

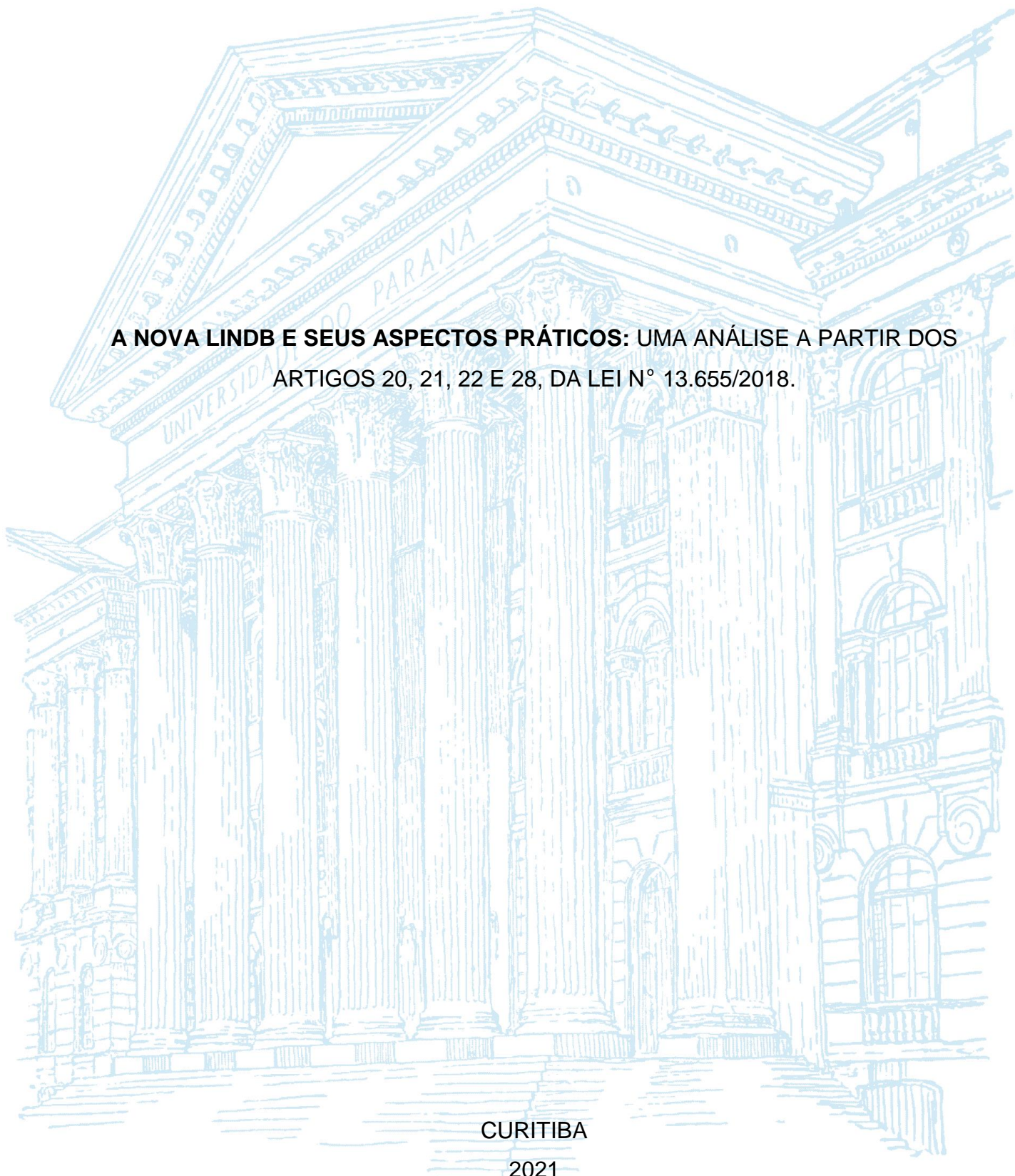
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

PEDRO HENRIQUE FERREIRA DA SILVA

**A NOVA LINDB E SEUS ASPECTOS PRÁTICOS: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS
ARTIGOS 20, 21, 22 E 28, DA LEI N° 13.655/2018.**

CURITIBA

2021



PEDRO HENRIQUE FERREIRA DA SILVA

**A NOVA LINDB E SEUS ASPECTOS PRÁTICOS: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS
ARTIGOS 20, 21, 22 E 28, DA LEI N° 13.655/2018.**

Monografia apresentada ao curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira.

CURITIBA

2021

TERMO DE APROVAÇÃO

A NOVA LINDB E SEUS ASPECTOS PRÁTICOS : UMA ANÁLISE A PARTIR DOS ARTIGOS 20, 21, 22 E 28, DA LEI Nº 13.655/2018.

PEDRO HENRIQUE FERREIRA DA SILVA

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



Egon Beckmann Moreira
Orientador

Coorientador



Heloisa Fernandes Câmara
1º Membro



Clovis Alberto Bertolini de Pinho
2º Membro

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, é preciso agradecer à Deus pela força e discernimento necessários para chegar até o presente momento. Não obstante, agradeço principalmente todo o suporte oferecido pela minha família. É certo que a conclusão desta etapa final da minha graduação só foi possível por todos os esforços anteriores deduzidos pelos meus pais, Gilberto e Eloina, bem como pelos incentivos e a admiração da minha irmã, Maria Eduarda. Para vocês dedico todo meu esforço e amor.

Agradeço a todos aqueles que estiveram ao meu lado no decorrer do caminho. Ao meu melhor amigo, Gabriel Konrad, que me acompanhou desde o início e vivenciou o Direito UFPR junto comigo, mesmo sem um GRR. Ao meu primeiro grupo, com as devidas idas e vindas, Brenda Dinardi, Caroline Martynetz, Flávia Grupenmacher, Manoela Munhoz, Mariana Savaris, Nahomi Helena, Thais Luz e Yasmin Hosaka. Obrigado por cada momento, tenho certeza que evoluí em diversos aspectos convivendo com cada uma de vocês!

Meu agradecimento também aos meus parceiros de mesa de bar, de sinuca e que estiveram presentes nos mais diversos momentos. Dentre eles, André Nishihara, Eduardo Monteiro, Lorenzo Otobelli, Matheus Charles, Thiago Borba. Obrigado por terem deixado o caminho mais leve.

Não poderia deixar de agradecer a todos os amigos que fiz durante as gestões das quais participei. Aos queridos da “Além do Discurso”, gestão do CAHS de 2017/18, obrigado por toda vivência e parceria desenvolvida durante esse importante projeto. Estendo o agradecimento e carinho a todos que compuseram as gestões da AAAD de 2019 e 2020. Obrigado pelas diferentes vivências durante todo esse tempo.

