

Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e seu campo de aplicação nos julgados do TCU

Carlos Maurício Lociks de Araújo

O que fazer quando a aplicação de uma norma impõe mais prejuízos aos destinatários que os benefícios dela esperados? Toda infração à norma legal – objetivamente considerada – é reprovável? Quais são os limites do poder discricionário dos agentes do Estado? Essas indagações, com frequência, instigam o intérprete da lei, principalmente quando ele não esteja familiarizado com a hermenêutica jurídica.

É exatamente com essa preocupação – a de escrever algo para quem atua na Administração Pública, principalmente na seara do controle externo, sem intimidade com as técnicas de interpretação do Direito – que se busca, neste breve artigo, apresentar um caminho para a solução dessas dúvidas.

Trata-se dos critérios da proporcionalidade e da razoabilidade, cuja análise, no presente artigo, é ilustrada com alguns julgados do Tribunal de Contas da União, em que seu uso permitiu soluções equilibradas e consonantes com o interesse público.

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.

Carlos Maurício Lociks de Araújo é
Analista de Controle Externo do Tribunal
de Contas da União

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal tem utilizado o crivo da proporcionalidade e da razoabilidade em alguns de seus julgados, sendo emblemática a apreciação da Adin n. 855-2/PR, em 1993¹. Na ocasião, esses critérios foram cabalmente aplicados, inaugurando-se, naquela Corte, o expresse reconhecimento desses princípios em nosso Direito Constitucional.

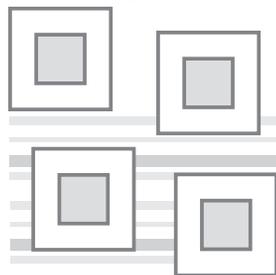
Na mesma linha, o Tribunal de Contas da União vem adotando, em algumas ocasiões, esses critérios de aferição da justeza de atos administrativos, para considerá-los válidos ou não.

Como será visto nas próximas linhas, não se trata de um elemento mágico – ou uma “varinha de condão”, nas palavras de Inocêncio Mártires Coelho², que possa explicar, com um simples toque, todo e qualquer juízo de valor sobre esta ou aquela norma ou ato. Esse princípio tem suas limitações. Pode-se dizer, ainda, que chega a ser perigoso se manejado sem critérios, o que possibilitaria ao intérprete invocá-lo, erroneamente, para externar decisões arbitrárias.

Apenas com um esboço conceitual mais preciso do juízo de proporcionalidade, bem como do seu correlato, o princípio da razoabilidade, é que se pode aplicá-lo com mais segurança.

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE – NOÇÕES TEÓRICAS.

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 Zimmerli³, 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 Mendes⁴ e Paulo Bonavides⁵, aludem a esse princípio como sendo o de adequação.

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 Philippe⁶ mostra que, pela necessidade, não se questiona a escolha operada, mas o meio empregado, devendo este ser dosado para chegar ao fim pretendido.

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.

PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE

Cumprir anotar a freqüente associação sinonímica, no Brasil, entre os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Caio Tácito, Gilmar Mendes, entre outros autores, bem como o próprio Supremo Tribunal Federal, em vários julgados, tratam a proporcionalidade

¹ 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.

² COELHO (2001)

³ Citado por BONAVIDES (2003, p. 396)

⁴ MENDES (2001)

⁵ BONAVIDES (2003)

⁶ citado por BONAVIDES (2003)

de forma equivalente à razoabilidade. Vale esclarecer 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. 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.

Conforme se demonstra a seguir, a despeito de suas diferenças conceituais, os dois princípios visam 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.

No plano do Direito Administrativo, ambos os princípios coexistem, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello.

Para esse autor, 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, para o autor, 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 praticado⁷. Em suma, a lei que atribui poder discricionário a um administrador público repudia os atos desarrazoados.

(...) 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.

Ainda conforme o citado administrativista, o princípio da proporcionalidade, a seu turno, reza que “ninguém deve estar obrigado a suportar restrições em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis à satisfação do interesse público”⁸. 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.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, esse princípio é 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, conforme leciona o mencionado autor.

Esse enfoque dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade relativamente aos atos administrativos é também compartilhado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁹.

Importante registrar, ainda, a positivação infraconstitucional desses princípios, na seara do Direito Administrativo, mediante a Lei n. 9.784, de 29/01/1999. Esse diploma, que regula o processo administrativo no âmbito da federal, contempla expressamente tanto a proporcionalidade quanto a razoabilidade, em seu artigo 2º¹⁰.

