

Parecer
PG/GAB nº 1/97-DBB

Gratificação de desempenho fazendário previsto na Lei Municipal nº 1933 de 29 de dezembro de 1992, como aplicada pelo Decreto nº 12.335, de 15 de outubro de 1993. Legalidade do decreto em face à norma de autorização.

DA QUESTÃO

A questão em análise é a legalidade do Decreto nº 12.335, de 15 de outubro de 1993, em face da Lei Municipal nº 1933 de 29 de dezembro de 1992, no que toca especificamente à atribuição de vantagens aos servidores da Secretaria Municipal de Fazenda, integrantes do chamado Grupo Fazendário, titulares de cargos de nível médio.

A lei em questão dispõe, em seu art. 1º, o seguinte:

Fica instituída a Gratificação de Desempenho Fazendário, a ser atribuída aos servidores ocupantes de cargos efetivos integrantes do Grupo Fazendário, até o limite individual de duzentos e

quarenta pontos, com valor unitário referidos no art. 3º e parágrafos da Lei 1563, de 5 de março de 1990, em virtude da contribuição para o real incremento da arrecadação municipal.

O decreto em análise dispõe assim, no pertinente:

O valor da Gratificação de Desempenho Fazendário será calculado no valor unitário do ponto, mensalmente, consoante o art. 3º da Lei 1.563/90, observado para os ocupantes do Grupo Fazendário um limite individual de 240 (duzentos e quarenta) pontos.

Parágrafo único - Os pontos referidos no caput deste artigo serão auferidos em:

I - até 240 (duzentos e quarenta) pontos para os funcionários de cargos que exigem nível de escolaridade em grau superior;

II - até 160 (cento e sessenta) pontos, para os funcionários de cargos que exigem escolaridade em segundo grau.

A questão trazida a nossa consideração consiste exatamente na articulação entre a lei que confere poderes ao Poder Executivo para conceder a gratificação e o decreto que a aplica a seus destinatários. Na peça inicial deste processo a questão é ainda mais estreitamente cesurada, apontando para falhas que, no entender do seu subscritor, feririam a legalidade do ato do Prefeito. Dirijo-me, pois aos dois pontos a que se volta a peça inaugural:

que o Decreto citado *inovou contra direito* dos integrantes da Associação, ao fixar um limite de pontos para os servidores de escolaridade de segundo grau.

que a lei autorizativa da concessão da vantagem não havia previsto tal discriminação.

DO PRESENTE PROCESSO

O presente processo, curiosamente, deixa de conter qualquer postulação específica, não se constituindo pois num daqueles "processos oriundos de requerimento" a que se refere o Código de Procedimento Administrativo Municipal (Decreto nº 2.477/80), cujo procedimento tutela direitos subjetivos sob o amparo do *due process of law*. Com efeito, inaugurado com duto pronunciamento do administrativista Diogo de Figueiredo Moreira Neto, prossegue em tom rigorosamente teórico, que, a rigor, não ensejaria a manifestação do órgão central do Sistema Jurídico Municipal, *ex oribus*, manifestando o entendimento oficial do ente público.

Em preito ao magistério ilustre do parecerista, e em atenção ao interesse, em tese, da Associação dos Agentes de Fazenda do Município do Rio de Janeiro, que encomendou a douda peça doutoral, prosseguimos porém na análise da questão suscitada.

Precaução suplementar impõe-se ao parecerista, ao apreciar os vigorosos e brilhantes argumentos de um Diogo de Figueiredo Moreira Neto, em matéria administrativa. Felizmente, alenta-o a ponderação do Conselheiro Ribas, falando no século XIX, quanto à verossimilhança dos discursos jurídicos.

Ribas distingue o discurso acadêmico, desinteressado e científico, ao qual toda a veneração se deve; o discurso do parecerista, que àquele se amolda no estilo, quando não no propósito; e o discurso inflamado, parcial, reconhecível de pronto, do advogado forense, em defesa dos interesses e, por algumas vezes, do direito de seu cliente. Ao julgador, aconselha Ribas, há que se recomendar a verossimilhança que existe no desinteresse do jurista acadêmico; a iluminação que resulta da manifestação interessada, mas douda, do parecerista; e o denodo que se revela no interesse desbragado e militante do advogado.

Ribas não menciona, mas quem o faz é o próprio Diogo de Figueiredo, em manifestação acadêmica sobre o papel das procuradorias públicas, quanto a verossimilhança dos pareceres como o que agora se lavra.

Manifestando-se sobre um ponto de Direito, suscitado regularmente perante o órgão legal de consultoria jurídica, o Procurador exprime não a retórica partidária, nem o eventual fulgor de sua ideologia jurídica, mas o entendimento equânime e ponderado do próprio Estado, em seu ramo executivo. Sem prevenções nem postulações, o parecer deve expressar o melhor juízo do Executivo sobre a própria legalidade de seus atos, para corrigir os desacertos, e corroborar a ação justa da Administração.

As garantias constitucionais, buscando não só o *dever*, mas a *segurança* de imparcialidade, dão ao Judiciário o poder de reexaminar tal juízo do Executivo, o qual, por melhor que seja, não terá o poder de decidir coisa julgada, fazendo – como diz a parêmia – do quadrado, redondo, e do escuro, claro. Mas a possibilidade de revisão na instância judicial, ensina o mestre Diogo de Figueiredo, não livra o Procurador do dever de imparcialidade, nem lhe faculta o temor reverencial.

Assim é que o presente pronunciamento, que não ousa ante-*por-se* à iluminação do parecer de Diogo de Figueiredo, terá, caso o acolha a ilustre Chefe desta Casa, uma natureza diversa do trabalho do insigne jurista: não será um discurso de sapiência, mas de *auctoritas*. Delficamente, fala o Estado pela boca de seu órgão de Procuradoria, sempre sob o presságio maior, mas eventual, da revisão judiciária.