Agradeço a todos os servidores da Universidade Federal do Paraná, em especial aos que movem o curso de Direito. Agradeço igualmente à Marina Batisti, Nahima Razuk, Nathalia Barreto e Thiago Valiati, pessoas fundamentais no meu processo de aprendizado e evolução no mundo jurídico.

Por fim, agradeço à Isabela Furtado, um dos meus maiores presentes da faculdade, por todo companheirismo, dedicação e amor. Despedir-se do curso nas condições impostas pela pandemia só não foi mais difícil por conta de todo o seu suporte e carinho. Obrigado por tudo, meu amor!

RESUMO

O Direito Público há tempos sofre com, ao menos, dois grandes problemas. O primeiro deles diz respeito às interferências indevidas promovidas por tribunais e órgãos de controle, que se utilizam de grandes princípios abstratos para tanto. O segundo é a paralisia da Administração Pública causada pelo cenário de medo advindo da insegurança e da incerteza quanto à responsabilização dos agentes públicos. A Lei nº 13.655/2018, a partir dos artigos 20, 21, 22 e 28, busca combater essas duas problemáticas, utilizando-se do pragmatismo e do consequencialismo como freio objetivo de decisões oportunistas. A construção de um Direito Público mais responsivo, que tem seus limites institucionais bem definidos, assim como não ignora a realidade posta, é uma das formas de se aumentar a segurança jurídica das relações desenvolvidas entre o Estado e os particulares.

Palavras-chave: LINDB. Pragmatismo. Consequencialismo.

ABSTRACT

The Public Law has long suffered with at least two major problems. The first of them concerns the undue interference promoted by courts and control agencies, which are justified with abstract principles. The second is the paralysis of the Public Administration caused by the scenario of fear arising from insecurity and uncertainty regarding the accountability of public agents. In response to this scenario the Introductory Law to Brazilian Rules (LINDB), in particular the articles 20, 21, 22 e 28, use pragmatism and consequentialism as obstacles on opportunistic decisions. One of the ways to increase the greater legal certainty of the relations developed between the State and private parties is the construction of a responsible Public Law, which has its institutional limits well defined and doesn't ignore the reality.

Keywords: LINDB. Pragmatism. Consequentialism.

LISTA DE SIGLAS

ANTT	- Agência Nacional de Transportes Terrestres
ANVISA	- Agência Nacional de Vigilância Sanitária
ARTESP	- Agência de Transporte do Estado de São Paulo
CADE	- Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CARF	- Conselho Administrativo de Recursos Fiscais
CVM	- Comissão de Valores Imobiliários
CRSFN	- Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional
JFPR	- Justiça Federal do Paraná
INSS	- Instituto Nacional do Seguro Social
STF	- Supremo Tribunal Federal
STJ	- Superior Tribunal de Justiça
TJPR	- Tribunal de Justiça do Paraná
TRF-4	- Tribunal Regional Federal da 4ª Região
TCU	- Tribunal de Contas da União

LISTA DE ABREVIATURAS

Art.	- Artigo
Inc.	- Inciso
CF/88	- Constituição Federal de 1988
CPC	- Código de Processo Civil
LINDB	- Lei de Introdução às Normas no Direito Brasileiro
REsp	- Recurso Especial
RExt	- Recurso Extraordinário
ADI	- Ação Direta de Inconstitucionalidade
PLS	- Projeto de Lei do Senado

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 OS PROBLEMAS EMPÍRICOS ENFRENTADOS PELA NOVA LINDB	13
3 ESTUDO DE CASOS: POSSÍVEIS SOLUÇÕES PRÁTICAS (ARTS. 20, 21, 22 E 28 DA LEI Nº 13.655/2018).....	20
3.1 AS CONSEQUÊNCIAS MATERIAIS DAS DECISÕES	20
3.1.1 As interferências promovidas em políticas públicas	22
3.1.2 O reforço à doutrina da deferência e a teoria das nulidades dos atos administrativos	28
3.1.3 A recepção dos artigos 20 e 21 da Lei nº 13.655/2018	33
3.2 A NECESSÁRIA PROTEÇÃO DA INICIATIVA DO GESTOR PÚBLICO	42
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	56
REFERÊNCIAS.....	58

1 INTRODUÇÃO

A Lei de Introdução às Normas no Direito Brasileiro (LINDB) é considerada uma lei com conteúdo meta-normativo, que serve para guiar a interpretação das demais leis do ordenamento jurídico, orientando a aplicação do Direito Brasileiro. Originalmente, a LINDB tinha aplicabilidade voltada para as relações privadas. Inclusive o Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, referia-se como a “Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro”.

Muito tempo depois, adveio a Lei nº 12.376/2010, que ampliou o escopo da LINDB, sem qualquer acréscimo de novos dispositivos, apenas fazendo constar que agora a lei se referia “às normas do Direito Brasileiro”. Dentro desse contexto de evolução histórica, em 2015, o Senador Antonio Anastasia apresentou novas alterações para a LINDB (PLS nº 349/2015), que veio a tramitar na Câmara dos Deputados como Projeto de Lei nº 7.748/2017. Na ementa do referido Projeto de Lei: *“Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público”*.

Em um primeiro momento, poderia se questionar a escolha do legislador em eleger uma lei de conteúdo meta-normativo, voltada a orientar a aplicação do direito, para recepcionar novas disposições normativas que visam aumentar a segurança jurídica e a eficiência do direito público.

Ocorre que, com o passar do tempo, o direito foi se tornando cada vez mais complexo, sobretudo nas relações entre o particular e o Estado. Isto porque, houve um fortalecimento das estruturas que compõem o Poder Executivo pós-Constituição de 1988, com o aumento de poder e autonomia da Administração Pública. Em decorrência deste fato, surgiram inúmeros problemas (principalmente jurídicos de cunho Econômico e Administrativo), dentre os quais destacam-se três: **(i)** o aumento da pluralidade de fontes normativas dentro do ordenamento jurídico; **(ii)** a crescente participação do Estado na economia por meio da sua função regulatória e; **(iii)** a diversificação de polos legitimados existentes para aplicar o direito¹.

Ante essa problemática, foi preciso a confecção de normas que, além de

¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública). Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 9-10.

ostentar o cunho legal, também tivessem a função de guiar o aplicador do direito, no caso concreto, independentemente da natureza jurídica do problema enfrentado.

Diante deste cenário, e após inúmeras discussões acadêmicas², adveio a Lei nº 13.655/2018 que acrescentou 10 novos artigos à Lei de Introdução, abordando diferentes temas de suma importância ao Direito Público. Entre todas as mudanças promovidas, as que possuem maior relevância para o presente trabalho dizem respeito **(i)** ao uso de preceitos indeterminados em decisões e seus efeitos práticos (arts. 20 e 21) e; **(ii)** a proteção em favor de agentes públicos responsáveis (arts. 22 e 28).

