

eventualmente reputar-se prevalentes também em suas exceções). Assim, ainda que se considerasse que a CF de 1988 não cogita de vedações aos aposentados, para que estas deixassem de vigor, seria necessária a alteração dos estatutos, podendo daí advir estranha situação: a de que o Município, alterando a lei, admitisse a acumulação, quando a União, não alterando a lei, mantivesse a proibição; de tal hipótese decorreria inócua a lei municipal em caso concreto que dissesse respeito a aposentado federal, cuja acumulação, a nível do Município admitida, seria inadmitida a nível da União, gerando de toda forma a indispensabilidade da opção do servidor, com todas as suas consequências.

Prevalendo como prevalecem as vedações de acumular, mais severas aliás do que na CF de 1967 e na Emenda Constitucional de 1969 como demonstrado, eventual exigência de devolução de proventos ou de vencimentos somente se poderia dar depois de oferecida oportunidade regular de opção pelo servidor envolvido, nos termos da norma estatutária. No caso da União, com o prazo de 30 dias (Lei 4.242/63, art. 53, parágrafo único). No caso do Município de São Paulo, com fulcro no art. 60 e seu parágrafo único da Lei 8.989/79, onde não definido o prazo para opção, e exigida a *prova* de má fé em regular processo administrativo para a perda do cargo ou função municipal e restituição do que acaso tenha recebido *indevidamente*.

Não será, no entanto, indevido o pagamento dos proventos decorrentes de regular aposentadoria. Nem será indevido o pagamento da retribuição pelos serviços efetivamente prestados na acumulação ilícita. Ilícita a acumulação, não gera, por si só, o indébito das remunerações pagas. Salvo se, em decorrência da prova de má fé, se verificar cabível a cassação da aposentadoria, em decorrência de posterior verificação de sua irregularidade, devidamente demonstrada em processo administrativo a que se tenha sujeitado o servidor.

Sem que se dê formal oportunidade ao servidor para opção, e após decorrido prazo regularmente definido, não poderá a Administração dispensá-lo ou demiti-lo ou cassar-lhe a aposentadoria.

4.3. Mantido o vínculo funcional, se vier a ser superada a ilicitude da acumulação em decorrência de superveniência de normas constitucionais e legais (pois mesmo diante de expressa permissão constitucional poderá prevalecer proibição da lei ordinária), podem as novas normas ser aplicadas aos casos em andamento.

Porém, se desfeito o vínculo funcional, por opção do servidor, ou por regular decisão administrativa, e encerrada a instância administrativa, impossível a aplicação das normas, mais favoráveis, pois já não mais existente a situação sobre a qual poderiam ser aplicadas.

## RESPONSABILIDADE DO ESTADO – INTERVENCIONISMO ECONÔMICO – ADMINISTRAÇÃO “CONCERTADA”

*Celso Antônio Bandeira de Mello*

Professor Titular da Faculdade de Direito da Pontifícia  
Universidade Católica de São Paulo

### Consulta

1. A Comissão Coordenadora da Política de Compra de Locomotivas – CCPCL, órgão criado no Ministério dos Transportes, pelo Dec. 76.075,

de 31-7-75, com a finalidade de orientar e ordenar a demanda de locomotivas no Brasil, em cumprimento ao disposto no citado diploma, especialmente arts. 4º a 6º, firmou com a Consulente – única empresa que, então, possuía fábrica para a produ-

ção de locomotivas – e com duas outras empresas, em 16-11-76, Protocolo, que instrui esta Consulta, no qual se estabeleceram compromissos recíprocos entre as partes contrapostas.

2. A Consulente atendeu e vem atendendo a todos eles, fiel e rigorosamente, inclusive o de acordar, no Programa BEFLEX, um compromisso de operação líquida de divisas em programa de exportação.

O Poder Público, de seu lado, não adimpliu as obrigações previstas no protocolo. Deixou de realizar – e assim até hoje vem sucedendo – os contratos de compra e venda de locomotivas tal como previstos. Com efeito, desde 16-11-76 até esta data, nem de longe efetuou as compras necessárias à plena ocupação de capacidade de produção da GE-Brasil, tal como prevista no Protocolo, causando-lhe com isto prejuízos e tornando-lhe, ademais, gravoso o cumprimento do acordo BEFLEX.

3. Uma das premissas do Programa BEFLEX da GE-Brasil era a de que, com um volume adequado de produção, assegurado pelo Protocolo, a empresa atingiria uma economia de escala que a tornaria competitiva no mercado internacional proporcionando-lhe, deveras, atender ao que ali fora estipulado, entrosadamente como que se previra no Protocolo.

Sobre ter existido a aludida inadimplência da União, esta veio, finalmente, a extinguir a CCPCL, pelo Dec. 91.533, de 15-8-85.