DA VICISSITUDE DOS DECRETOS

A essência dos doutos argumentos de Diogo de Figueiredo é que o decreto não se conformou à letra da lei autorizativa, ao criar um *discrímen* nela não especificamente autorizado. Assim, o decreto, aplicando a autorização legal, deveria subordinar-se total e literalmente à letra da lei. Para o ilustre doutrinador, este, e qualquer decreto, é reservado, limitado e controlado pelo texto da lei.

Como apelamos, mais acima, à estilística sutil do Conselheiro Ribas, temos aqui, quando começamos a enfrentar a questão jurídica da natureza dos decretos, de lembrar outro desencantador de discursos: Gaston Bachelard. O epistemólogo francês ensina que o processo de conhecimento encontra certas resistências, as quais têm muito em comum com as barreiras com que se depara o psicanalista em sua pesquisa da subjetividade.

Assim é que o físico encontra, para chegar aos conceitos mais abstratos, a dificuldade de eliminar de seu raciocínio o fascínio pela materialidade dos objetos – a lenda de Newton e de sua maçã o perseguem. O sensível, o tangível, o imediato, desviam seu discurso, resistem à conceituação, ao processo de abstração. A evolução da Ciência fica frequente e longamente sustada por resistências mínimas, irrelevantes, cujo poder só se explica por uma psicanálise do conhecimento.

Quando se observa a evolução do conceito de Poder Regulamentar, em Direito Administrativo, a lembrança de Bachelard é inevitável. Resistências enormes surgem, especialmente, após períodos de ditadura ou restrição constitucional, à noção de decreto como um mecanismo juridicamente neutro. Como uma forma de manifestação da vontade administrativa que não tem, por si só, conteúdo ditatorial ou opressor.

Mas é o cunho ditatorial do decreto que sobreleva à doutrina constitucional recente. Tal noção, subjacente à tendência doutrinária de restringir o decreto ao regulamento, e este à expressão subordinada da lei, pode ser vista do textos de juristas da mais elevada competência. Num exemplo precioso, leia-se o que diz José Alexandre Tavares Guerreiro:

Um dos traços peculiares de nossa experiência política, ao longo do tempo, vem sendo, justamente, o desequilíbrio dos poderes, evidenciado sobretudo pela hipertrofia do executivo, uma espécie de disfunção congênita e incurável de um organismo periodicamente acometido de crises constitucionais e cronicamente debilitado pela patologia do autoritarismo presidencial, não raras

vezes degenerado em incoercíveis estados ditatoriais. Sintoma característico desta moléstia nacional é, precisamente, a freqüência dos excessos regulamentares.

Geraldo Ataliba, que acusa os propugnadores do regulamento autônomo de “arautos da teoria do “Executivo Forte”, da literatura italiana do período fascista, alemã da época nazista ou francesa de todas as épocas”, confessa:

“o subscriptor destas linhas foi levado a escrever, com dureza de palavras, dois trabalhos para tentar denunciar o mau uso do direito comparado, combater os regulamentos autônomos (...) O momento presente da experiência brasileira é melancólico, no que ao tema concerne. Abusos do Executivo, tolerância do Judiciário, penetração de uma literatura superficial (...).”.

Sem nenhuma contestação à realidade histórica a que se refere o Tavares Guerreiro, há que se notar, de outro lado, que tal justo furor contribuiu enormemente para a incerteza científica com que a nossa doutrina trata a questão dos decretos do executivo. Deve-se enfatizar, em ressalva à qualidade metodológica dos juristas brasileiros, especialmente os posteriores à Carta de 1988, que o fantasma do Poder Regulamentar não é nem atual, nem nativo.

A questão é recorrente, e deriva do atrito inevitável entre os poderes, cuja convivência *harmônica* é uma utopia na materialidade da Histórica. A dialética e o equilíbrio dinâmico, mas difícil, entre o Legislativo e o Executivo, esta sim é a realidade.

Esmein, escrevendo antes da 1ª Guerra Mundial, data da Revolução de 1830, que se sucedeu aos excessos de Carlos X, o início da rejeição ao *regulamento autônomo*, expressão autóctone do poder legisferante do executivo. O Rei, valendo-se de uma cláusula final do texto constitucional (“*réglements et ordonnances nécessaires pour l’exécution des lois et pour la sûreté de l’État*”), lançou uma série de normas *extra legem*, que afrontara os sentimentos democráticos da época.

Em reação a tais fatos, a constituição francesa imediatamente subsequente fixou uma redação mais restritiva do poder regulamentar. O dizer quanto à segurança do Estado, como fundamento do regulamento independente, foi ostensivamente suprimido. Enfatizou-se literalmente a proibição de o regulamento inovar ou contradizer a lei.

Porém o pêndulo logo voltou-se em favor de uma função mais presente do Executivo, e a partir da de 1848 o texto passou a ser breve e genérico (“o chefe do executivo ... assegura a execução das leis”). Com a Constituição de 1958, chegou-se ao fim de uma longa evolução no sentido de um equilíbrio entre as funções legisferantes do executivo e do legislativo.

Sem qualquer imputação de autoritarismo ou de carência democrática, o regime francês atual supera, de muito, o que se considerava abusivo no tempo de Carlos X. O campo de ação normativo do Legislativo é limitado a um *numerus clausus*, ficando o executivo livre para expressar-se com suas normas no espaço nele não incluído.

No dizer de Hauriou, o Legislativo tem um domínio *reservado, limitado e controlado*. Em exata réplica ao papel – não do Legislativo – mas do regulamento brasileiro, no sentir de Diogo de Figueiredo. Igual o papel, mas contrário em seus agentes.