Busca-se investigar e discutir em que medida e em quais casos as consequências práticas das decisões devem ser levadas em conta, bem como, após gerar efeitos e consequências, questiona-se sobre a responsabilização do gestor que tomou a decisão, considerando o contexto em que o administrador estava inserido.

Para tanto, o presente trabalho se divide em dois momentos. A primeira parte se presta a apresentar qual foi/é o panorama geral que levou o legislador a realizar importantes mudanças paradigmáticas dentro do Direito Público. Após, são expostas as principais questões, teóricas e práticas, que envolvem os arts. 20, 21, 22 e 28 da Lei nº 13.655/2018, e como os destinatários destas regras vêm interpretando e aplicando-as.

Além disso, a metodologia adotada para a presente pesquisa será o hipotético dedutivo, cuja efetivação se dará principalmente através da pesquisa bibliográfica conjugada com casos concretos, tendo em vista o caráter de aplicação de teorizações doutrinárias em conjunto com a nova Lei 13.655/18 à interpretação

² Nesse sentido, destacam-se os seguintes trabalhos produzidos à época: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (coord.). Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática. Senado Federal: Brasília, 2015 e; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SUNDFELD, Carlos Ari; DALLARI, Adilson de Abreu; MARTINS, Ives Gandra da Silva; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MEDAUAR, Odete; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; JUSTEN FILHO, Marçal; CARRAZZA, Roque; BINENBOJM, Gustavo; ALMEIDA, Fernando Menezes de; ARAGÃO, Alexandre Santos de; SCAFF, Fernando Facury; CÂMARA, Jacintho Arruda; MONTEIRO, Vera Cristina Caspari; MOREIRA, Egon Bockmann; MENDONÇA, José Vicente Santos de; PEREZ, Marcos Augusto; PIOVESAN, Flavia; MODESTO, Paulo; ROSILHO, André Janjácómo; JORDÃO, Eduardo Ferreira; SCHIRATO, Vitor Rhein; CUNHA, Carlos Eduardo Bergamini. Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL n ° 7.448/2017. 2018. Disponível em: <http://www.ninc.com.br/img/pesquisa/arquivo_20180428170434_103.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2020.

de problemas teórico-práticos. Nada obstante, também será utilizado em certa medida o levantamento de dados como instrumento de pesquisa.

2 OS PROBLEMAS EMPÍRICOS ENFRENTADOS PELA NOVA LINDB

O direito público brasileiro, sobretudo pós a década de 80, sofreu diversas modificações em sua lógica e sistemática. A Constituição de 1988 revolucionou o cenário político, social e jurídico que vigorava no Brasil até então. Ocorre que, apesar dos importantes avanços, a efetivação do chamado “Estado de Bem-Estar Social”, imposto pela Constituição Cidadã, passou a depender de um bom relacionamento entre Estado e sociedade civil³.

Se, em um momento anterior, o Estado estava afastado dos seus cidadãos, intervindo somente quando necessário, agora tal filosofia não se sustentava mais. Para colocar em prática o projeto político eleito pela Constituição de 1988 foi necessário unir esforços com os recursos privados dos jurisdicionados. Nesse contexto, abriu-se um importante acesso para a democratização das políticas públicas, ao passo que também foi necessário prestigiar a incidência de múltiplos controles para fiscalizar esta relação entre Estado e particular⁴.

E esta multiplicação de legitimados para aplicar o direito em seu aspecto regulatório e fiscalizatório ocasionou a fragilização da segurança jurídica do Direito Público, em virtude da disseminação de inúmeras fontes normativas⁵. É dizer, atualmente, existem inúmeros agentes com poder de interpretar e aplicar normas com força vinculante, dentre eles: agências reguladoras, tribunais administrativos

³ JUSTEN FILHO, Marçal; JORDÃO, Eduardo Ferreira. A contratação administrativa destinada ao fomento de atividades privadas de interesse coletivo. *Revista Brasileira de Direito Público*, v. 34, 2011. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/19195/A_contratacao_administrativa_destinada_a.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 15 dez. 2020.

⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 11.

⁵ Para Carlos Ari Sundfeld: “Foi destruído o monopólio da função normativa, originalmente pertencente ao legislador, implantando-se um regime concorrencial de normas. Pode-se dizer, assim, que os interesses do Direito não estão mais aos cuidados apenas do Parlamento, como se concebeu de início; há muitos outros organismos cuidando deles”. (SUNDFELD, Carlos Ari. *Administrar é criar?* In: *Direito Administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 144).

(CADE, CARF, CVM, CRSFN etc.), tribunais de contas, controladorias, corregedorias, Ministério Público e o Poder Judiciário⁶.

Soma-se a este cenário o fato de que a sociedade evoluiu muito em um curto espaço de tempo, tornando-se cada vez mais complexa e com novos problemas a serem resolvidos pelo ordenamento jurídico. Essa situação conduziu a soluções normativas incompatíveis com a vivência social desenvolvida. Como resposta a esse efeito, criou-se diversas normas gerais e abstratas, capazes de se moldar mais facilmente às mais diversas circunstâncias possíveis⁷. Consequentemente, houve a proliferação de normas principiológicas, ocasionando a elevação do grau de indeterminação da disciplina jurídica⁸.

Dentro dessa realidade, que opera sob o paradigma da *civil law*, tornou-se muito comum estar diante de inúmeras regras e princípios⁹. Nesse sentido, para Marçal Justen Filho, “uma regra é uma norma jurídica que vincula um comando à ocorrência de determinada situação fática (descrita de modo hipotético)”¹⁰. Enquanto, um princípio “impõe a vinculação a padrões gerais e impõe ao aplicador o poder-dever de construir uma solução para o caso concreto, tomando em vista as circunstâncias fáticas e variações inerentes à realidade”¹¹.

Apesar de possuírem características distintas, princípios e regras se complementam no ordenamento jurídico. É tanto por isso que é usual a existência de uma regra com o mesmo conteúdo normativo que um princípio¹². O problema

⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública). Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 11.

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. Revista de Direito Administrativo – RDA, Rio de Janeiro, Ed. Especial: Lei de introdução às Normas do Direito Brasileiro, Editora FGV, 2018, p. 17.

⁸ Idem, p. 19.

⁹ Para Humberto Ávila: “As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”. (ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 70).

¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas Revista de Direito Administrativo – RDA, Rio de Janeiro, Ed. Especial: Lei de introdução às Normas do Direito Brasileiro, Editora FGV, 2018, p. 20.

¹¹ Idem, Ibidem.

¹² Marçal Justen Filho exemplifica o caso do princípio da legalidade: “estabelece que as leis são o veículo para a criação de normas jurídicas. Esse princípio é acompanhado de uma regra fixando

decorre de quando se opta pela prevalência de uma norma de conteúdo abstrato e genérico, sem que ocorra sua aproximação com o caso concreto de forma satisfatória.