### Parecer

1. Quando sujeitos de direito se inter-relacionam e firmam documento no qual formalizam o propósito de celebrar determinados negócios, prevendo condutas que se propõem a adotar para satisfação de interesses recíprocos, obviamente há de se presumir seriedade no que foi estipulado. O que haja sido estatuído não se poderá considerar irrelevante, carente de significação jurídica, despido de conseqüências para os signatários. Pelo contrário, haver-se-á de concluir que negociações entabuladas e formalizadas em termo, protocolo ou documento do gênero, expressam manifestação responsável, produzida exatamente para compor um liame jurídico entre os partícipes, de molde a estratificar a concórdia sobre os pon-

tos de recíproco interesse, de sorte a engajá-los no que estabeleceram.

Uma vez enunciado o objeto da tratativa, esclarecidos os vínculos que as partes se propõem a travar, abrem-se para elas expectativas fundadas, assentes sobre aqueles mesmos termos compostos e que foram estampados exata e precisamente para fins de nortear as condutas que assumirão.

Assim, não terão produzido – uma em relação a outra – meras expectativas simples, aleatórias esperanças, mas, pelo contrário, haverão instaurado engajamentos que as comprometem. Deveras, os propósitos externados e documentados assumem forma explícita e são assinados justamente para influir, de logo, na conduta das partes; a final, para isso são expendidos. Portanto, levam-nas a proceder (ou pelo menos devem levá-las a proceder), subseqüentemente, de maneira a desencadear as providências presumidas pelo teor do que hajam composto no formal entendimento estabelecido.

2. Tais atos convencionais, preliminares aos vínculos neles previstos, muitas vezes demandam a pronta adoção de medidas sucessivas, pois as partes têm que se aprestar para os negócios em vista dos quais firmam os termos, protocolos, etc. Implicam diligências, desembolsos e até – algumas vezes – impõem a contratação de outro negócio, mencionado como condição prévia à realização do negócio principal a que se refere o documento em que se enlaçaram. Pode dar-se, inclusive – como se passa no caso *sub consulta* – que as relações jurídicas propostas como condicionais à efetivação do negócio principal ou integrante de sua complexidade total devam ser realizados entre as *mesmas* partes. Quando isto se dá fica caracterizado o entrosamento econômico entre a estatuição inicial que enlaçou os sujeitos e estoura relação.

Uma vez travado o vínculo ancilar, resultará claro que foi posto em execução o que se continha no documento em que as partes convencionaram engajar-se. Assim, *pelo menos a partir daí*, resultará inequívoco ter havido um engajamento firme entre as partes e o comprometi-

mento delas em relação ao que inicialmente fora estipulado.

3. De outro lado, como o negócio principal prometido e o negócio ancilar se embricam, há um interesse econômico que os associa. Não será raro que a relação ancilar tenha sua viabilidade alimentada pela conclusão do negócio principal ou vice-versa, conforme o interesse de cada parte. Então, é evidente que a relação ancilar só continuará a obrigar a parte que se engajou – vinculada à promessa do negócio principal – se este efetivamente vier a ser integralmente cumprido, tal como fora estabelecido. Se a contraparte deserta em cumprir precisamente aquilo que suscitara o liame entre os sujeitos, obviamente terá deixado a descoberto quem nele se fiou.

Com efeito, o adimplente, isto é, quem deu seguimento hábil aos entendimentos estabelecidos e que à face deles se engajou (como lhe era requerido), não tem por que suportar-lhe conseqüências se a parte contraposta for inadimplente em relação ao prometido. Em suma: a parte inocente já haverá sofrido um agravo jurídico com o só fato da inadimplência da outra; de fora parte danos patrimoniais indenizáveis, se realizou investimentos e despesas tornados frustrados ante a deserção da parte contraposta, havendo-os efetuado para expedição do que lhe competia fazer ao lume do acordo inicial. Seria um contra-senso que lhe coubesse um duplo prejuízo; isto é, além deste, o agravo suplementar de arcar com os encargos de outro negócio (travado com o próprio inadimplente) – negócio cujo êxito se vinculava a uma conduta prevista do inadimplente e que lhe foi por ele sonegada.

4. Estas noções singelas, que até dispensam qualquer esforço de construção teórica, por serem expressivas de rudimentar senso jurídico, transitam por igual no Direito Privado e no Direito Público. Nesta última província do Direito possuem ainda maior consistência, pois a força do que se enunciou é mais aliciante, dadas as peculiaridades da posição jurídica do Estado.