Tomando o exemplo americano, entre o das grandes democracias de nossos dias, vai-se encontrar outra versão inteiramente diversa do Poder Regulamentar. Na análise intensamente dialética de Jackson, em seu voto no famoso caso *Youngston Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952), o Ministro da Suprema Corte enfatiza que os poderes presidenciais quanto ao Poder Regulamentar não são fixos, mas flutuam, dependendo da conjunção de sua competência com a do Congresso. Acompanhemos tal análise:

“1. When the President acts pursuant to an express or implied authorization of Congress, his authority is at its maximum, for it includes all that he possesses in his own right plus all that Congress can delegate.

2. *When the President acts in absence of either a congressional grant or denial of authority, he can only rely upon his own independent powers, but there is a zone of twilight in which he and Congress may have concurrent authority, or in which its distribution is uncertain. Therefore, congressional inertia, indifference or quiescence may sometimes, at least as a practical matter, enable, if not invite, measures on independent presidential responsibility. In this area, any actual test of power is likely to depend on the imperatives of events and contemporary imponderables rather than on abstract theories of law.*

3. *When the President takes measures incompatible with the expressed or implied will of Congress, his power is at its lowest ebb, for then he can rely only upon his own constitutional powers minus any constitutional powers of Congress over the matter. Court can sustain exclusive Presidential control in such a case only by disabling the Congress from acting upon the subject. Presidential claim to a power at once so conclusive and preclusive must be scrutinized with caution, for what is at stake is the equilibrium established by our constitutional system."*

A análise clássica de Jackson pressupõe que o Executivo tenha uma fonte de autoridade própria para sua manifestação de vontade de caráter normativo. Que não seja ele, total e completamente, sujeito à vontade da lei oriunda do Legislativo. Que haja uma esfera de poder própria ao Executivo, a qual legitime uma parcela da função legislativa a ser desempenhada pelo Presidente por direito próprio. Em especial, no caso de inércia do Legislativo, ou, no dizer do magistrado, *congressional inertia, indifference or quiescence*.

Neste vácuo legislativo, o exercício dos poderes do Executivo se dá como um imperativo de fato: *any actual test of power is likely to depend on the imperatives of events and*

contemporary imponderables rather than on abstract theories of law. O Executivo tem o dever de enfrentar os imponderáveis do cotidiano através de seus instrumentos próprios.

O magistério de Jackson afirmou-se na doutrina constitucional americana. Num exemplo recente, a Suprema Corte aceitou o exercício normativo autônomo pelo Executivo no tocante à transação com o Irã no episódio da libertação dos reféns, considerando que tal hipótese recairia no segundo caso de Jackson. Tal reforço no papel do Executivo levou Tribe a constatar que a Suprema Corte parece ansiosa em admitir o crescimento dos poderes presidenciais.

Exercício pleno de democracia e mecanismos flexíveis de harmonia entre os poderes – tanto no caso francês como no americano. Ao contrário do que alegava Geraldo Ataliba, não tratam os exemplos aqui trazidos da Itália fascista, da Alemanha nazista, ou da França de Petain. Assim, não parece intrinsecamente autoritário ou antidemocrático seja o sistema francês, seja o americano, de interpretar o alcance do poder regulamentar.

À IDEOLOGIA E A PRÁTICA DO PODER PRESIDENCIAL

Não se postula, evidentemente, que as idiosincrasias do sistema francês ou do americano, em toda sua singularidade histórica, sejam tomadas como parâmetro para a análise constitucional brasileira. O que se enfatiza é, uma vez mais, a neutralidade do decreto em si, como instrumento de manifestação de vontade do Executivo: dá-lhe a História várias funções, de expressão legisferante originária até como meio de aplicação meramente derivado, em absoluta subordinação à lei.

Ora, o estatuto constitucional do regulamento não se alterou, textualmente, nas últimas Cartas. Os autores, que viam possível o regulamento autônomo na Carta de 1967, não teriam razões tex-

tuais de mudar sua perspectiva em face da nova Constituição, não fora por uma resistência bachelardiana: o medo de uma prática autoritária rediviva.

Note-se que, ainda que numericamente minoritários, são autores de monta que afirmam a possibilidade de um regulamento autônomo. Citam-se Hely Lopes Meirelles, Sérgio Ferraz, Francisco Campos, Bonifácio Fortes, Gonçalves de Oliveira e Sérgio d'Andréa Ferreira. Num estudo específico, Clencio da Silva Duarte.

Tal entendimento ecoou no seio da advocacia pública. Assim é que, em Parecer Normativo datado de 1975, a Procuradoria-Geral do Estado da Guanabara, no magistério de Amílcar Motta, entendia subsistente regulamento mesmo após revogação da lei regulamentada.

Enfatize-se que nunca se postulou, mesmo entre os defensores do regulamento autônomo, a possibilidade de exprimir a vontade do executivo *contra legem*, através de ato regulamentar. Em geral, a expressão normativa do executivo é apenas entendida possível nos casos de *congressional inertia, indifference or quiescence* de que falava Jackson. Nunca, assim, se postulou o exercício de regulamento independente em desafio frontal à manifestação do Legislativo, no âmbito de sua competência.

De outro lado, como nota, numa das mais brilhantes análises da questão, Geraldo Ataliba, não parece razoável a possibilidade de um decreto regulando comportamento *inteiramente* estranho à Administração. Não se regulamenta o Código Civil; nunca se chegou a fazê-lo em nossa história. A razão disto é simples: não cabe, como é óbvio, regulamentar o que não se cumpre executar.

Assim, são os desmandos da Administração, e não os do decreto, o objeto real da insurgência da doutrina pátria: maior o Estado, maior o poder de seus agentes, e mais eficaz será o decreto para jungir, *através do comportamento dos agentes subordinados*, a repercussão do aparelho do Estado sobre os administrados. Assim, não espanta que a maior parte da elaboração doutrinária sobre a excessividade dos decretos nasça no campo tributário.