De mais a mais, é certo que o aumento do grau de incerteza sobre a solução jurídica adequada somada à ampliação das competências dos controladores tem gerado problemas de diversas ordens. Dentre estas consequências, ressaltam-se: **(i)** a instabilidade e imprecisão de decisões “definitivas” e; **(ii)** o fim do protagonismo do Poder Público (que é o responsável por gerir o interesse coletivo)¹³.

Nessa toada, pode-se dizer que a precariedade das decisões gera grande parte dos demais conflitos. Isto porque, é comum deparar-se com pronunciamentos judiciais ou administrativos anulando contratos administrativos, penalizando gestores públicos e particulares, interrompendo ou cancelando certames licitatórios, bem como criando obrigações não previstas em lei e usurpando a competência do administrador de decidir sobre a implementação de políticas públicas no país, com base somente em ideais abstratos¹⁴.

É em razão desta problemática que Carlos Ari Sundfeld defende que o juiz, ao deliberar com base em princípios indeterminados, deve suportar o ônus da competência e o ônus do regulador¹⁵. De acordo com Sundfeld, o ônus da competência é o dever do julgador de identificar os elementos especiais de ordem institucional que autorizam a sua intervenção no caso concreto, sem que isso importe em uma infração a separação dos três poderes, ao passo que a simples invocação de princípios pertinentes também não é suficiente. É necessário que

que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei””. (Idem, *Ibidem*).

¹³ Nesse sentido, Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas apontam os seguintes exemplos para compreender melhor a situação: **(i)** a crise institucional instaurada entre CGU, MPF e TCU, gerada pelo anseio de dizer quem é o sujeito competente para celebrar os acordos de leniência previstos no art. 16 da Lei nº 12.846/2013 – é evidente que a referida disputa gera inúmeras decisões precárias sujeitas a inúmeras revisões; **(ii)** o administrador público que tem suas contas rejeitadas pelo Tribunal de Contas, gerando, automaticamente, sua inelegibilidade por força da Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135/10), ocasionando um medo e receio por parte do gestor. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 13).

¹⁴ “Na ausência de qualquer argumento, desfaz-se um contrato por meio de abracadabras jurídicos, em nome da “supremacia do interesse público”, e se impede a solução consensual do conflito daí resultante da “indisponibilidade do interesse público”. Chavões e clichês que pretendem se sobrepor à lei e ao Direito”. (MOREIRA, Egon Bockmann. *A nova lei de introdução: Segurança reforçada ao Direito Administrativo*. In: VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel Morettini e (Coord.). *A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019).

¹⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. *Princípio é preguiça?* In: *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 206.

exista a aplicação de uma regra geral, bem como seja feita uma análise das alternativas existentes, dos custos inerentes e, ainda, dos reflexos concretos que determinada posição terá¹⁶.

Inclusive, a necessidade de aplicar os princípios de acordo com as possibilidades normativas e fáticas do caso concreto advém da lição clássica de Robert Alexy¹⁷. Isto é, a escolha de um princípio “x ou y” deve se orientar não só pela sua pertinência temática com a realidade fática, mas também pela análise das regras e demais princípios que a ele se contrapõem. Todavia, atualmente, o que se vê são inúmeras decisões que elegem um “grande princípio”¹⁸ e a partir dele se constroem justificativas que não necessariamente guardam relação com as especificidades do caso concreto¹⁹.

É justamente por isso que anular um contrato administrativo ou cancelar uma licitação elencando como fundamento maior a supremacia do interesse público não atende o dever de fundamentação que é imposto a todo e qualquer gestor. Para Cristiana Fortini “alegar interesse público no afã de dar guarida à revogação não satisfaz quer porque fluído o conceito quer porque não é qualquer justificativa que atende a prescrição legal”²⁰.

Ao passo que a utilização de princípios abstratos como resposta para situações complexas só aumenta, também se observa uma crescente edição de atos normativos que não surgem do Poder Legislativo. A título exemplificativo, em tempos de pandemia, provocada pelo Covid-19, foi possível observar o surgimento de

¹⁶ Idem, *Ibidem*.

¹⁷ Para Alexy, os princípios jurídicos consistem apenas em uma espécie de normas jurídicas por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas. (ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2005. pp. 28-29).

¹⁸ “Geralmente os “grandes princípios” são mesmo formulações bastante indeterminadas (como em princípio do interesse público)”. (SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça? In: Direito administrativo para céticos. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 209).

¹⁹ “É dizer, a decisão fundamentada em abstrações, para além de se furtar a analisar a complexidade da questão vertida, não traduz uma avaliação prévia quanto à solução mais adequada. Mais que isso, a utilização de conceitos abstratos pode importar em decisões subjetivas e arbitrárias, pois que a indeterminação de sua significação pode ocultar interesses escusos veiculados por seu intermédio. Ou gerar o efeito da fundamentação reversa, por intermédio do qual o decisor toma a decisão final e, após, se utiliza de conceitos abertos para justificar a sua decisão pré-tomada”. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública). Belo Horizonte: Fórum, 2019. pp. 22-23).

²⁰ FORTINI, Cristiana. Princípio da segurança jurídica e sua influência na revogação das licitações. In: MARRARA, Thiago (Org.). Princípios de Direito Administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade razoabilidade, interesse público. São Paulo: Atlas, 2012, p. 100.

decretos e portarias em uma velocidade nunca antes vista. Ressalta-se: atos estes que deveriam ser voltados à execução da lei, mas que criaram diversas obrigações a toda sociedade²¹. Esse fenômeno foi muito bem observado por Egon Bockmann Moreira, para quem “o art. 5º, inc. II, e o 84, inc. IV, da Constituição, saíram de cena e cederam espaço ao art. 174: o Estado como “agente normativo e regulador” da vida privada (não só das atividades econômicas, mas de quase todas as liberdades)”²².

Assim sendo, é compreensível que o legislador tenha se preocupado em elaborar uma lei destinada a aumentar a segurança jurídica das relações jurídicas desenvolvidas no âmbito do Direito Público. Afinal, se os particulares, sobretudo as empresas contratadas para realizar as políticas públicas, continuarem submetidos a um cenário de incertezas sem que haja uma mudança de postura das esferas administrativa, controladora e judicial, o desenvolvimento econômico e social do país estará comprometido²³.

Por outro lado, se a insegurança jurídica afasta investidores, o medo de sanções fundadas em abstrações paralisa os gestores públicos. No caso do administrador público a situação é de mais fácil visualização. Cita-se, por exemplo, a lei de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/1992) que estabelece em seu art. 11 que atentar contra os princípios da honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições constitui ato de improbidade. Ora, questiona-se: o que é ser leal? Quais são as diretrizes da honestidade e da imparcialidade? Infringir uma norma sem dolo ou lesão ao erário fere a legalidade?

