

Ref.: Indicação nº 015/2018

EMENTA: INDICAÇÃO Nº 015/2018. NECESSIDADE OU NÃO DE MANTER, ALTERAR OU REVOGAR A LEI Nº 13.655/2018, QUE INTRODUZIU MODIFICAÇÕES À LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO. PARECER PELA MANUTENÇÃO, POR ORA, DO TEXTO NORMATIVO.

PALAVRAS-CHAVE: LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO. DIREITO PÚBLICO. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO.

1. Relatório

Em 19/09/2018 recebi, por indicação do Dr. Sérgio Luiz Pinheiro Sant'Anna, presidente da Comissão Permanente de Direito Constitucional do IAB, a atribuição para relatar a Indicação nº 015/2018, elaborada pelo ilustre consócio, Dr. Carlos Jorge Sampaio Costa.

O autor da indicação pede a análise das comissões permanentes de direito constitucional e administrativo acerca da conveniência de se manter, alterar ou revogar a Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, que introduziu diversos dispositivos à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB.

Os dispositivos acrescidos à LINDB pela Lei nº 13.655/2018 são os seguintes:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Parágrafo único. (VETADO).

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

Art. 25. (VETADO).

Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso

com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

§ 1º O compromisso referido no caput deste artigo:

I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;

II - (VETADO);

III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;

IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

§ 2º (VETADO).

Art. 27. A decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos.

§ 1º A decisão sobre a compensação será motivada, ouvidas previamente as partes sobre seu cabimento, sua forma e, se for o caso, seu valor.

§ 2º Para prevenir ou regular a compensação, poderá ser celebrado compromisso processual entre os envolvidos.

Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

§ 1º (VETADO).

§ 2º (VETADO).

§ 3º (VETADO).

Art. 29. Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão.

§ 1º A convocação conterà a minuta do ato normativo e fixará o prazo e demais condições da consulta pública, observadas as normas legais e regulamentares específicas, se houver.

§ 2º (VETADO).

Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.

Parágrafo único. Os instrumentos previstos no caput deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão."

A Indicação aduz, em caráter geral, que a lei ora analisada *"introduz em nosso ordenamento jurídico preceitos que implicam a adesão do direito positivo brasileiro ao consequencialismo jurídico que, certamente, estimulará o ativismo judicial e os tribunais de*

contas assim como incentiva, a meu ver, a prática do neoconstitucionalismo. Abandona-se claramente o positivismo jurídico”.

A Indicação contém ainda um breve e preciso relato de cada um dos novos artigos da LINDB. Relato aqui apenas as críticas formuladas, buscando maior síntese neste parecer:

Sobre o novo artigo 20 da LINDB, a Indicação afirma que “[a]plica-se portanto o brocardo *‘summum jus summa injuria’* e rejeita-se o positivismo jurídico radical”.

A respeito do artigo 21 e respectivo parágrafo único, alega a Indicação que “dão às autoridades controladoras e julgadoras, seja no âmbito de auditoria, administrativo ou judicial, grande poder de arbitrar discricionariamente questões desde uma perspectiva subjetiva, o que poderá acarretar insegurança jurídica”.

Por sua vez, o artigo 27 daria, segundo a Indicação, “à autoridade administrativa, controladora ou judicial grande poder discricionário para decidir o que são benefícios indevidos, prejuízos anormais ou injustos”

Sobre o artigo 29, que recomenda a realização de consultas públicas antes da edição de atos normativos, questiona a Indicação se “[v]aléria esse artigo também para os atos normativos relacionados com o direito tributário?”

2. Breve histórico da Lei nº 13.655/2018

A Lei nº 13.655/2018 é resultante do Projeto de Lei do Senado nº 349, de 2015, apresentado pelo Senador Antonio Anastasia. Como descrito em sua justificativa, o texto foi elaborado pelos professores Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto e publicado na obra “Contratações Públicas e seu Controle”¹.

Na referida obra, os autores esclarecem que seu objetivo é “melhorar a qualidade da atividade jurídico-decisória sobre questões públicas no Brasil, exercida nos vários níveis da Federação (Federal, Estadual, Municipal e Distrital) e nos diferentes Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) e órgãos autônomos de controle (Tribunais de Contas e Ministérios Públicos). A ideia é incluir na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei 4.657/1942) disposições para elevar os níveis de segurança jurídica e de eficiência na criação e aplicação do direito público”².

A intenção dos autores é bastante clara: reforçar a segurança jurídica, especialmente na área do direito público, em que “é amplo e crescente o grau de

¹ SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações Públicas e seu Controle*. São Paulo: Malheiros, 2013, cap. 12.

² Idem, p. 277.

*indeterminação das normas*³. A ideia, portanto, é oferecer balizar mais claras para que decisões sobre essas normas (de conteúdo indeterminado) sejam tomadas apenas depois de maior reflexão e consideração a respeito de suas potenciais consequências.