Curiosamente, o justo (mas equívoco) furor contra os regulamentos independentes, que persiste na doutrina após tantos anos de plena prática da Democracia, poupa, em grande parte, o caudaloso exercício normativo do Presidente da República através de medidas provisórias. Num contexto em que se agudiza a *inércia, indiferença ou assentimento passivo* do Congresso, e a repetição incoercível das medidas provisórias, implanta-se, à sorrelfa, um sistema próximo ao francês. É de se perguntar, ecoando Luís Roberto Barroso: por que não uma Constituição para valer?

Aparentemente, a questão do decreto inteiramente subordinado à lei só assombra, no atual regime constitucional, o Executivo estadual e municipal. É um fantasma localizado, o que surge no caso vertente.

O DECRETO E O REGULAMENTO

Com tudo que já se disse a respeito do regulamento independente, é preciso enfatizar, com a máxima clareza, que não é necessário postular a sobrevivência do regulamento independente para justificar o Decreto nº 12.335, objeto de nossas considerações.

Se nos estendemos ao examinar as resistências doutrinárias à utilização do decreto, foi exclusivamente para apontar o pouco cuidado científico que se tem dedicado à consideração do que é tal instrumento, em si mesmo. Mais precisamente, a consideração do decreto *utilizado no seu campo próprio*, que é o interior da Administração do Poder Executivo.

Prossigamos em nosso processo de desencantação do discurso doutrinário. Jean Rivero refere-se ao Poder Regulamentar como *le pouvoir de statuer par voie générale, accordé à des autorités autres que le parlement*. Assim, não se identifica o regulamento para fiel execução e o exercício do poder regulamentar; aquele, subordinado, determinado pela lei; este, manifestação de um poder de prescrever genericamente, seja por regulamento de fiel execução, seja por direito próprio.

Pois que *decreto e regulamento* são instrumentos que não se identificam. É um truísmo, ainda que enfarruscado pelo embate ideológico, que há decretos sem conta que nada têm de regulamentar. Todos aqueles que constituem situações individualizadas – como os de concessão de benefícios, direitos ou vantagens – claramente são decretos, e nada têm de regulamento. São *atos condição*, no dizer de Duguit, manifestação de vontade administrativa de caráter pontual, individualizado, que reconhecem a existência de pressupostos previstos no sistema jurídico, e exercem poder vinculado *ou discricionário*, subjetivando a hipótese legal.

A obscuridade ideológica voltaria, ao se argumentar que a condição subjetivada resulta necessariamente de lei. Com efeito, mas na concessão de prêmio, comenda ou incentivo, o conteúdo discricionário do decreto avulta. É ressabido que o exercício do poder discricionário igualmente resulta da lei, por *atribuição de poderes* ao agente, que deve ponderar a conveniência e oportunidade do ato, jungido aos *fins e parâmetros* da ação que lhe é incumbida.

O pior efeito da confusão ideológica, porém, é a confusão entre *regulamento e decreto normativo*. Parece claro que não é a Constituição que incorre em tal confusão, pois menciona entre as funções presidenciais “expedir decretos e *regulamentos para sua fiel execução*”. Não será por imperfeição de estilo, ou mera repetição histórica, que o texto constitucional menciona “decreto” e “regulamento”. Fica evidente, nas oito vezes que a Carta menciona a figura do decreto, que nem todos os decretos são regulamentares.

Com efeito, ao indicar que ação presidencial se fará por iniciativa do Executivo, a Carta designa como *decreto* o ato que determinará a intervenção (art. 36 § 1º), o Estado de Sítio (art. 138) e o Estado de Defesa (art. 136 § 1º). O conteúdo de tais decretos certamente não é nem regulamentar, nem puro *ato condição*:

“O decreto de intervenção, que especificará a amplitude, o prazo e as condições de execução e que, se couber, nomeará o interventor (...)”

“O decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem (...)”

“O decreto do estado de sítio indicará sua duração, as normas necessárias a sua execução e as garantias constitucionais que ficarão suspensas, e, depois de publicado, o Presidente da República designará o executor das medidas específicas e as áreas abrangidas.”

Todos estes decretos instrumentam poderes próprios do Chefe do Executivo, sob um complexo sistema de *checks and balances*. Em cada um destes casos, o Executivo pode agir e baixar normas sem prévia e específica autorização do Legislativo, que aliás nem tem poderes para proibir, *ex ante*, a decisão presidencial. Lembrando uma vez mais Jackson, “*When the President acts in absence of either a congressional grant or denial of authority, he can only rely upon his own independent powers*”.

Assim, parece claro que no nosso sistema constitucional, pelo menos o Presidente da República tem poderes independentes, derivados diretamente da Constituição, para baixar decretos de cunho normativo, sem natureza regulamentar.

Mas não nos restrinjamos às medidas de exceção; a distinção entre decretos e regulamentos se encontra em outras fontes constitucionais. No seu art. 87, a Carta trata de uma relação menos ideologicamente carregada que a do rol de poderes presidenciais – a atribuição dos ministros. Assim são eles definidos:

Parágrafo único. Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei:

I - exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência e referendar os atos e decretos assinados pelo Presidente da República;

II - expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos; (...)

Também aí não é possível, sem séria contaminação ideológica, entrever simples falta de estilo ou de imaginação do texto constitucional. Parece claro que entre os atos do Presidente da República haverá *decretos e regulamentos*, mesmo porque (ensina Cretella) “a forma tradicional é redigir regulamento em texto separado e baixar-se decreto que o aprove”. Nem todos os decretos serão regulamentos, ou a Carta não os distinguiria uma vez mais.

Porém a mais útil conclusão a se retirar do art. 87 é que *nem todos os decretos normativos são regulamentares*. Com efeito, se pode o Ministro baixar instruções para a execução de um decreto, que não seja regulamento, certamente tal decreto terá cunho normativo; não se conceberá a expedição de instruções para um decreto que tenha a natureza de ato condição.

