação**, a justificar a aplicação dos crivos da razoabilidade e da proporcionalidade.

Trata-se, outrossim, de elementos que estabelecem **limites à utilização dos princípios** sob análise.

O Ministro-Substituto José Antonio Barreto de Macedo, no voto condutor da consulta materializada na Decisão Plenária nº 215/1999, apresenta critério interessante para considerar irrazoável ou desproporcional determinada conduta administrativa, que pode ser assim traduzido: produção de “**sacrifício insuportável**” e **gravíssimo ao interesse público**, inclusive quanto à sua **urgência e emergência**. Vê-se não apenas o critério qualitativo da análise – o sacrifício insuportável –, mas o seu aspecto temporal – a urgência e emergência.

Em complemento a essa dicção, conclui-se que a razoabilidade e a proporcionalidade, como princípios que mitigam o cânone da legalidade, devem ser invocados apenas quando envolvidas **hipóteses ou circunstâncias que firam o senso comum de justiça**, ou seja, que sensibilizem o *homo medius*. A contrário senso, deve-se **afastar a aplicação desses princípios em situações limítrofes**, que podem lançar dúvida sobre a aprovação ou a reprovação do ato em exame.

Em todos os casos examinados, verificou-se a existência desses critérios, além do caráter de **excepcionalidade** das situações que ensejaram a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Lembrando as proposições de Alexy, a aplicação do princípio da proporcionalidade na resolução de conflitos entre outros princípios deve, ainda, obedecer ao crivo dos **subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito** (GREER, 2004).

Lançadas essas conclusões, registra-se que, ao longo dos estudos realizados nesta monografia, surgiram diversas outras indagações, cuja complexidade e extensão recomendaram fossem deixadas para trabalhos futuros.

Primeiramente, pode-se questionar que o princípio da proporcionalidade, ao ser reconhecido pela doutrina como amparado pela Constituição, compondo nosso sistema jurídico, **não implicaria a relativização do princípio da legalidade, mas sim o seu fortalecimento, em um plano maior**. Daí havermos adotado um conceito de legalidade em sentido estrito, alinhando-nos às posições de Almiro Couto e Silva, Márcio Iório Aranha, Eliana Calmon Alves e outros (COUTO e SILVA, 1987; ARANHA, 1997; ALVES, 2005).

Interessante, também, é a perquirição sobre a incapacidade de o direito positivo refletir a realidade jurídica (PERELMAN, 2000), ou seja, de o legislador abranger todas as situações possíveis de aplicação da norma e suas exceções, bem como de a lei adequar-se à realidade, o que nem sempre ocorre. É essa indeterminação do texto da lei, vis-à-vis ao mundo real, um dos principais elementos que dão margem à aplicação do princípio da proporcionalidade.

Anotam-se, ainda, as diferentes maneiras de aplicar-se o princípio em estudo: na elaboração das leis; na aferição, *in abstracto*, de sua constitucionalidade; na aplicação das leis

aos fatos concretos (uma lei pode ser absolutamente constitucional, exceto num determinado caso “x”) etc.

Outros campos de aplicação desse princípio desafiam novas pesquisas.

Por ora, resta concluir que, no âmbito do TCU, o princípio da proporcionalidade é aplicado de forma peculiar – **em defesa do interesse público e com a relativização do cânone da legalidade** –, porém, **com amparo em doutrina** (que não é recente) e **de forma não isolada** em relação a tribunais de contas estrangeiros, como se viu no exemplo tomado da Corte de Contas da Itália. Isso reflete, ainda, a **adequação do Tribunal de Contas da União às tendências atuais da administração pública.**

BIBLIOGRAFIA

ALVES, Eliana Calmon. **A Revisão Judicial dos Atos Administrativos de Órgãos Reguladores e de Defesa da Concorrência**. Brasília: Superior Tribunal de Justiça. 2003. *Online*: disponível na Internet, *site* da “Biblioteca Digital Jurídica do STJ” <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/87>>, acesso em 29/09/2005.

ARANHA, Márcio Iório Nunes. **Segurança Jurídica *Stricto Sensu* e Legalidade dos Atos Administrativos**. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal. 1997 (nº. 134 – abr-jun/97 – ano 34).

BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. 2.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luis Roberto. **Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade**. *Online*: disponível na Internet <<http://www.acta-diurna.com.br/biblioteca/doutrina/d19990628007.htm>>, acesso em 30/09/2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2ª ed. Coimbra: Almedina. 1998.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso Avançado de Direito Constitucional (1ª Parte)**.

Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, 2001 (mimeo).

COUTO E SILVA, Almiro do. **Princípios da Legalidade da Administração Pública e da**

Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. In: Revista de Direito

Público. Brasília: Supremo Tribunal Federal. 1987 (nº. 84 – out-dez/87 – ano XX).