²¹ MOREIRA, Egon Bockmann. Princípio da legalidade em tempos de crise: destrocado ou ressignificado? *Direito do Estado*, nº 447, 2020. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/egon-bockmann-moreira/principio-da-legalidade-em-tempos-de-crise-destrocado-ou-ressignificado>>. Acesso em: 16 dez 2020.

²² Idem, *Ibidem*.

²³ Nesse sentido: “o dever jurídico de estabilização institucional dos regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consulta assume importância central, como critério de correção formal das decisões e de promoção do desenvolvimento do Direito, de forma coerente, igualitária, consistente e estável. Ademais, favorece a relação harmônica entre os diversos órgãos que compõem as estruturas dos Poderes Públicos. Permite que haja previsibilidade e gera incentivos a que os agentes, públicos e privados, adotem determinados comportamentos. Estabilidade a gerar estabilidade; confiança a permitir a sustentabilidade do desenvolvimento pessoal, social e econômico”. (MOREIRA, Egon Bockmann; PEREIRA, Paula Pessoa. Art. 30 da LINDB: O dever público de incrementar a segurança jurídica. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, Ed. Especial: Lei de introdução às Normas do Direito Brasileiro, Editora FGV, 2018, pp. 247-248).

Esse cenário, causado pela aplicação de sanções com base em princípios abstratos, ficou conhecido doutrinariamente como “Direito Administrativo do Medo”. Isto porque, os gestores não mais atuam apenas na busca da melhor solução ao interesse coletivo, mas também para se proteger. De acordo com Fernando Vernalha Guimarães “tomar decisões heterodoxas ou praticar ações controvertidas nas instâncias de controle é se expor a riscos indigestos”²⁴.

Por óbvio não se defende inexistência de qualquer controle rigoroso e cauteloso, afinal, os diversos escândalos de corrupção acabaram influenciando diretamente na preocupação com a coisa pública. Ocorre que a aplicação de sanções baseadas em critérios abertos, princípios abstratos e sem a consideração das dificuldades enfrentadas pelo gestor gera este cenário de temor. A consequência é que, como forma de autopreservação, os agentes públicos adotam “as mesmas decisões e práticas que já receberam a aprovação dos órgãos de controle”²⁵ e qualquer outra medida possível de ser tomada, ainda que mais eficiente, é desconsiderada.

Esse fenômeno pode ser comprovado em diversos estudos já realizados, dentre os quais se destaca o realizado pelo Infra2038²⁶ denominado “Segurança jurídica na gestão – A influência dos órgãos de controle na tomada de decisão por gestores públicos”²⁷. De acordo com este relatório, o Tribunal de Contas (TCU) aumentou a frequência e a severidade da fiscalização nas últimas décadas. Além disso, concluiu-se que há grandes chances de o gestor vir a ser responsabilizado por atos ocorridos há mais de uma década, assim como o Tribunal tende a adentrar nas minúcias fáticas do caso, questionando premissas e perspectivas específicas adotadas pelo administrador²⁸.

²⁴ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle. *Direito do Estado*, nº 71, 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>>. Acesso em: 16 dez 2020.

²⁵ JORDÃO, Eduardo. A relação entre inovação e controle da administração pública. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 72, 2018, p. 145.

²⁶ O INFRA2038 é um grupo de estudos que busca promover concessões e parcerias público-privadas, atuando na conexão entre governos e investidores e no desenvolvimento de conteúdo relevante nas áreas de energia elétrica, logística, saneamento básico, infraestrutura urbana e infraestrutura social.

²⁷ INFRA2038. *Segurança Jurídica na Gestão – A Influência dos Órgãos de Controle na Tomada de Decisão pelos Gestores*. Brasília, 2019. Disponível em: <https://159146a3-f37e-4128-a17e-52af8299c800.filesusr.com/ugd/63fe2f_d645374be53a426e8383a5d0aa1f80e6.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2020.

²⁸ Idem, p. 39.

Todos esses fatores contribuem para a proliferação de decisões que desprestigiam o atuar inovador e autônomo dos gestores públicos. Não são raras as ocasiões em que se prefere que o particular ajuíze uma ação judicial para discutir determinado assunto em vez de se resolver autonomamente. O problema decorrente disto é que, além dos custos e da mora envolvida, chama-se terceiro alheio para decidir o processo de negociação entre particular e Administração Pública.

Consciente dessa realidade, o Legislador, ao conceber a Lei nº 13.655/2018, convidou estes sujeitos distantes a se aproximarem do caso concreto, observar as consequências de suas decisões e a incrementar a fundamentação de pronunciamentos que influenciam todo o funcionamento da relação entre Estado – gestor público – particular.

O pragmatismo foi uma das formas encontradas para promover essa aproximação dos órgãos de controle da realidade²⁹. Para efeitos do presente trabalho não se pretende se estender na discussão sobre as diferenças entre pragmatismo filosófico e o jurídico³⁰. Para LINDB o que importa saber é que a lei faz um convite para o desenvolvimento de um olhar mais consequencialista.

Ademais, é preciso frisar que os instrumentos oferecidos pela Lei nº 13.655/2018 não são meios para sobrepor a realidade a qualquer custo. Na verdade, tratam-se de ferramentas para sair de desafios impostos pelo excesso de formalismo e idealismo existente em certos casos. Isto é: não se ignora o arcabouço normativo já existente, pois nos casos em que as normas e os precedentes forem claros e precisos, o sujeito pragmático atuará da mesma forma que o não pragmático³¹. Busca-se tão somente diminuir o impacto das decisões em que o julgador tiver maior discricionariedade para decidir, fazendo com que este observe as consequências de sua posição³².

²⁹ Há quem defenda que um argumento pragmático, um argumento consequencialista e um argumento prático possuem sentidos diversos. Todavia, o presente trabalho segue a linha construída por José Vicente Santos de Mendonça, para quem “argumento pragmático” e “argumento consequencialista” são sinônimos, visto que não existe diferença substancial, para a aplicação do Direito, ficar debatendo sobre os possíveis sentidos de ambos os conceitos. (MENDONÇA, José Vicente de. Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 45).

³⁰ O debate desenvolvido ao redor do pragmatismo jurídico é construído principalmente por Richard Posner, Thomas Grey e David Luban. Para aprofundar mais sobre o tema, veja-se: Idem, p. 39-43.

³¹ Idem, p. 103.

³² Idem, *ibidem*.

Apresentado brevemente o cenário de dificuldades, o próximo passo é analisar a fundo os arts. 20, 21, 22 e 28 da nova LINDB. É preciso discutir a sistemática de cada dispositivo, seu funcionamento, suas críticas, aplicabilidade, bem como analisar a recepção dada por seus destinatários.

3 ESTUDO DE CASOS: POSSÍVEIS SOLUÇÕES PRÁTICAS (ARTS. 20, 21, 22 E 28 DA LEI Nº 13.655/2018)

3.1 AS CONSEQUÊNCIAS MATERIAIS DAS DECISÕES

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.