Se não são regulamentares, ou seja, derivados e subordinados *diretamente à lei*, promovendo sua fiel execução, que decretos normativos serão estes?

O exemplo dos decretos de desapropriação, de intervenção, de sítio e de estado de defesa aponta o caminho: o decreto normativo de caráter não regulamentar é o instrumento pelo qual o Executivo manifesta vontade como resultado de poderes próprios, os quais podem ter (nos três últimos casos) conteúdo *prescritivo, geral e impessoal*. Em cada uma destas hipóteses, a base do poder é a Constituição, ela mesma.

Mas a fonte do poder do Executivo pode ter hierarquia infraconstitucional, e nem por isso o ato pelo qual o Presidente, Governador ou Prefeito terá natureza necessariamente subordinada.

REGULAMENTO PARA FIEL EXECUÇÃO E DIRETIVA DE AUTOLIMITAÇÃO DO PODER DISCRICIONÁRIO

Com efeito, sempre que a lei dá a uma autoridade um poder discricionário, de agir segundo uma avaliação de conveniência e oportunidade, este poder de agir deverá ser exercido de alguma forma. No nosso sistema constitucional, o instrumento de que dispõe o Chefe do Executivo para manifestar sua vontade, *inclusive quando exercitando poder discricionário de fundo infraconstitucional*, é o decreto.

Nem se pode postular – como na verdade ninguém o fez – que o atual texto constitucional vede o exercício do poder discricionário. Nem se firmou jamais que a manifestação do poder discricionário deva ser necessariamente subjetiva, pontual, expressa em cada caso por um ato condição. A oportunidade e conveniência, objeto da avaliação do agente público, não será tão fugaz, tão individualizada, tão subjetiva, que só comporte uma manifestação única, inaugural, irredutível a um parâmetro, ainda que tentativo.

Note-se, aliás, que mesmo no caso de regulamento para fiel execução, a possibilidade lógica de baixar tal regulamento presume alguma parcela de escolha discricionária entre as hipóteses do comando legal. É um truísmo a mais do Direito Administrativo. Não fora assim, e o conteúdo dos regulamentos de fiel execução seria o recomendado pelo Barão de Itararé: “Artigo único – Cumpra-se a lei”.

Mas o que ressalta do bom senso e da prática cotidiana é que as atividades de cunho efetivamente discricionário podem ser objeto de decreto *por direito próprio*. Jean Rivero indica a existência, no âmbito do Direito Administrativo Francês, desta margem de manifestação geral e prescritiva, sem caráter de *regulamento de fiel execução*, nem de *regulamento independente*:

“En marge des lois et règlements, les “directives” adoptées par une autorité investie d’un pouvoir discrétionnaire posent, elles aussi, des principes

relatifs à l'usage qu'elle entend faire de ce pouvoir, mais réservent la possibilité de les écarter, compte tenu des cas d'espèce. Ces attitudes, qui tendent à substituer à la légalité traditionnelle une légalité "souple", moins contraignante pour l'administration, répondent à certaines nécessités dont la jurisprudence tient compte (...)".

Não se restringe ao Direito Francês a noção de diretivas de autolimitação ao poder discricionário. Com efeito, teve o subscritor ocasião de sustentar, perante o Supremo Tribunal Federal, a compatibilidade com o sistema constitucional pátrio de uma egrégia diretiva de aplicação do poder discricionário, o Ato Normativo nº 15 do INPI, que regulou por mais de quinze anos a transferência de tecnologia no Brasil.

A nossa excelsa corte, em longo e minucioso acórdão relatado pelo Ministro Oscar Dias Correia, enfrentou exatamente a insurgência de impetrante contra atos fundados no Ato Normativo em questão, alegando a violação dos limites do regulamento para fiel execução. No acórdão unânime, o Supremo identificou na norma legal de regência do controle de transferência de tecnologia uma inegável atribuição de poder discricionário, sem que a diretiva de autolimitação ficasse sujeita à pecha de incompatibilidade constitucional.

O que fez a Corte Suprema foi contratipar os elementos da diretiva em face dos propósitos da lei autorizativa, para sopesar a compatibilidade da expressão prescritiva e geral do poder discricionário com os fins gerais da norma do Poder Legislativo, concessiva de autorização. A razoabilidade da diretiva, em face do propósito da lei, e a óbvia mutabilidade dos critérios de atuação administrativa, insuscetíveis de regração em sede legal, são os claros motivos da decisão jurisprudencial.

Resulta deste importantíssimo aresto a confirmação de que o nosso Direito Administrativo aceita como plausível que, no exercício da discricionariedade do titular do respectivo poder determine regras de comportamento a seus subordinados, com base na potestade hierárquica.

Mais ainda, exatamente em homenagem à previsibilidade da conduta administrativa, atributo tão essencial quanto os princípios elencados no art. 37, *caput*, da Carta, o nosso direito pátrio enfatiza a *autovinculação* do titular do poder discricionário aos atos de caráter prescritivo, geral e impessoal que baixar com base em seu poder próprio, sem prejuízo de alterar sua manifestação quando a conveniência e a oportunidade o determinar.

DIRETIVAS DE AUTOLIMITAÇÃO E DELEGAÇÕES LEGISLATIVAS

Uma mitologia final, que cabe exorcisar, é o da *impossibilidade das delegações legislativas*. Tal tese encontra ilustríssimos defensores, mesmo no âmbito da atual Constituição, entre os quais Luís Roberto Barroso, para o qual seria uma uniformidade da história constitucional brasileira tal delegabilidade – com exceção da Carta de 1937. No atual texto, embora carecendo-se da menção direta que fazia o art. 6º da Constituição Federal anterior, encontram os adeptos de tal doutrina reforço de sua posição no art. 25 do ADCT, que revogou *em cento e oitenta dias da promulgação da Carta*, todas as delegações ou atribuições a órgãos do Poder Executivo competências relativas à ação normativa.