Desde logo, os comportamentos estatais, mais que os de qualquer outro sujeito, não de se presumir sérios, verazes e legítimos. Terão de ser res-

ponsáveis e estritamente esforçados no princípio da boa fé e a da lealdade nas relações jurídicas. Além disso, mais que qualquer outro, o Estado deverá empenhar-se no rigoroso cumprimento da ordem jurídica, mostrando-se deferente em obedecer ao Direito e em cumprir todas as suas esta-tuições.

Deveras, múltiplas razões concorrem para fornecer calço e aval a tais assertivas. É da própria índole, é da essência do Estado de Direito e das missões inerentes ao Poder Público justamente as que o caracterizam e lhe dão especificidade como sujeito de direitos) espelhar em sua conduta estes atributos a que se aludiu.

O Estado não é uma expressão dos governantes. Este é que são instrumentos de expressão de uma pessoa jurídica, cujo fito único é realizar o interesse público debaixo do império da legalidade. *Não há interesse público, juridicamente qualificável como tal, fora dos quadros da ordenação normativa.* É que o projeto nuclear do Estado de Direito é assujeitar o Poder Público integralmente aos quadrantes do Direito, como meio de proteção aos membros do corpo social, a fim de que não haja exercício desatado do Poder.

5. Assim, o aparelho estatal, para cumprir os fins que lhe são conaturais no Estado de Direito, tem de apresentar-se como guardião da ordem jurídica e fiel agente dela. Isto lhe impõe o dever de cumpri-la rigorosamente e de respeitar, com escrupuloso zelo, os engajamentos e compromimentos advindos de suas condutas nas relações estabelecidas com terceiros. Donde, em quaisquer de seus atos, o Estado – tanto mais porque cumpre a função de ordenador da vida social – tem de emergir como interlocutor sério, veraz, responsável, leal e obrigado aos ditames da boa fé. De seu turno, os administrados têm de agir fiados na seriedade, responsabilidade, lealdade e boa fé do poder público. A atuação dos particulares é, na mais larga medida, notadamente em matéria econômica, condicionada a decisões, planos e compromissos estatais. Sobretudo quando o administrador trava relações específicas com o Estado, firma documentos em que ambos se enlaçam em vista de atuações de parte a parte, resulta óbvio que se entrega e só

pode se entregar, confiadamente, à seriedade, lealdade e firmeza do que foi estabelecido. Daí que o Estado não pode alhear-se às consequências que daí promanam.

Por isso, mesmo quando é por atos unilaterais que o Poder Público incita sujeitos econômicos a procederem de dado modo e lhes frustra as expectativas com o “*venire contra factum proprium*”, causando-lhes agravos especiais, reconhece-se a responsabilidade do Estado. Sobre isto, assim se pronunciou o eminente Professor gaúcho Almiro do Couto e Silva: “Sendo o princípio da boa fé princípio geral de direito, é irrecusável que a ele também se submete o Estado. Já vimos, no entanto, que a supremacia do interesse público sobre os interesses individuais torna admissível que, via de regra, o Estado modifique os rumos de sua política e possa, igualmente, alterar seus planos. A frustração de expectativas é, pois, algo ineliminável na atividade estatal. Há situações, contudo, em que o Estado incentiva de forma tão nítida e positiva os indivíduos a um determinado comportamento, mediante promessas concretas de vantagens e benefícios, que a violação dessas promessas implica infringência ao princípio da boa fé, cabendo ao Estado indenizar os danos decorrentes da confiança” (“Responsabilidade do Estado e Problemas Jurídicos Resultantes do Planejamento”, RDP 63/33, set./82).

Marcel Waline também chama a atenção para o fato de que *ordens e contra-ordens econômicas* suscitadas pela conjuntura econômica podem acarretar para algum ou alguns poucos industriais um gravame particular, especial, mesmo sem estar em pauta uma falha do serviço público, uma culpa do Poder Público. Anota que em hipótese do gênero cabe a responsabilização do Estado, com base no princípio da igualdade (*Droit Administratif*, Sirey, 1963, 9ª ed., pp. 892-893).

6. É sabido, de outra parte, que o Direito brasileiro consagra, no art. 107 da Carta Constitucional, a responsabilidade das pessoas jurídicas de Direito Público pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros. Excusa relembrar, aqui, a notória evolução da responsabilidade estatal ocorrida em todos os quadrantes

da Terra e que no Brasil veio a implicar, desde a Constituição de 1946 (art. 194) na acolhida da responsabilidade objetiva. Esta, quando cabível, comporta responsabilização tanto por atos ilícitos como por comportamentos lícitos, materiais ou jurídicos. De outra feita, trouxemos à colação as seguintes hipóteses de obrigação de indenizar oriunda de comportamentos lícitos: por atos jurídicos “como, por exemplo, a determinação de fechamento legítimo e definitivo do perímetro central da cidade a veículos automotores, por razões de tranqüilidade, salubridade públicas e desimpedimento do trânsito, que acarreta para os proprietários de edifícios-garagem, devidamente licenciados, indiscutível dano patrimonial anormal”; por atos materiais “como, por exemplo, o nivelamento de uma rua procedido com todas as cautelas e recursos técnicos, que, entretanto, pelas características físicas ambientais, implica ficarem algumas casas em nível mais elevado ou rebaixado em relação ao leito da rua, causando séria desvalorização daqueles imóveis” (*Ato Administrativo e Direito dos Administrados*, Ed. RT, 1981, p. 144).