Sobre a possível inadequação da Lei de Introdução como local para inserção dessas normas, por ser ela vocacionada para tratar da aplicação da lei civil, os autores respondem que *“o sistema jurídico é um só, e de longa data está superada a tese da não aplicação do direito comum ao setor público”*, acrescentando que *“a interpretação do Direito deve ser feita sob cânones gerais, independentemente da natureza da norma aplicada”* e que *“o objetivo da proposta é justamente ampliar o âmbito de abrangência da Lei de Introdução, fazendo-a aplicável ao Direito Brasileiro como um todo”*⁴.

Antes mesmo de ser sancionado (com vetos parciais), o Projeto de Lei sofreu duras críticas, destacando-se aqui a publicada pelo procurador do Ministério Público junto ao TCU, Dr. Júlio Marcelo de Oliveira⁵, para quem *“um de seus objetivos primordiais [do Projeto de Lei] é o de mitigar a possibilidade de controle dos atos da administração pública, uma vez que criam obstáculos à responsabilização de agentes públicos que cometam ilegalidades”*. No artigo, o procurador tece críticas específicas aos artigos 20, 21, 22, 23, parágrafo único, 26 e 28 da Lei de Introdução.

Considerando o escopo do parecer, que é o de avaliar a conveniência de se manter, modificar ou revogar a Lei nº 13.655/2018, entendo ser conveniente abordar cada artigo separadamente, como passo a fazer.

3. Artigo 20

O artigo 20, que estabelece o dever de sopesamento das consequências práticas de qualquer decisão jurídica baseada em valores jurídicos abstratos, é descrito na Indicação como dispositivo que afasta o positivismo jurídico radical, consagrando o brocardo *summum jus summa injuria*. Seu parágrafo único consagra, na esfera legislativa, a aplicação do princípio da proporcionalidade, ao determinar que a motivação da decisão deverá demonstrar a necessidade e adequação da medida, inclusive em face das possíveis alternativas.

O artigo do Dr. Júlio Marcelo critica fortemente esse dispositivo, alegando que traria *“ônus injustificado e insuperável aos julgadores”*. Para ilustrar seu argumento, ele oferece o seguinte exemplo hipotético:

³ Idem, p. 279.

⁴ Idem, p. 281.

⁵ Texto disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-abr-10/projeto-lei-ameaca-controle-administracao-publica>, acesso em 02/10/2018.

“Vale dizer, se o Tribunal de Contas da União identificar uma ilegal prorrogação de contrato de concessão, para que possa determinar a anulação do ato e a realização de licitação para o contrato, como manda a Constituição Federal, terá o TCU de fundamentar sua decisão não apenas no ordenamento jurídico, mas terá de justificar e ponderar todas as consequências práticas de sua decisão, como se a responsabilidade pela ilegalidade fosse dele, e não do gestor que a praticou”⁶.

Entendo que o indicante tem razão ao afirmar que este dispositivo refuta uma aplicação extremada do positivismo jurídico e que a crítica do ilustre procurador do TCU não é pertinente. Isso porque o texto legal é expresso ao dizer que somente haverá de se medir as consequências práticas da decisão quando esta for tomada com base em valores jurídicos abstratos. Quando o fundamento da decisão for uma norma jurídica clara e bem delimitada, não haverá de se fazer a ponderação prevista no dispositivo analisado – nesses casos entende-se que o legislador já fez tal análise e previu, diretamente, quais as consequências decorrentes da conduta prevista na lei.

Veja-se o exemplo dado pelo próprio procurador com mais detalhes: se a prorrogação contratual impugnada for ilegal em razão do descumprimento do prazo máximo estabelecido na legislação de regência daquela concessão, não há qualquer valor jurídico indeterminado em questão. O que há é uma violação a uma regra clara, cuja consequência não pode ser afastada por argumentos consequenciais (deixo aqui de entrar na discussão sobre o poder do Tribunal de Contas para determinar a anulação de contratos administrativos, não previsto no artigo 71, § 1º, da Constituição, que atribui tal prerrogativa ao Congresso).

Diferente é a situação em que se entende que a prorrogação teria sido ilegal por violar o “princípio da eficiência”, previsto no artigo 37 da Constituição, por exemplo. Tal norma constitui, efetivamente, um princípio jurídico, cujo conteúdo é indeterminado, razão pela qual diversas conclusões distintas podem ser extraídas do mesmo texto⁷. Nessa situação sim, caberia ao TCU sopesar as consequências práticas de sua decisão de anular a prorrogação contratual, demonstrando que esta alternativa seria necessária e adequada à consecução do fim maior do direito administrativo: a prevalência do interesse público.