É bem verdade que o mesmo dispositivo prevê que tais delegações poderiam ser prorrogadas por lei. Assim, ou (interpretando-se o corpo da Carta pelo seu segmento transitório) são as delegações possíveis, ou são elas apenas no caso da sobrevivência de delegações pretéritas.

Curiosamente, a prevalecer a tese de Barroso, que as delegações de ação normativa teriam sido inconstitucionais na Carta anterior, o dispositivo transitório como que constitucionalizaria *ex post facto* as milhares de deliberações do Conselho Monetário Nacional ou do Conselho Nacional de Seguros Privados, depositários entre outros de uma capacidade prescritiva derivada de lei. A rigor, poder-se-ia mesmo concluir do dispositivo transitório que – fosse realmente vedada a delegação de ação normativa a órgãos do Exe-

cutivo nas Cartas anteriores – na presente, por falta de proibição estrita e pela autorização da *grandfathering clause* do art. 25 do ADCT, algum tipo de delegação deste tipo seria permissível.

Barroso percebe, como o fazem outros membros da advocacia pública, que não há realmente mácula incorrigível nas ações normativas de órgãos do executivo, pois concede que

“É até possível que ao longo da vigência da nova Carta a doutrina e a jurisprudência venham a acolher entendimento mais flexível, embora exigindo a fixação de standards e rejeitando a abdicação”

Sabe, obviamente, o douto constitucionalista que, aqui, em particular, a tradição constitucional americana elaborou complexo e eficiente metodologia de avaliação de parâmetros e de propósitos de uma delegação legislativa a órgão do Poder Executivo. Ao traçar os propósitos e ao conceder os instrumentos de uma ação administrativa, o Legislativo jamais abdica de seus poderes (inclusive e principalmente o poder político de denegar meios para a continuidade da ação, até mesmo por via orçamentária).

De outro lado, a teia constitucional é viva e contínua. O extremismo ideológico, ao simplesmente denegar qualquer ação prescritiva geral ao Executivo, atenta muito mais contra a Constituição do que qualquer iniciativa normativa do Executivo poderia fazer. A dinâmica dos freios e contrapesos, à visão dos que negam ao Executivo qualquer poder normativo, se reduziria a um sistema estático e ahistórico de tabus intransponíveis, que a realidade da democracia real e viva desmente.

Que nosso sistema constitucional tenha optado por um método de separação e harmonia de poderes *funcionais* – e não pela *intercessio* de dois agentes de mesmo poder funcional, como os cônsules romanos – não significa que se conceda ao Executivo apenas a função de repetidor, exato, restritíssimo, ainda que

detalhista, da vontade do Poder Legislativo. A dinâmica constitucional democrática pressupõe outra coisa, como ensina o *leading case* sobre delegações legislativas:

“The Constitution as a continuously operative charter of government does not demand the impossible or the impracticable. It does not require that Congress find for itself every fact upon which it desires to base legislative action or that it make for itself detailed determinations which it has declared to be prerequisite to the application of the legislative policy to particular facts and circumstances impossible for Congress itself properly to investigate. The essentials of the legislative function are determination of the legislative policy and its formulation and promulgation as a defined and binding rule of conduct. [These] essentials are preserved when Congress has specified the basic conditions of fact upon whose existence or occurrence, ascertained from relevant data by a designated administrative agency, it directs that its statutory command shall be effective. It is no objection that the determination of facts and the inferences to be drawn from them in the light of the statutory standards and declaration of policy call for the exercise of judgment, and for the formulation of subsidiary administrative policy within the prescribed statutory framework. ”

Não obstante a vigorosa afirmação desta dinâmica do equilíbrio entre os poderes pela Suprema Corte Americana, deve-se notar que *no caso presente*, não se tem qualquer delegação legislativa. Prescrever para terceiros, fora da Administração é a natural função de tal delegação; o que se examina, no caso vertente, é um preceito interno, de ordenação *pro domo sua*. O que a lei em questão deu ao Executivo foi um instrumento de administração de produtividade, relativo ao seu próprio corpo funcional.

Ao se examinar, assim, a tese das delegações legislativas, teve-se assim como propósito apontar a carência científica da doutrina do Poder Regulamentar, como prevalente entre nossa

prática comum. Apontando sua natureza estritamente ideológica, e historicamente superada (tantos anos após o fim do regime militar), cabe-nos agora demonstrar como sua aplicação ao caso vertente é não só indevida mas também ofende ao mais essencial de todos os princípios jurídicos: o da razoabilidade.

UM INSTRUMENTO DE PRODUTIVIDADE

Não se denega ao comando de uma estrutura laboral – privada ou pública, o poder diretivo sobre os homens e mulheres que constituem sua força de trabalho. Este poder se manifesta de quatro formas diversas:

pela organização de funções laborais (que no sistema estatutário fica sob reserva legal);

pela proposição de normas regulamentares de trabalho;

pela imposição disciplinar; e, finalmente

pelo *poder conformativo da prestação*, “que se exprime pela possibilidade de dar ordens e de fazê-las obedecer”.

Esta última faceta da potestade intrínseca à organização laboral pode-se dar por via impositiva ou por meio de estímulos e incitamentos à produtividade. Um exemplo típico de mecanismo do poder conformativo de prestação, em sua modalidade incitativa, são as gratificações de produtividade ou as comissões de venda, comuns tanto no setor privado quanto na área pública.

Aqui cabe distinguir, com muita ênfase, na estrutura da remuneração do servidor, o *padrão e vantagens* de que fala o Direito Administrativo, das gratificações *pro labor faciendo* de caráter incentivatório. Aquelas, estabelecidas em reserva de lei como parte integrante do cargo, tem como fundamento a manutenção do servidor, em sua dignidade humana. O “padrão e vantagens” é contrapartida vinculada, direito do servidor pelo simples cumprimento de sua prestação laboral.