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

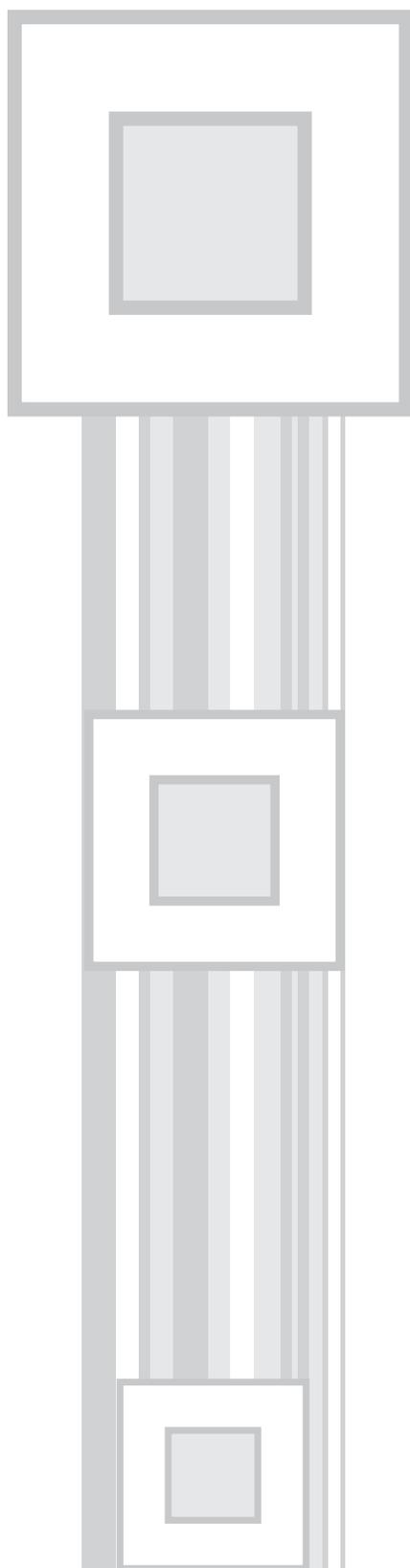
O princípio da proporcionalidade apresenta-se como um princípio geral de Direito Constitucional, ao lado do princípio do Estado de Direito, que o aloja e

7 MELLO (1999, p. 66)

8 MELLO (1999, p. 68)

9 DI PIETRO (2001)

10 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.



legítima. 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 Paulo Bonavides, na obra citada, 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.

Na Constituição do Brasil, a proporcionalidade não figura expressamente em seu texto, mas espalhada de modo difuso. 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. 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 constitucionais¹¹. Em certa medida, os direitos e garantias fundamentais são axiomas da natureza do regime, essenciais à construção do Estado de Direito contemporâneo e à unidade da Constituição. Depreende-se, desses preceitos, que a função principal do princípio da proporcionalidade é proteger o cidadão contra os excessos do Estado e assegurar a defesa dos direitos e liberdades constitucionais.

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 LIV, 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 cunho material, que visa a afastar decisões, atos e normas irrazoáveis.

Neste ponto, é necessário frisar que, como todos princípios inovadores, a proporcionalidade e a razoabilidade defrontam-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.

¹¹ "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)

¹² BARROS (2000, p.204)

"O critério da proporcionalidade mostra-se como poderoso remédio, cujo uso abusivo pode levar à morte a legalidade e a segurança jurídica, mas, se utilizado com cautela e conforme prescreve a boa técnica, cura sérias feridas."

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"¹².

Outras críticas, oriundas de diversos autores, são registradas por Paulo Bonavides⁵. Schmidt afirma que o emprego desse princípio representaria sempre uma decisão, que leva em conta a vontade de quem a toma, sendo impossível pleitear reconhecimento geral. Este autor afirma que corre-se o risco de ver o Direito dissolvido na "justiça do caso particular". Hans Huber adverte para o perigo de um exagero na aplicação dos princípios gerais do direito, pois isso pode acarretar na perda de conteúdo da decisão judicial. Afirma que os juízes, enfatizando princípios tão vastos, se sintam desobrigados a se pautarem nos critérios do direito vigente, havendo, com isso, um "afrouxamento" da lei. Já Georg Ress, Schwabe e Schlink atentam para a questão do nivelamento, pelo uso jurisprudencial do princípio da proporcionalidade, dos direitos fundamentais. Schwabe chega a afirmar que poderia haver um abandono dos diferentes direitos fundamentais em proveito de um "direito fundamental coletivo".

No caso específico do Brasil, Inocêncio Mártires Coelho², conforme mencionado acima, associa o princípio da proporcionalidade à figura de uma "varinha de condão" com que as cortes constitucionais operariam verdadeiros milagres hermenêuticos. 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 do leitor para a necessidade, frise-se, fulcral, de aplicá-lo com comedimento, com as lentes do critério racional. O critério da proporcionalidade mostra-se como poderoso remédio, cujo uso abusivo pode levar à morte a legalidade e a segurança jurídica, mas, se utilizado com cautela e conforme prescreve a boa técnica, cura sérias feridas.