Assim, não haverá duvidar que se o Poder Público, mesmo procedendo legitimamente, retrocede sobre medidas econômicas pelas quais incitara positiva e diretamente a conduta de algum ou alguns poucos indivíduos, mediante engajamento firme, e com isso lhes causa danos especiais e *anormais*, terá de responder por tais prejuízos, nos termos do art. 107 da Carta do País. Pode-se, mesmo, ao respeito, lembrar a fórmula sintética adotada pelo Conselho de Estado Francês, correntemente empregada, e que André de Laubadère (*Droit Publique Économique*, Dalloz, 3ª ed., 1979, p. 460) considera exprimir a orientação básica daquela corte em matéria de responsabilidade oriunda de danos pelo intervencionismo; terá cabimento se a conduta estatal houver no caso: “Fait subir au requérant, dans l’interêt général, un préjudice particulier qui, à raison de la gravité, ne saurait être regardé comme une charge lui incombant normalement”.

Note-se, finalmente, que a posição do Direito brasileiro é, em razão mesmo do art. 107 da CF, mais generosa que a do Direito francês.

Em suma, nas relações entretidas pelo Estado com terceiros, oriundas de intervencionismo econômico e desde que haja “engajamento firme”, como dizem os doutrinadores franceses, se o Poder Público retroceder em seus compromissos – ainda que fundado em razões de interesse público – deixando de cumprir total ou parcialmente o que ficara estatuído, responderá pelos danos causados aos que, fiados no compromisso estatal, efetuaram desembolsos, destarte tornados frustrados.

Com muito maior razão, se o Estado descumprir o que fora concertado no projeto econômico, ficam desatadas as obrigações que o administrado haja com ele contraído em negócio ancilar, imposto pelo próprio Poder Público à conta de requisito encartado no aludido projeto, e que se tornou gravoso para o administrado em face da inadimplência total ou parcial do Estado em relação ao estatuído no projeto econômico avençado.

Estas considerações gerais servem de pano de fundo para exame das questões suscitadas na Consulta.

### O caso concreto

7. A União, através da CCPCL – Comissão Coordenadora de Política de Compra de Locomotivas, órgão do Ministério dos Transportes, firmou com a Consulente e duas outras empresas, um “Protocolo” para “implantação de fábricas de locomotivas no Brasil e desenvolvimento da já existente.” Nele se estabeleceram “princípios e normas básicas que nortearão a implantação de fábricas de locomotivas no Brasil, bem como o desenvolvimento da já existente” (que é fábrica da consulente).

Neste protocolo, tais princípios e normas que constituem a complementação de negociações entre a CCPCL e as empresas signatárias (item 6 do Protocolo), foram resumidos em alguns itens, entre eles os que:

— A Consulente executará o desenvolvimento de seu parque industrial de acordo com projeto aprovado pelo CDI, salvo quanto aos índices de nacionalização, que serão os mesmos para as três empresas signatárias (item B do protocolo);

— Em períodos sucessivos de três anos, a partir de 1979, desde que cumpridos rigorosamente pelas empresas os projetos aprovados pelo CDI e pela BEFIEX, serão com elas realizados contratos trienais de aquisição de locomotivas *Diesel-Elétricas e Elétricas* – podendo ainda ser negociado com a consulente contrato para o biênio 77/78 – *de acordo com as capacidades de produção aprovadas e visando sua plena utilização* (item C do Protocolo);

— Ditas capacidades *aprovadas, para os efeitos do item C*, seriam, para a consulente, de 90 unidades, sendo 70 Diesel e 20 Elétricas (item D do Protocolo);

— Para as encomendas referidas no item C os índices de nacionalização serão fixados pelo CDI e CCPCL conforme diretrizes da Resolução CDI 49, de 27-5-76 (item E do Protocolo);

— As empresas signatárias *deverão* negociar com a BEFIEX programas de exportação para geração líquida de divisas, cujos pontos de avaliação de desempenho deveriam coincidir com as datas e negociação dos contratos de aquisição de locomotivas para o mercado interno (item F do Protocolo);

— As empresas signatárias comprometem-se a submeter a CCPCL qualquer novo projeto de ampliação de capacidade de produção, antes de apresentá-lo ao CDI, para que verifique se está de acordo com sua política (item H do Protocolo);

— As signatárias obrigam-se ainda a apresentar ao Governo Federal, em 120 dias, um programa de reparação e manutenção das locomotivas fornecidas às empresas ferroviárias brasileiras (item M do Protocolo).