Já as gratificações de incentivo têm natureza naturalmente vinculada a *resultados* – e entender ou aplicá-las de outra forma constitui-se em desvio de finalidade, sancionável pela nulidade e pela responsabilidade funcional ou política. Estes resultados serão avaliados segundos os *standards* indicados na regra patronal ou lei instituidora, mas a prudência impõe que a avaliação permaneça no âmbito discricionário. Certamente, mesmo a discricionariedade do empregador privado tem de obedecer aos princípios da isonomia e da razoabilidade; não menos a do administrador público.

É intrínseco ao poder conformativo do administrador privado ou público determinar como um incentivo deve ser administrado, não só levando em conta as disponibilidades de caixa, como a melhor forma de se conseguirem os objetivos da gratificação. Esta determinação se faz *ex ante*, ao propor a regra patronal ou o projeto de lei, ou, *havendo poder discricionário, ex post*.

Assim, os propósitos a que a gratificação visa são elementos essenciais da análise de razoabilidade dos meios e do desvio de finalidade, na fixação dos seus parâmetros. Que resultados se visarão com uma gratificação de *produtividade*? Seguramente, não só o esforço, ou boa vontade do trabalhador; “produtividade” não é o mesmo do que interesse ou entrega ao trabalho.

Ao formular um projeto de lei, ou ao baixar uma decisão patronal, o administrador público ou privado tem de levar em conta, assim, critérios relativos ao resultado pretendido: produção objetiva, e não só esforço. Não menos tal se dá quando a lei ou decisão patronal reserva escolhas discricionárias ao administrador público ou privado.

Quaisquer que sejam, os limites da discricionariedade então outorgada estarão fixados pelo propósito necessário de aumentar a produtividade em termos objetivos. Obedecidos tais limites, aplicam-se os ensinamentos de Yakus: “It is no objection that the determination of facts and the inferences to be drawn from them in the

light of the statutory standards and declaration of policy call for the exercise of judgment, and for the formulation of subsidiary administrative policy within the prescribed statutory framework”.

A DISCRICIONARIEDADE NECESSÁRIA DA GRATIFICAÇÃO

O texto da lei sob análise é uma outorga indiscutível de discricionariedade. Com efeito, diz ela que a gratificação *a ser atribuída*, o será *até* o limite individual de duzentos e quarenta pontos.

Assim, a autoridade que vier a atribuir a gratificação, levando em conta, na voz da lei, a “contribuição para o real incremento da arrecadação municipal” de cada servidor, só poderá graduar a benesse *até* duzentos e quarenta pontos.

De outro lado, a partícula “até” demarca um espaço em que a lei não fixa valores precisos. Um espaço que deverá ser delineado *à luz dos parâmetros que a lei fixa* [in the light of the statutory standards]: *até* duzentos e quarenta pontos; e *com vistas à política pública declarada pela lei* [declaration of policy]: a citada “contribuição para o real incremento da arrecadação municipal”.

Enfatizam os especialistas que a gratificação de produtividade deve ser individualizada; que deve ser mensurada levando em conta a produtividade pessoal, por exemplo, pelo cumprimento de metas qualitativa e quantitativamente caracterizadas. Assim, o “até” teria um aspecto subjetivo, que dependeria da produtividade de cada servidor, individualmente.

Mas a lei silencia como se fará a atribuição *objetiva* da graduação; não prefigura quais são as metas, quais os requisitos qualitativos, quais os quantitativos. Pois que as metas têm cunho marcadamente *executivo*; assim também os critérios de aferição de qualidade ou quantidade, que podem variar levando em conta dife-

rentes políticas públicas. É neste espaço objetivo, mas político, não no subjetivo, e laborativo, que se tece o poder discricionário do Prefeito.

É exatamente devido ao vínculo entre a produtividade e o desempenho pessoal do servidor que se impõe o discricionarismo do Executivo. Não fosse pelas variações pessoais possíveis, a lei poderia dizer: cada servidor ganha tanto. Como os critérios devem acompanhar, *de um lado*, as políticas públicas da arrecadação e *de outro*, as qualidades e eficácias subjetivas, abre-se o espaço necessário do poder discricionário.

Assim, é preciso acentuar a dupla repercussão da crucial partícula “até”: “até”, porque certos servidores, em certos meses, podem variar em produtividade. Mas “até”, também, porque no espaço que vai do ponto zero até os duzentos e quarenta pontos há que se estabelecerem critérios, que impeçam a desigualdade, a arbitrariedade e a injustiça. Tratando-se de critérios com claríssimo cunho técnico (o que é resultado, do ponto de vista da teoria da Administração) e político (que resultados se visam segundo as políticas públicas pertinentes), a lei só poderia deixar a vertente objetiva do “até” sob o poder discricionário do Executivo.

Na estrutura municipal, como é natural, como a administração direta da arrecadação está a encargo da Secretaria de Fazenda, o Prefeito deixa os detalhes da fixação dos critérios do “até” com o titular daquela pasta. Cabe-lhe apenas estipular as grandes linhas do *poder conformativo da prestação*, “que se exprime pela possibilidade de dar ordens e de fazê-las obedecer”.

Assim é que o fez, estabelecendo – por autolimitação e não por ação regulamentar – que o limite para as diferentes categorias seria distinto: *até* 240 (duzentos e quarenta) pontos para os funcionários de cargos que exigem nível de escolaridade em grau superior; e *até* 160 (cento e sessenta) pontos, para os funcionários de cargos que exigem escolaridade em segundo grau.

Foram estes os parâmetros que o Prefeito delegou ao Secretário de Fazenda para o exercício de seu poder discricionário. Poderia ele mesmo estabelecer as minúcias da pontuação; e assim,

caracterizar atividades típicas de nível médio com um limite de pontuação, e com outras as atividades de nível superior. Não o fez, em respeito à descentralização. Delegou, autolimitando-se.