Conforme explicitado anteriormente, o Direito Público brasileiro se insere em diversas problemáticas, dentre as quais se destaca o uso excessivo de conceitos abstratos para decidir casos complexos. Como resposta a essa situação o art. 20, da Lei nº 13.655/2018, estabelece expressamente que em nenhuma das esferas – administrativa, controladora e judicial – se decidirá somente com base em valores jurídicos indeterminados.

Apesar disso, é preciso reforçar que não é uma lei contra os princípios. Para Carlos Ari Sundfeld e José Guilherme Giacomuzzi “é uma lei para evitar que a validade de atos e a regularidade de comportamentos sejam decididas a partir de

idealizações e de argumentos retóricos [...]”³³. Da leitura do dispositivo é possível perceber que o art. 20 da LINDB não impede que a decisão se funde em conceitos abertos ou abstratos, mas exige que nesses casos exista um processo de concretização decorrente das circunstâncias fáticas do caso concreto³⁴. Isto é, uma decisão pode invalidar um contrato administrativo com base no “interesse público”, mas para isso é necessário que seja demonstrado concretamente que tipo infração está sendo cometida, qual a extensão dos seus danos, a norma jurídica que incide no caso concreto e, principalmente, os efeitos decorrentes desta invalidação.

Caso contrário, a decisão construída em abstrações, além de não se aprofundar na complexidade da questão discutida, não indica um estudo prévio quanto à melhor solução. Ainda, “a utilização de conceitos abstratos pode importar em decisões subjetivas e arbitrárias, pois que a indeterminação de sua significação pode ocultar interesses escusos veiculados por seu intermédio”³⁵. Portanto, exigir do julgador a ponderação das consequências práticas da sua decisão trata-se de um freio objetivo a uma avaliação puramente subjetiva³⁶.

E para fins de atendimento da norma legal, a projeção dos efeitos práticos da decisão fundada em valores abstratos nada mais é que um raciocínio lógico de causa e efeito. É certo que da decisão proferida existirão consequências e estes efeitos “são identificados segundo juízos mentais que projetam relações de causalidade. Esses juízos fundam-se no conhecimento técnico-científico e na experiência da vida social”³⁷.

³³ SUNDFELD, Carlos Ari; GIACOMUZZI, José Guilherme. O espírito da Lei nº 13.655/2018: impulso realista para a segurança jurídica no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 16, nº 62, abr./jun. 2018. p. 39-41.

³⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, Ed. Especial: Lei de introdução às Normas do Direito Brasileiro, Editora FGV, 2018, p. 25.

³⁵ Floriano de Azevedo Marques Neto ainda aponta mais uma possibilidade para o uso de conceitos puramente abstratos: “Ou gerar o efeito da fundamentação reversa, por intermédio do qual o decisor toma a decisão final e, após, se utiliza de conceitos abertos para justificar a sua decisão pré-tomada”. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 22-23).

³⁶ MEERHOLZ, André Leonardo. O que se pretende com a previsão do caput do art. 20 da LINDB?. In: FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da Cunha; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada: Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de Setembro de 1942, vol. II*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 70.

³⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, Ed. Especial: Lei de introdução às Normas do Direito Brasileiro, Editora FGV, 2018, p. 29.

Nessa toada, é preciso ressaltar uma importante diferença entre o raciocínio lógico realizado no âmbito da atividade administrativa daquele feito pela função jurisdicional. Naturalmente, a atuação administrativa envolve a prática de atos de ofício, visto que a Administração Pública não pode aguardar a provocação particular para agir. Assim sendo, a decisão proveniente da esfera administrativa deve investigar os efeitos práticos da sua decisão independentemente dos elementos fornecidos pelas partes. Diferente é a lógica operada pela função jurisdicional. O Poder Judiciário é inerte, agindo somente no momento e na extensão em que for provocado (art. 2º, do CPC).

A principal consequência disto consiste no fato de que a fundamentação do juiz vincula-se ao que tiver sido exposto pelas partes dentro do processo. A decisão judicial deve se ater ao que for arguido pelas partes (art. 489, inc. I e §1º, do CPC). Portanto, para o juiz, a análise das possíveis alternativas e das consequências da decisão se restringem aos fatos notórios e aqueles alegados na ação. O Judiciário não pode, por vontade própria, investigar como se parte fosse, principalmente em julgamentos acerca de atos administrativos. E, ainda nos casos em que o juiz pode decidir de ofício, é preciso garantir às partes manifestação prévia a respeito (art. 10, do CPC)³⁸.

Assim sendo, tem-se uma lei que se destina a todas as esferas do ordenamento jurídico, mas que possui aplicação diferenciada a depender do caso concreto.

3.1.1 As interferências promovidas em políticas públicas

A partir da Constituição de 1988, o Poder Judiciário foi eleito como o intérprete último da carta magna. Assim, é natural que seja este o protagonista de questões polêmicas e complexas. Note-se, por exemplo, a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) nesses últimos 30 anos. Foi a instância que se colocou como

³⁸ CARDOSO, André Guskow. O princípio da proporcionalidade e o dever instituído pelo art. 20, parágrafo único, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB. In: FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da Cunha; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada: Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de Setembro de 1942, vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 97-98.

a mais “adequada” para resolver os grandes conflitos políticos, sociais e, principalmente, para implementar políticas públicas³⁹.

O problema reside justamente na última característica, pois apesar dos direitos sociais poderem ser considerados direitos fundamentais, e, nessa qualidade, à luz do art. 5º, §1º, da CF/88, possuírem eficácia imediata, isso não autorizaria uma transferência de atribuições da Administração Pública para o Poder Judiciário⁴⁰. Mais que isso, não dá anuência ao Poder Judiciário para exercer uma função para a qual não possui a necessária capacidade institucional⁴¹.

E quando o Supremo Tribunal Federal (STF) é chamado para decidir questões envolvendo direitos sociais é comum que existam intervenções em políticas públicas. No Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 909943/SE⁴², por exemplo, o tribunal assentou que “é firme o entendimento deste Tribunal de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à segurança e moradia”.

Estas intervenções nem sempre se dão por meio de comandos positivos, ordenando que o Estado promova alguma ação. A depender do conflito julgado, é possível impactar em políticas públicas por meio de posicionamentos tal como o adotado no julgamento da ADI 6341/DF⁴³. Nesta ocasião, o STF reconheceu a competência concorrente de Estados, Distrito Federal, Municípios e União no combate à Covid-19 – não se criou política pública, mas houve certa delimitação.

A maioria dos ministros aderiu à proposta do ministro Edson Fachin sobre o dever do art. 3º da Lei nº 13.979/2020⁴⁴ ser interpretado de acordo com o art. 23, inc. II, da CF/88, a fim de deixar claro que a União Federal pode legislar sobre temas envolvendo o combate à pandemia, mas que o exercício desta competência deve sempre resguardar a autonomia dos demais entes federativos. Assim, a

³⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública). Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 23.