Finalmente, as partes *deixam explícito que se consideram verdadeiramente comprometidas* com o disposto no Protocolo, pois as empresas declaram aceitar o que ali consta, concordando em que lhes seja aplicável como norma vigente, “uma vez atendidos pela administração Federal os *compromissos* por ela assumidos” (item 7 do Protocolo).

Anote-se que o estabelecido no Protocolo o foi – conforme aliás nele está expresso – em face da Exposição de Motivos nº 200 de 29-7-75 do Mi-

nistério dos Transportes e para dar cumprimento às disposições do Dec. 76.075, de 31-7-75.

8. Deste documento resulta hialinamente claro ter havido um engajamento firme, explícito e formal entre as partes. O Poder Público, que através de sua administração indireta se constitui no *comprador único de locomotivas no País*, incitou positivamente a consulente (juntamente com duas outras empresas selecionadas) a expandir empreendimento neste setor, debaixo de condições expresas e precisas, estipuladas e aceitas, dando como contrapartida o compromisso de adquirir as locomotivas produzidas e cuja produção anual foi também objeto de estipulação e aprovação. Logo, dúvida alguma poderá prosperar sobre o caráter de vinculação jurídica gerado pelo Protocolo e conseqüente comprometimento das partes.

Contudo, se alguma hesitação pudesse haver — a despeito de terem sido explicitadas tanto as obrigações das empresas quanto o engajamento do Poder Público em vir a realizar os contratos trienais, como ainda a especificação da produção anual de locomotivas em vista de tais contratos — tal hesitação ficaria definitivamente espancada em face do item 7 do Protocolo. Este item estampa de modo irretorquível a convicção e o intento das partes de se considerarem vinculadas e reciprocamente comprometidas. Deveras, o citado dispositivo alardeia o caráter convencional do ajuste e a certeza de que se travara um enlace cujo transcurso integral ficou atrelado à adimplência do Poder Público. Com efeito, reza a citada cláusula que as empresas: “expressamente *aceitam* as normas e os princípios básicos fixados neste instrumento, como as regras que, juntamente com as demais aplicáveis, regerão a implantação e o desenvolvimento da indústria de locomotivas no Brasil, *concordando em que o estabelecido neste Protocolo* seja a elas imposto como norma vigente, uma vez atendidos pela Administração Federal os *compromissos por ela assumidos neste instrumento*”.

O cânone em causa enuncia que a Administração Federal assumiu “compromissos neste instrumento”, esclarece que a consulente concorda que o estabelecido no protocolo lhe seja imposto

como norma e ressalva que tais imposições atrelam-se ao atendimento pela Administração Federal daquilo a que ficou comprometida.

9. Informa a consulente que adimpliu e vem adimplindo todas as obrigações por ela assumidas: cumpriu o plano de expansão aprovado pelo CDI, assinou o acordo BEFLEX de exportação e geração de divisas, ao qual vem dando regular cumprimento, e apresentou, no prazo estabelecido, o programa de reparação e manutenção das locomotivas.

De revés, o Poder Público desertou em atender aquilo a que se comprometera, pois desde a assinatura do Protocolo (16-11-76) até o presente os contratos de compra e venda de locomotivas efetuados pelas empresas estatais com a consulente nem de longe se aproximam dos números necessários à plena ocupação da sua capacidade de produção, tal como aprovada no Protocolo. Razões de política econômica ditaram esta reviravolta, e a tal ponto que a própria CCPCL veio a ser extinta, pelo Dec. 91.533, de 16-8-85.

Em decorrência desta inadimplência da Administração Federal, informa a consulente que, como é natural, ficou sem condições de atingir uma economia de escala que a tornaria competitiva no mercado internacional e lhe ensinaria ali colocar seus produtos, de molde a dar satisfação plena ao acordo BEFLEX, travado por força do próprio Protocolo e em face das condições nele previstas.

Relata, ainda, que no citado acordo BEFLEX (Cláusula 8ª) há remissão ao Protocolo em apreço, mediante referência à obrigação de atender aos índices de nacionalização conforme nele estatuído.