Sem aprofundar aqui no mérito da discussão sobre a eficácia jurídica dos princípios, geralmente previstos como normas de conteúdo indeterminado, é inegável que órgãos administrativos e jurisdicionais têm proferido, em diversos casos, decisões que não avaliam corretamente as consequências práticas delas resultantes.

⁶ Idem.

⁷ Há farta literatura sobre a distinção entre regras e princípios. Consultar, por todos, ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018 e SILVA, Virgílio Afonso da. “Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção”, in *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1 (2003): 607-630.

Em provocativo artigo publicado recentemente, o professor da USP, Conrado Hubner Mendes, critica essa postura citando exemplos concretos, nos quais juízes teriam embasado suas decisões em opiniões desprovidas de base científica, chamando tal comportamento de “consequenciachismo”. Segundo o autor, “[o] consequencialismo busca detectar relações empíricas de causa e efeito, pratica a dúvida metódica, vai atrás de pesquisas e dialoga com as ciências sociais”, enquanto “[o] consequenciachismo é um estado de espírito, um pensamento desejoso (*wishful thinking*), a confusão entre o que é e o que se queria que fosse”⁸.

O artigo 20 da LINDB, portanto, parece caminhar bem ao exigir das instâncias decisórias que avaliem de forma séria as consequências das determinações resultantes da interpretação de normas indeterminadas. Como destacam os autores do Projeto de Lei, “[c]omo é amplo e crescente o grau de indeterminação das normas, em especial as de direito público, é preciso impedir que as autoridades, ao delas extraírem consequências concretas – criando direitos, deveres e proibições específicas para sujeitos certos – o façam de modo superficial”⁹.

4. Artigo 21

O artigo 21, que exige sejam indicadas as consequências de decisões que invalidem ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, possibilitando, em seu parágrafo único, sejam indicadas condições de regularização proporcional e equânime, sem prejuízo aos interesses gerais.

A Indicação sugere que o artigo 21 daria grande discricionariedade às instâncias controladoras, gerando insegurança jurídica. O artigo do Dr. Júlio Marcelo de Oliveira, por sua vez, entende que “se o gestor descumprir normas, em vez de ser dele o dever de justificar sua conduta, o órgão de controle é que terá o dever de perscrutar todo o universo de alternativas possíveis para avaliar a desconformidade do ato com a lei”.

Penso, no entanto, que o ponto merece maior reflexão.

Ao prescrever que a anulação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa seja acompanhada de um exame das consequências práticas dessa decisão, bem como ao permitir que sejam indicadas as condições para a regularização do ato, no lugar de sua anulação, o legislador aborda questão jurídica intensamente controversa: a teoria das nulidades dos atos e contratos administrativos.

A mera transposição da teoria das nulidades do direito civil para o direito administrativo não parece adequada, tendo em vista os distintos princípios que orientam

⁸ Texto disponível em <https://epoca.globo.com/conrado-hubner-mendes/jurisprudencia-impressionista-23066592#ixzz5So0CtTGI>, acesso em 02/10/2018.

⁹ SUNDFELD, Carlos Ari (org.), op cit., p. 279.

cada um desses ramos do direito: enquanto o direito civil é pautado pela autonomia da vontade e voltado para a tutela individual, o direito administrativo tem como norte a supremacia do interesse público, devendo levar em consideração, em primeiro plano, o interesse da coletividade¹⁰.

Sendo assim, a anulação de um ato administrativo deve levar em consideração que o beneficiário desse ato possui uma legítima expectativa de que o ato é válido (decorrente da presunção de legitimidade e legalidade dos atos administrativos), algo que não existe na relação entre particulares. Tem-se aí a incidência de um dos corolários do princípio da segurança jurídica, que é a proteção à confiança assegurada aos cidadãos em suas relações com a Administração Pública¹¹.

No que tange aos contratos administrativos, especialmente aqueles por meio dos quais o governo delega aos particulares a prestação de determinado serviço público, para além dos interesses do poder concedente e do concessionário, existe o interesse coletivo primário, que necessita de uma boa execução contratual para que seja adequadamente atendido. Daí a incidência do princípio da continuidade dos serviços públicos, que pode recomendar, por vezes, que mesmo contratos viciados permaneçam sendo executados – ainda que pelo período necessário à substituição do concessionário.

Por tudo isso, a obrigação de que sejam sopesadas as consequências quando decretada a anulação de atos ou contratos administrativos, bem como a possibilidade de regularização, sempre que viável, parecem medidas positivas trazidas pela Lei nº 13.655/2018.

5. Artigo 22

O artigo 22 traz regras de interpretação de normas de gestão pública, prevendo a obrigação de que sejam levadas em consideração as dificuldades reais do gestor e as discussões sobre políticas públicas (*caput*). Prevê, ainda, que as circunstâncias práticas que tenham revolido a ação do gestor sejam levadas em consideração (§ 1º) e que eventuais sanções sejam aplicadas de forma proporcional à natureza e gravidade da infração cometida (§ 2º), considerando, inclusive, outras sanções aplicáveis pelo mesmo fato (§3º).