DA RAZOABILIDADE DO DISCRÍMEN NA AUTOLIMITAÇÃO

Embora a doutrina enfatize a liberdade do administrador no exercício de seu poder discricionário, quer este parecerista crer que, como enfatiza o Direito Constitucional Americano na doutrina de Yakus, mas como também o faz o Direito Administrativo Francês, na tese do *detournement de pouvoir*, impõe-se examinar a razoabilidade do critério como uma *formulation of subsidiary administrative policy within the prescribed statutory framework*.

Em outras palavras: no exercício da autolimitação, o Prefeito agiu de forma razoável em face da política expressa na lei, e dentro de seus parâmetros? Contribuiu o Prefeito, ao aplicar discricionariamente o "até" da lei, para os propósitos que a norma expressa?

Entendo que sim. Minha conclusão se baseia em dois parâmetros que, sendo de *razoabilidade*, no sentido do atendimento do *substantive due process of law*, o são *a fortiori*, segundo o critério ainda mais augusto do bom senso. Como lembra Siqueira Castro:

"Por exigência insuprimível de limitação de mérito ou de conteúdo nas decisões de caráter normativo, a nenhuma autoridade constituída, nem mesmo ao legislador legitimamente investido da representação política, é dado deliberar de forma arbitrária e incondicionada."

Em primeiro lugar, cumpre lembrar, uma vez mais, que a gratificação é de *produtividade*. Não de encargos especiais, ou de melhores esforços. Não é do servidor limitado, mas esforçado, que

ela cuida, mas do resultado objetivo que ele possa dar, considerando-se as políticas públicas pertinentes.

Não se pode esperar de um servidor de nível médio o *resultado* que seria próprio do nível superior. Ofende à boa razão que os anos de formação escolar e os critérios distintos dos diferentes concursos não viessem a representar *resultados* diferentes. Assim, autolimitando-se em face de resultados diversos, o Prefeito usou razoavelmente seu poder discricionário.

Em segundo lugar, o Prefeito aplicou com razoabilidade as exigências do princípio concursivo, e de seu colorário, a proibição do desvio de funções. Ambos representam a *garantia de qualidade do serviço público* em face do cidadão que o frui e do contribuinte que o paga. É nesta ótica, e não da simples igualdade de oportunidade a todos, que avulta o princípio concursivo.

Com efeito, ao limitar o alcance do princípio concursivo à isonomia perante a prebenda do Governo, o Direito apenas moderniza, dando foros de democracia, o atributo regalengo do soberano como *fons honoris*, a fonte das vantagens e honras. Olhando apenas do ponto de vista do concursando, o Direito Administrativo permanece feudal.

Mas o concurso, suas imposições e exigências, é um requisito de qualificação. É do *direito a um serviço público qualificado* que trata a Carta da República, ao exigir que a investidura seja precedida de exame de provas e títulos. A contrapartida da diferente qualificação é a diferente remuneração. Se o *resultado* que um concursado de nível superior e um de nível médio pudesse alcançar fosse o mesmo, o direito público à qualificação seria frustrado.

Assim, o critério de autolimitação escolhido pelo prefeito, além de ser *legal*, pois que exercício regular de seus poderes discricionários, é também razoável, tanto em face dos objetivos *específicos* da lei instituidora, quanto dos dos requisitos maiores, de fundo constitucional, do direito público à qualificação da Administração.

CONCLUSÃO

Entendemos, assim:

que o Decreto nº 12.335, de 15 de outubro de 1993, em nada inovou em face da Lei Municipal nº 1933 de 29 de dezembro de 1992, no que toca especificamente à atribuição de vantagens aos servidores da Secretaria Municipal de Fazenda, integrantes do chamado Grupo Fazendário, titulares de cargos de nível médio, **senão pelo exercício regular, em estrito cumprimento do *substantive due process of law*, da auto-limitação do poder discricionário instituído pela lei autorizativa;**

que não só a lei autorizativa da concessão da vantagem não havia previsto a discriminação efetuada pelo decreto, **como não poderia fazê-lo, sem ofensa ao princípio de separação e harmonia entre os Poderes.** Com efeito, tal princípio exige que as decisões relativas ao chamado *poder conformativo da prestação*, "que se exprime pela possibilidade de dar ordens e de fazê-las obedecer", **sejam discricionariamente tomadas pelo Executivo como parcela inerente de sua potestade constitucional.**

É assim, legal e conforme às normas constitucionais o Decreto 12.335, de 15 de outubro de 1993, ao estabelecer que o valor da Gratificação de Desempenho Fazendário fosse calculado *até* 240 (duzentos e quarenta) pontos para os funcionários de cargos que exigem nível de escolaridade em grau superior e *até* 160 (cento e sessenta) pontos, para os funcionários de cargos que exigem escolaridade em segundo grau.

É meu parecer, salvo melhor juízo.

DENIS BORGES BARBOSA
PROCURADOR DO MUNICÍPIO

Parecer PG/PPE nº 36/96-ADN

Constitucional, Processual Constitucional e Previdenciário. §2º, do art. 202, da CF. Compensação financeira entre os diferentes sistemas previdenciários. Norma de eficácia contida. Necessidade de fixação de critérios pelo ordenamento infraconstitucional. Leis Federais nºs 8.212 e 8.213, do ano de 1991, que não atenderam a esta finalidade. Art. 59, do ADCT. Esgotamento do prazo constitucionalmente fixado para a aprovação da lei. Omissão inconstitucional caracterizada. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Cabimento em tese. Art. 103 e incisos da CF. Ilegitimidade atava do Município e de suas autoridades para a causa que, de resto, não se recomendaria aforar em face das suas limitações práticas. Mandado de injunção. Art. 5º, LXXI, da CF. Pressupostos para o ajuizamento presentes. Tratamento dispen-