10. Sendo certo e indubitoso que o Protocolo gerou engajamento firme entre as partes, não há como recusar responsabilidade do Estado — que, de toda sorte, adviria do art. 107 da Carta do País — pelos prejuízos que a consulente haja sofrido em conseqüência do descumprimento, pelo Poder Público, daquilo a que se obrigara. Vale dizer: assiste à consulente reparação por despesas e investimentos que haja feito *especificamente em razão*

do *compromisso estatal* descumprido e na medida do gravame causado pelo descumprimento. Ou seja: não lhe cabe indenização por lucros que deixou de realizar, pois o Protocolo representou um compromisso de contratar a aquisição de determinados bens, não sendo, ele mesmo, contrato de aquisição daqueles bens. O estabelecido no Protocolo, por ser providência típica do que se convencionou denominar “administração concertada”, obviamente estava sujeito a alterações ditadas pelo interesse público, sendo-lhe implícita esta possibilidade. Apenas, tais alterações não são inseqüentes para o Poder Público. Cabe à consulente indenização pelo que haja tido que despende, em vista do estatuído no Protocolo, sem a contrapartida correspondente; isto é, na medida em que a inadimplência do Estado lhe significou um desembolso prejudicial, não compensado, tanto mais porque o mercado interno de locomotivas é constituído por entidades da Administração Indireta.

11. Outrossim, posto que a obrigação de firmar o acordo BEFIEX incluía-se no Protocolo, como requisito imposto pelo Poder Público à consulente, o atrelamento de ambas as relações aparece como evidente. É algo explicitado, sobre o que não podem pairar dúvidas. Onde, a inadimplência do Estado em relação aos termos do Protocolo, libera a consulente de cumprir obrigações do acordo BEFIEX, pois estas foram assumidas na intimidade de um contexto que se desarticulou por obra do próprio Poder Público. Dadas as repercussões econômicas do descumprimento de uma relação sobre o conteúdo da outra, viu-se afetada gravosamente a posição da consulente no acordo BEFIEX.

Seria um contra-senso admitir que, tendo sido travados entre as mesmas partes dois negócios entrelaçados, possa uma delas, descumprindo as obrigações assumidas em um dos negócios, dificultar ou inviabilizar o cumprimento do outro negócio pela contraparte e pretender, demais disso, que o adimplente arque com as conseqüências gravosas a que ele, o inadimplente, deu causa.

Onde, o Poder Público jamais poderia, sem ofender o princípio da boa fé, invocar, contra a consulente, pretensões jurídicas argüíveis com

base no acordo BEFIEX para exigir-lhe a persistência das obrigações ali contraídas.

O eminente jurista espanhol Jesus Gonzales Perez, em preciosa monografia sobre o princípio da boa fé averbou:

“El principio general de la buena fe no solo tiene aplicación en el Derecho Administrativo, sino que en este ámbito adquiere especial relevancia. Como dice, Guasp ‘todos los campos del derecho estatal son clima propicio, como cualquier otro, al desarrollo de esta verdadera patologia de lo jurídico. Y es más, ella se da en el seno de los principales elementos que conjugan la relación jurídica estatal: la Autoridad y el súbdito.

“Porque, en afecto, la presencia de los valores de lealtad, honestidad y moralidad que su aplicación comporta es especialmente necesaria en el mundo de las relaciones de la Administración con los administrados” (*El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*, Madri, 1983, p. 15).

Ora, a boa fé impõe uma conduta leal entre as partes e interdita ao Poder Público buscar proveitos, ganhos, vantagens à custa do sacrifício da outra. Por isso Agustin Gordillo, ao tratar dos contratos administrativos, fez a seguinte oportuna advertência: “Se dice así que los contratos administrativos son esencialmente de buena fe, lo que lleva a que la Administración no deba actuar como si se tratara de un negocio lucrativo, ni a tratar de obtener ganancias ilegítimas a costa del contratista, ni a aprovecharse de situaciones legales o facticas que la favorezcan en perjuicio del contratista” (*Contratos Administrativos*, Asociacion Argentina de Derecho Administrativo, 1977, p. 15).

Não se imagine que o Poder Público, pela posição eminente que ocupa na ordem jurídica, pode levar-se de atender a certos princípios gerais que informam todo o Direito. Eduardo Garcia de Enterria, um dos mais prestigiosos administrativistas do mundo na atualidade, salientou: “La Administración – hay que repetirlo una vez más – no es un poder soberano, sino una organización subalterna al servicio de la comunidad, y por esta simplicísima e incontestable razón no puede pretender apartar en un caso concreto, utilizando una potestad discrecional, la exigência particular y determinada que

dimana de um principio general del Derecho en la materia que trate. La Ley que ha otorgado tal potestad de obrar no ha derogado para ella la totalidad del orden juridico, el cual, con su componente esencial de los principios generales, sigue vinculando la Administración” (*Curso de Derecho Administrativo*, Ed. Civitas, vol. I, 4ª ed., 1983, p. 449).