¹⁰ Em que pese a existência de respeitáveis opiniões questionando o alcance ou a própria existência do princípio da supremacia do interesse público, penso não ser possível compreender a simples existência do direito administrativo sem aceitar que os interesses coletivos têm primazia, *prima facie*, em face dos interesses privados. Para uma visão geral do debate, ver SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007 e DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). *Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo, Atlas, 2010.

¹¹ SHUENQUENER, Valter. ###

A Indicação reconhece que o artigo *“tem importantes implicações para os órgãos de controle”*, enquanto o artigo do procurador junto ao TCU o critica mencionando *“o alto grau de indeterminação e abstração dos conceitos invocados, a justificar qualquer ilegalidade com argumentos de necessidade premente, tornando quase impossível a impugnação de qualquer ato administrativo”*.

Novamente as críticas soam exageradas. A intenção da lei não parece ser a de justificar a prática de ilegalidades, mas sim de exigir uma avaliação realista e contextualizada da conduta de agentes públicos que precisam tomar decisões difíceis em sua prática profissional. Muitas vezes os órgãos de controle se debruçam sobre atos administrativos, anos depois da sua prática, analisando a questão de forma inteiramente descontextualizada, o que vem provocando verdadeiro imobilismo na Administração Pública, com agentes receosos de decidirem questões polêmicas por medo de punições posteriores.

Quanto ao ponto, ainda parece pertinente o alerta feito pelo Min. Gilmar Mendes no julgamento do MS 25.092: *“[s]abemos (...)da sensibilidade desse tema, em que se tomam decisões de risco, por exemplo, no caso específico, tomam-se decisões que têm de ser avaliadas, segundo paradigmas existentes, mas para recuperar créditos, assumindo até determinado tipo de prejuízo. Por outro lado – e sabemos muito bem que que já teve alguma experiência na vida pública há de sabê-lo –, esses órgãos de fiscalização são engenheiros, em geral, de obras prontas. Devemos dizê-lo com sinceridade: são críticos de obras feitas e, muitas vezes, sem o necessário preparo para fazê-lo”*.

6. Artigo 26

O artigo 26, que autoriza a celebração de compromisso a fim de eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, é descrito pelo Dr. Júlio Marcelo como *“francamente contrário ao interesse público”*. Segundo ele, *“[a]lém de usar expressão aberta, como ‘razões de relevante interesse geral’, serve de salvaguarda e prêmio ao gestor que atua contra a lei. Com efeito, a possibilidade de celebração de compromissos, com transação de sanções, créditos passados e estabelecimento de regime de transição, dá ensejo à irresponsabilidade e impunidade, já que as consequências de atos violadores à lei podem ser afastadas com simples celebração de acordo, sem nenhuma responsabilização pessoal”*.

Novamente a crítica parece desconectada da prática administrativa contemporânea. A busca por soluções consensuais é cada vez mais incentivada, como demonstram, por si só, normas como a Lei nº 13.140/2015, que trata da utilização de mediação e de autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, o § 6º do artigo 5º da Lei nº 7.347/85, que autoriza a celebração de termos de ajustamento de

conduta no âmbito de ações civis públicas ou do artigo 16 da Lei nº 12.846/2013, que prevê o acordo de leniência em casos envolvendo a prática de atos lesivos à administração pública.

Autorizar, em caráter geral, a celebração de compromissos pela administração pública parece, portanto, medida positiva. Naturalmente que a legalidade de tais compromissos deverá sempre permanecer sob escrutínio dos órgãos de controle pertinentes, inclusive com possibilidade de revisão judicial, quando for o caso.

7. Artigo 28

O novo artigo 28 da LINDB é, decerto, dos mais polêmicos. Ele estabelece que os agentes públicos respondem pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro. Há, portanto, um maior rigor para que se possa responsabilizar os administradores do que tipicamente se exigia. O artigo do Dr. Júlio Marcelo chega a chamá-lo de *“porta aberta para a impunidade e ineficiência na administração pública”*.

Para que se possa analisar corretamente tal artigo, é preciso (i) delimitar seu campo de aplicação; e (ii) diferenciar as duas situações por ele tratadas.

Em primeiro lugar, cumpre destacar que o artigo 37, § 6º, da Constituição estabelece que *“[a]s pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”*. Vê-se que o direito do cidadão de ver responsabilizada a Administração Pública por eventual ilegalidade não é afetado pelo novo dispositivo, uma vez que tal responsabilização se dá de forma objetiva. Apenas quando a Administração pretende responsabilizar seus próprios agentes é que se há de investigar a existência de dolo ou culpa, sendo este, portanto, o campo de aplicação do artigo 28.

José Guilherme Berman