⁴⁰ Idem, p. 24.

⁴¹ A atuação do STF em políticas públicas pode ser facilmente observada nos temas envolvendo conceitos tais como “reserva do possível” e de “custos dos direitos”. Apesar de serem utilizados em julgados que tenham por objeto o atendimento de direitos sociais, o problema não está no resultado das decisões, mas na forma como elas estão fundamentadas. (Idem, p. 26).

⁴² BRASIL. STF. AgR no RE nº 909943/ES, Segunda Turma, Relator: Min. Edson Fachin, julgado em 02.06.2017.

⁴³ BRASIL. STF. ADI 6341, Plenário, Relator: Min. Marco Aurélio, julgado em 15.04.2020.

⁴⁴ O referido artigo prevê uma série de medidas para o enfrentamento da emergência de saúde pública provocada pelo Covid-19.

possibilidade do chefe do Executivo Federal definir por decreto a essencialidade dos serviços públicos, sem observância da autonomia dos entes locais, afronta o princípio da separação dos poderes. Ou seja, a Corte Constitucional interveio por meio de um posicionamento que não retirava a responsabilidade da União, mas ordenava a observância da competência concorrente dos demais entes.

Apesar da atuação do Supremo Tribunal Federal ser polêmica, nota-se que o Tribunal de Contas da União é o órgão que tem chamado mais a atenção e preocupado parte da doutrina. Veja-se, por exemplo, o posicionamento do TCU no julgamento do Acórdão 290/2018⁴⁵. Trata-se de Representação movida por um deputado federal, na condição de coordenador da Comissão Externa de Fiscalização da BR-101/BA/ES, com pedido de medida cautelar, a fim de suprimir parte do reajuste da tarifa básica de pedágio do contrato de concessão de rodovia, até que fossem concluídos os procedimentos de fiscalização no âmbito do TCU.

No caso concreto, foi constatado o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato decorrente de falhas no cálculo das revisões tarifárias anteriormente previstas no instrumento contratual e por conta do art. 16, da Lei 13.103/2015⁴⁶, ter promovido alterações que permitiram o aumento do peso total de veículos de transporte de carga e de passageiros. Este incremento promovido pela referida lei importou na diminuição da vida útil do asfalto usado na rodovia. Consequentemente, houve um incremento de 63% nos custos de manutenção da rodovia, dentro de um intervalo de 4 anos de vigência contratual.

Em decorrência disto, a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) efetuou, por meio de resolução, a revisão tarifária anual, com um incremento de 15,13% de seu valor, a ser cobrada dos usuários da BR- 101/BA/ES. Contudo, o TCU concedeu medida liminar e ordenou que a ANTT retificasse a revisão tarifária do contrato de concessão, proibindo a utilização de valores superiores aos

⁴⁵ BRASIL. TCU. Acórdão 290/2018, Plenário, Relator: Min. Augusto Nardes, julgado em 21.02.2018.

⁴⁶ Art. 16. O art. 1º da Lei nº 7.408, de 25 de novembro de 1985, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 1º Fica permitida, na pesagem de veículos de transporte de carga e de passageiros, a tolerância máxima de:

I - 5% (cinco por cento) sobre os limites de peso bruto total;

II - 10% (dez por cento) sobre os limites de peso bruto transmitido por eixo de veículos à superfície das vias públicas.

Parágrafo único. Os limites de peso bruto não se aplicam aos locais não abrangidos pelo disposto no art. 2º da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, incluindo-se as vias particulares sem acesso à circulação pública.

constantes na proposta comercial da empresa como base de referência para compensação do aumento de custos de manutenção do pavimento decorrente da Lei nº 13.103/2015 – posicionamento confirmado quando julgado o mérito da ação.

Ou seja, a Corte de Contas desconsiderou totalmente a experiência técnica e a própria competência da agência reguladora capacitada, para atender uma demanda de caráter populista promovida por um deputado federal.

Intervenções em contratos administrativos são constantes e não encontram respaldo dentro do ordenamento jurídico. As competências dos tribunais de contas se destinam à expedição de atos de correção de ilegalidades e de sustação de “atos administrativos”, ambas ligadas ao atuar financeiro dos órgãos e das entidades do poder público (art. 71, IX e X, da CRFB)⁴⁷. E, apesar da Carta Magna ter ampliado consideravelmente a extensão do controle externo, não há previsão constitucional que autorize as cortes de contas a examinarem a execução de contratos administrativos ou decidirem sobre o conteúdo de editais de licitação⁴⁸, por exemplo.

Inclusive, é comum observar a tentativa de ampliação de competências não previstas pela Constituição. Na oportunidade do julgamento do Mandado de Segurança nº 23.550/DF⁴⁹, o STF fixou que o TCU, embora não tenha poder para anular ou sustar contratos administrativos, tem competência, conforme o art. 71, IX, da CF/88, para determinar à autoridade administrativa que promova a anulação do contrato e, se for o caso, da licitação de que se originou.

Note-se que a previsão contida no art. 71, IX, da CF/88, autoriza o TCU a “assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade”. Entretanto, o comando não se

⁴⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública). Belo Horizonte: Fórum, 2019. pp. 29-30.

⁴⁸ Sobre a interferência do TCU em editais de licitações: “como o TCU tem a possibilidade de interromper o curso de procedimentos licitatórios caso a administração decida não implementar eventuais medidas corretivas que lhe sejam apontadas (art. 71, X, da Constituição), as interpretações que desenvolve de normas inseridas no conceito amplo de matéria financeira tendem a ser observadas de perto por gestores sujeitos à sua jurisdição, sendo frequentemente incorporadas às práticas administrativas em geral. Outro importante fator que apesar de não estar ligado à atribuição em comento cria fortes incentivos para que gestores incorporem às suas práticas a visão do Tribunal sobre o Direito consiste na possibilidade de o órgão aplicar sanções a agentes públicos responsáveis por despesas em caso de descumprimento de suas determinações (art. 71, VIII, da Constituição e art. 58, IV, da LOTCU)”. (ROSILHO, André Janjácómo. Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União. São Paulo: Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016. p. 237. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/controle-da-administracao-publica-pelo-tribunal-de-contas-da-uniao.htm>>. Acesso em: 16 dez 2020.

⁴⁹ BRASIL. STF. MS 23550, Plenário, Relator: Min. Marco Aurélio, julgado em 04.04.2001.

aplica aos contratos administrativos, uma vez que a própria Constituição é clara ao dizer que “no caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis” (art. 71, §1º, CF/88). Portanto, é evidente a tentativa de contornar a barreira imposta pelo art. 71, §1º, CF/88, para impor uma leitura extensiva do disposto no art. 71, inc. IX, CF/88.