12. Muito menos haveria supor que a intransigente procura de certos proveitos econômicos pela Administração justificar-se-ia, mesmo com agravo ao princípio da boa fé, em nome da supremacia dos interesses públicos. É que nem tudo que aproveita ao “*aparelho estatal*”, a este centro subjetivado de direitos e obrigações nominado Estado, consiste verdadeiramente em um interesse público ou interesse primário, isto é, àquele que ao Estado compete indeclinavelmente prover.

Renato Alessi, trazendo à colação lições de Carnelutti e Piccardi, elucida que não são de confundir os interesses públicos propriamente ditos (isto é, interesses coletivos, interesses *primários*) como interesses chamados secundários, que o sujeito Estado, à moda de qualquer outra pessoa, pode igualmente ter. Só os primeiros é que lhe incumbe efetivamente buscar em sua missão própria; os segundos, são atendíveis tão-só na medida em que venham a coincidir com os interesses primários. São suas as seguintes averbações: ‘Questi interessi pubblici, colletivi, dei quali la amministrazione deve curare il soddisfacimento, non sono, si noti bene, semplicemente l’interesse dell’amministrazione intesa come apparato organizzativo, sibbene quello che è stato chiamato (‘interesse collettivo *primario*, formato dal complesso degli interessi individuali prevalenti in una dada organizzazione giuridica della collettività. Mentre l’interesse dell’apparato, se può essere concepito un interesse dell’apparato unitariamente considerato, sarebbe semplicemente uni degli *interessi secondari* che si fanno sentire in seno alla collettività, e che possono essere realizzati soltanto in caso di coincidenza, e nei limiti si siffatta coincidenza, con l’interesse collettivo primario” (*Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, A. Giufrè, 3ª ed., 1960, pp. 197 e 198 – grifos nossos).

O autor exemplifica apostilando que o Poder Público poderia ter interesse em pagar o mínimo possível a seus servidores ou em tributar exacerbadamente os cidadãos, pois assim, no primeiro caso, despenderia importâncias modestíssimas com pessoal e abarrotaria seus cofres com tributos, no segundo caso. Mostra, contudo, que tais interesses não são verdadeiramente interesses públicos, interesses primários, que deve perseguir. São apenas interesses secundários que, à moda de qualquer outro sujeito poderiam ser para ele concebidos, mas não coincidem com sua razão de existir e, exatamente por isso, não podem ser buscados pelo Estado. Não é interesse público, verdadeiramente, desconhecer direitos alheios, atuar em descompasso com as exigências da ordem normativa, afrontar princípios gerais de Direito, como os da lealdade e da boa fé.

Em outra oportunidade, havendo trazido à baila este descrímen, de uso corrente e moente na doutrina italiana, agregamos aos exemplos mencionados por Alessi, de indevida busca de interesses secundários, os seguintes: “a recusa, em sede administrativa, de rever atos cuja incorreção já tenha averiguado ou a teimosa defesa judicial nos casos de lançamento de tributo indevido, de multa inadequada, de injusta punição a servidor público, de sonegação de direitos e vantagens que assistiam a estes, de busca de proveito em detrimento do contratante, pretendendo locupletar-se... etc.” (*Ato Administrativo*, cit., p. 16, nota 13).

Vale dizer: no aparelho estatal podem se encarnar interesses de ordem patrimonial, secundários, como se encarnariam em qualquer sujeito, mas o dever que incumbe ao Estado é o de buscar os interesses assinalados na ordenação normativa. Daí que o reconhecimento de direitos alheios, o escrupuloso respeito à lealdade, à boa fé, à conduta proba, à legalidade são exigências das quais o Poder Público não se pode evadir para manter-se atinado – como lhe cabe – com os ditames do Estado de Direito. E a boa fé, nas palavras reconhecidas pelo precitado mestre Jesus Gonzales Perez na Jurisprudência espanhola: “... significa confianza, seguridad y honorabilidad basada en ella, por lo que se refieren sobre todo al cumplimiento de la palabra dada, especialmente la palabra fe, fidelidad, quiere decir que una de las

partes se entrega confiadamente a la conducta leal de otra en el comportamiento de sus obligaciones, fiado en que esta no le engañará” (ob. cit., p. 40).

Ora, se alguém se entrega ao cumprimento de uma obrigação perante o Estado e por isso com ele se engaja em outra relação, confiado em que a primeira seria cumprida pelo Poder Público, não pode ser compelido a manter-se naquela que travou e se lhe tornou gravosa, por arte do próprio Estado ao inadimplir o que lhe cabia no liame original. Qualquer pretensão do Estado neste sentido seria inválida por ofensiva à lealdade e boa fé. Com efeito, são ainda de Gonzales Perez as seguintes judiciosas ponderações: “El principio de la buena fe puede aponerse para enervar el ejercicio de um derecho o una potestad” (ob. cit., p. 63).