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 2ª. ed. São

Paulo: Atlas, 2001.

GREER, Steven. **“Balancing” and the European Court of Human Rights: a contribution**

to the Habermas-Alexy debate. In Cambridge Law Journal - nº 63(2). Julho/2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 21 ed. São Paulo: Malheiros,

1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 11 ed. São Paulo:

Malheiros, 1999.

MENDES, Gilmar. **O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo**

Tribunal Federal: novas leituras. Salvador: CAJ - Centro de Atualização Jurídica.

Revista Diálogo Jurídico, v. 1, nº. 5, agosto/2001. Online: Disponível em:

<<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 10/06/2003

PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica – Nova Retórica**. São Paulo: Martins Fontes. 2000.

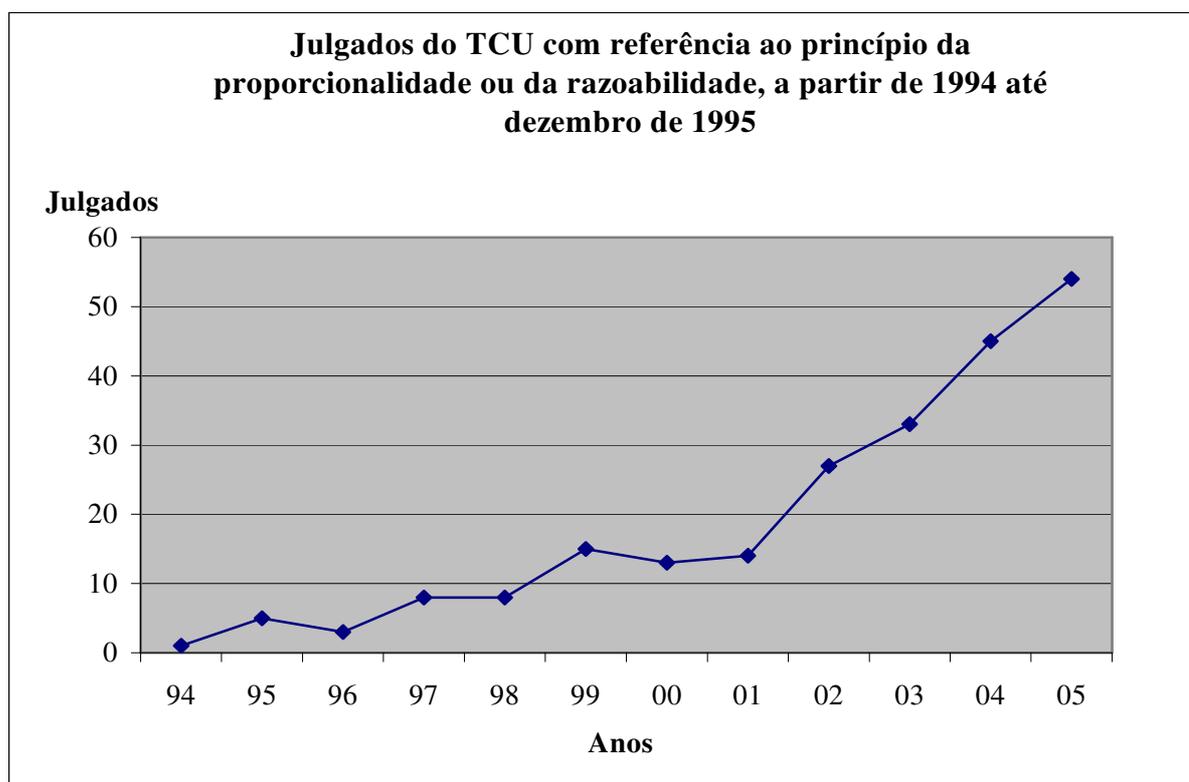
PETER, Christine Oliveira. **A Interpretação Constitucional e a Doutrina de Ronald Dworkin**. In Revista da Escola da Magistratura do Distrito Federal. Brasília: TJDFT. n° 06. Dez/2001.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA/CÂMARA DA REFORMA DO ESTADO. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília, 1995.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4ª. ed. São Paulo: Malheiros. 2002.

ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 2ª ed. São Paulo. Malheiros. 1993.

ANEXO



Fonte: Base de Dados de Jurisprudência do TCU, disponível na Internet, no *site* www.tcu.gov.br. Critério de pesquisa: acórdão e decisões que contenham nos respectivos votos as expressões *princípio da proporcionalidade* ou *princípio da razoabilidade*. Expressão: *princípio da proporcionalidade.voto. ou princípio da razoabilidade.voto*

Anos	Julgados
1994	1
1995	5
1996	3
1997	8
1998	8
1999	15
2000	13
2001	14
2002	27
2003	33
2004	45
2005	54
TOTAL	226