Assentadas essas lições teóricas, convém ilustrar como o Tribunal de Contas da União vem adotando esses princípios, 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.

Como são diversos os acórdãos e decisões¹³ que se ajustam a esses critérios, optou-se por uma seleção apenas ilustrativa, atentando-se a possibilidades diferentes de uso desses princípios.

Decisão n. 1.051/2001 – Plenário.

¹³ O sistema de pesquisa jurisprudencial do TCU – Juris – registra mais de 150 acórdãos e decisões cujos respectivos votos mencionam pelo menos um desses dois princípios.

Na ocasião, o Tribunal considerou contrária ao princípio da razoabilidade decisão administrativa que fixou 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 2.225-25/2001).

Decisão n. 1.245/2002 - Plenário.

Em sede de Pedido de Reexame, o TCU tornou insubsistente determinação anterior que tornara nulo o ato de nomeação de servidores do Ibama (oriundos dos extintos IBDF, SUDHEVEA e SUDEPE), ocorrido em desacordo com a legislação então vigente. Sintetizando os vários argumentos que nortearam a reforma do julgado original, o Tribunal considerou que o 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, seria muito maior do que o bem jurídico que se buscava preservar. A determinação cassada imporia 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, tratava-se de questão controversa, que ensejou longas discussões acerca da legalidade das nomeações então enfocadas. À época em que os servidores ingressaram na Administração Pública, ainda não se exigia concurso público.

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”.

Diferentemente do primeiro exemplo, 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 dos mesmos princípios: condenar e convalidar.

Note-se, por outro lado, que essa decisão, da relatoria do Ministro Iram Saraiva, impôs a insubsistência de 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.

Outro aspecto interessante deste segundo exemplo é a conciliação entre o rigor do princípio da legalidade, que norteia a Administração Pública, vedando, *in casu*, a nomeação de servidores sem que fossem preenchidos os requisitos formais previstos na lei e, de outro lado, 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 Câmara.

Nesse aresto, o Tribunal também excepcionou o rigor do princípio da legalidade, reconhecendo que, apesar da inexistência de autorização legal específica,



eram regulares os pagamentos de anuidades à OAB por conta da atuação de procuradores de seu quadro de pessoal no Rio de Janeiro, localidade distinta da sede da autarquia, em Brasília. Tendo em vista que a ação desses profissionais ocorria em prol do Ipea, não seria razoável deixar que arcassem com os custos dela advindos, sob pena de enriquecimento sem causa do Instituto. Dessarte, o Tribunal, em sede de recurso, tornou insubsistente determinação endereçada ao Ipea para que não mais realizasse tais pagamentos e que provocasse a restituição dos valores pagos.

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.”

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.

Decisão n. 215/1999 – Plenário.

Nesta decisão, o Tribunal respondeu consulta ao Ministério do Meio Ambiente, deixando assente, entre outros entendimentos, que os limites para alterações contratuais fixados peremptoriamente nos parágrafos

1º e 2º do art. 65 da Lei n. 8.666/93¹⁴ 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, nesse 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.

Acórdão 1260/2003 – Plenário.

Nesse acórdão, o Tribunal analisou, entre outras matérias, o dilema do administrador entre ajustar uma

¹⁴ § 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 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.

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. 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.

Acórdão 304/2001 – Plenário.

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 8666/93. 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.

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.

É possível encontrar, ainda, na jurisprudência do TCU, decisões e acórdãos em que os critérios de proporcionalidade e de razoabilidade são invocados com significado genérico, distinto do abordado no presente artigo. Citam-se, nesse sentido, os seguintes julgados: Acórdão 2300/2003 - Segunda Câmara (uso da proporcionalidade na acepção penalógica, para dosar valor de multa); Acórdãos 466/2002 e 160/2004, 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 1844/2003 - Plenário (critério de razoabilidade para avaliar adequação de preços contratados com a realidade de mercado); Acórdão 307/2003 - 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).

Para finalizar, 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.

Para finalizar, 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.

Entretanto, é vital insistir em que o uso desses critérios interpretativos, por envolver certo grau de subjetividade, deve nortear-se pela prudência e pelo comedimento, somente se devendo invocá-los defronte a situações que agridam o senso comum de justiça, evidentemente desarrazoadas, impertinentes, desnecessárias ou desproporcionais. Não é demais dizer que o uso indiscriminado desses princípios pode ensejar decisões arbitrárias ou não isonômicas, ou, ainda, afrontar os poderes normativos. Prevalece, portanto, a regra do “remédio forte”: utilíssimo, porém perigoso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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 14/06/2003.

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

COELHO, Inocêncio Mártires. Curso Avançado de Direito Constitucional (1ª Parte). Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, 2001 (mimeo).

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

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

STEINMETZ, Wilson Antonio. Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.