13. Por derradeiro, cumpre referir que o fato de ter sido extinta a CCPCL, pelo Dec. 91.533, de 16-8-85, não interfere para nada com as considerações até aqui desenvolvidas; isto é, em nada afeta responsabilidade que possa derivar, para o Poder Público, em razão de prejuízos causados à Consulente, nem, de outra parte, concorre para turbar a conclusão de que esta não pode ser compelida a cumprir o acordo BEFIEX, uma vez descumprido o Protocolo pelo Estado.

Com efeito, a Consulente relacionou-se com a pessoa jurídica da União. Esta, ao vincular-se, fê-lo através de órgãos. As pessoas jurídicas expressam-se por meio de seus *órgãos*, que são suas repartições intestinas, correspondentes a círculos de atribuição manifestados mediante agentes neles prepostos. Os distintos Cometimentos de uma pessoa repartem-se entre diferentes segmentos interiores do sujeito, cabendo a cada qual uma parcela de poder para agir. Estes círculos internos de atribuições constituem-se, simplesmente, em canais de expressão da unidade “pessoa”.

Os órgãos estatais, portanto, são meros aparelhos íntimos de um sujeito, que servem para distribuir, em parcelas, o feixe total de atribuições da pessoa pública e para exprimir os direitos e as obrigações da *própria pessoa considerada em seu todo*. Quem adquire direitos e quem contrai as obrigações assumidas é a pessoa e não os ór-

gãos. Estes são os condutos pelos quais se constituem os direitos e obrigações da pessoa jurídica.

Órgãos não são pessoas; não se distinguem do sujeito de direito a que pertencem.

Enzo Capaccioli, em obra recente, assim se exprimiu sobre a questão: “Organo e personalità giuridica sono strettamente contradditori: se il organo è il mezzo per la imputazione dell’attività atti e degli effetti alla persona giuridica, no si comprende che cosa significhi che l’organo abbia a sua volta una distinta e propria personalità giuridica” (Manuale de Diritto Amministrativo, Cedam, 1980, vol. I, p. 205).

A seu turno, Agustin Gordillo, figura pinacular do Direito Administrativo latino-americano, descreveu com absoluta perfeição este aspecto, sublinhando ao demais, com tal rigor, que órgãos não têm direitos e obrigações próprios perante terceiros, donde não poderem ser discernidas as relações que os hajam gerado daquelas que hajam ligado a pessoa a outros sujeitos de direito. “*Sic*”: “El organo, precisamente por ser un medio para imputar una actuación o una voluntad al ente del cual forma parte, no constituye una persona diferenciada del mismo, sino que se confunde como parte integrante de el: *no tiene, pues, derechos o deberes diferenciados del ente del cual se desprende*” (Tratado de Derecho Administrativo, Ed. Macchi, 1974, t. I, Cap. IX, IX-2).

Uma vez que os órgãos não têm personalidade, não contraem direitos e obrigações senão para a pessoa que integram, as relações travadas pela Consulente, através da CCPCL, tanto como as advindas do acordo BEFIEX, são relações travadas com o mesmo sujeito de direitos: a União Federal. Assim também, a extinção da CCPCL, mero órgão da União, em nada e por nada afeta os vínculos por meio dela constituídos com o sujeito de direitos União.

14. Ante todo o exposto e considerado às indagações formuladas na consulta respondo:

I – O Protocolo firmado entre a consulente e o Poder Público constituiu engajamento firme entre as partes, gerando direitos e responsabilidades recíprocas;

II – Dito Protocolo, travado com a CCPCL, configura relação jurídica entre a consulente e a União agindo por meio daquele órgão, de sorte que a extinção da CCPCL não significa exoneração da União, que foi o sujeito de direitos vinculado com respeito aos engagements e responsabilidades que daí surdiram;

III – O descumprimento por parte da União, ainda que por motivos de interesse público, de compromissos assumidos no Protocolo e que tenham causado danos econômicos à consulente são indenizáveis, cabendo-lhe acobertamento de prejuízos que haja tido com desembolsos não compensados e efetuados em razão do Protocolo, na medida do gravame decorrente do incumprimento;

IV – Há evidente conexão entre o Protocolo e o acordo BEFIEX firmado pela consulente, pois existe menção explícita de um a outro, configurando entrelaçamento indiscutível deles e repercussões econômicas sobre o segundo, em caso de descumprimento do primeiro;

V – A inadimplência da União em relação ao Protocolo desarticula o equilíbrio composto no acordo BEFIEX. O descumprimento do Protocolo pela União e sua persistência em seguir descumprindo-o é fundamento bastante para retirar-lhe a possibilidade de exigir da consulente o atendimento do Programa BEFIEX.

É o meu parecer.

São Paulo, 2 de dezembro de 1985.