Apesar de tribunais tais como o STF e o TCU estarem sujeitos a julgarem casos mais complexos e controvertidos, as interferências principiológicas em políticas públicas também são usuais nas esferas administrativas. É o caso da “concessão da linha amarela”⁵⁰. Em 2018, o Município do Rio de Janeiro, por meio do Decreto nº 45.546/2018, suspendeu por 19 meses a cobrança do pedágio das rodovias que atendiam uma das regiões litorâneas mais movimentadas do Rio de Janeiro. Para tanto, alegou-se que a resposta para um suposto desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, em favor da municipalidade, poderia se dar unilateralmente com base num “poder geral de cautela”, a fim de tutelar o “Princípio da Moralidade Tarifária”.

Não se trata de uma prática incomum em contratos de concessão de rodovia, como observa Rafael Vêras de Freitas. Isto porque, a “concessão de rodovias, para além de estar submetido a um plexo de riscos e de variáveis, está sujeito, de forma mais saliente, a um risco político”⁵¹. Esse risco político perpassa pelo populismo envolvido nestes contratos⁵². Tanto é verdade que, no caso concreto, o Município aproveitou a chegada do verão e do recesso judiciário para abrir os portões das praças de pedágio que atendiam a região litorânea carioca. Como consequência, o Poder Judiciário condenou o Município do Rio de Janeiro a reajustar o contrato, bem como o condenou em todas as verbas sucumbenciais.

⁵⁰ FREITAS, Rafael Vêras de. O “populismo” rodoviário: o caso da concessão da linha amarela. Conjur, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-dez-29/opiniao-populismo-rodoviario-concessao-linha-amarela>>. Acesso em: 15 jan 2021.

⁵¹ Idem, Ibidem.

⁵² O Estado do Paraná é conhecido por interferir nos contratos de rodovia por conta do apelo eleitoral. Na década de 1990, o governador Jaime Lerner conseguiu se reeleger, no primeiro turno, após reduzir, unilateralmente, a tarifa dos pedágios em 50%, por meio da Portaria DER/PR nº 3.777/1998. Em 2002, Roberto Requião foi eleito com a promessa de campanha de que iria reduzir ou extinguir a cobrança de pedágios. Eleito, negou a aplicação do reajuste da tarifa previsto em todos os contratos de concessão de rodovias e promoveu a redução da tarifa em 50%. Além disso, em 2018 e perto das eleições, a então governadora Cida Borghetti buscou a suspensão da cobrança de todos os pedágios na Justiça Federal.

Situação semelhante se passou em São Paulo quando a Agência de Transporte do Estado de São Paulo (ARTESP) anulou uma série de aditivos contratuais firmados com as concessionárias responsáveis pela gestão dos contratos de concessão rodoviária do Estado de São Paulo. Em dezembro de 2006, a ARTESP celebrou diversos termos aditivos com as concessionárias com o objetivo de reequilibrar, por extensão de prazo, os contratos de concessão. Todavia, passados 5 (cinco) anos, a agência reguladora concluiu por meio de estudos independentes que as empresas haviam sido beneficiadas indevidamente por erros promovidos no momento de cálculo do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos⁵³.

A questão teve de ser judicializada, uma vez que a ARTESP buscava a nulidade dos aditivos celebrados e as empresas defendiam o ponto de vista de que foram usados critérios comumente utilizados pela própria ARTESP e também previstos nos contratos. Apesar da agência não ter alegado nenhum vício de vontade, os pleitos judiciais favoreceram a posição defendida pela Administração Pública⁵⁴. Note-se, que as orientações gerais da época (art. 24 da LINDB) sobre como calcular os desequilíbrios contratuais eram bastante precisas – visto que em ao menos 12 (doze) aditivos foi adotada exatamente a mesma metodologia⁵⁵.

Não se defende que sempre que houver um erro cometido por parte da Administração Pública, o particular deve ser beneficiado sob qualquer circunstância. Contudo, é preciso observar as consequências de uma eventual invalidação dos termos aditivos depois de ter se passado tanto tempo. Estas concessionárias emitiram bilhões de reais em debêntures de infraestrutura; uma vez anulados os aditivos, tais papéis poderiam ter seu vencimento antecipado, gerando grande impacto no mercado financeiro do país⁵⁶. Sendo assim, é preciso realizar uma importante análise dos efeitos que eventuais decisões anulatórias podem surtir.

O problema reside no fato que boa parte dessas interferências, anteriormente citadas, costumam se transvestir sob mantras extremamente indeterminados e,

⁵³ PINTO, Gabriela M. Engler. O caso da anulação dos aditivos de 2006 pela ARTESP: seria diferente à luz da nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro? Disponível em: <<https://portugalribeiro.com.br/wp-content/uploads/o-caso-da-anulacao-dos-aditivos-de-2006-pela-artesp-final.pdf>>. Acesso em: 22 jan 2021. p. 2.

⁵⁴ Idem, p. 3.

⁵⁵ Idem, p. 7.

⁵⁶ Idem, p. 8.

nessa medida, põem em cheque um Estado Regulador eficiente. A regulação serve como um “engate” entre os sistemas jurídico e político, de um lado, e os sistemas econômico e social, de outro. Uma boa regulação impede que qualquer um desses sistemas se sobreponha ao outro ao mesmo tempo que mantém a autonomia necessária e inerente de cada um deles⁵⁷.

Para assegurar o bom relacionamento entre particulares e o Estado é necessário acabar com essas ações interventivas baseadas em abstrações. É necessário atentar-se para os impactos que tais decisões podem ter. O aumento da deferência das escolhas feitas pelos gestores públicos é um dos caminhos para isso.

3.1.2 O reforço à doutrina da deferência e a teoria das nulidades dos atos administrativos

Obrigando os julgadores a desenvolverem uma reflexão mais pragmática auxilia na construção de um sistema onde os limites institucionais impostos pelo ordenamento jurídico são de mais fácil visualização. E o são, pois os artigos 20 e 21, da Lei nº 13.655/2018, prestam uma homenagem à responsabilidade da decisão⁵⁸.

A motivação, necessária em todo e qualquer pronunciamento judicial ou administrativo, é reforçada com o dever de indicar as consequências antevistas pelo decisor, bem como pelo encargo de avaliação e sopesamento destes efeitos, quando na decisão estiverem presentes somente princípios abertos. Assim, a decisão, que ora era abstrata, torna-se concreta e, principalmente, controlável⁵⁹.

Com isso, impede-se que os julgadores, por intermédio da utilização de conceitos vagos, substituam às competências da Administração Pública, sem assumirem os ônus que são próprios ao administrador. É um dos caminhos que se apoia na doutrina da deferência. Nesse sentido, a deferência é pode ser definida como uma:

Construção da Suprema Corte Americana, segundo a qual, se houve um processo administrativo e uma fundamentação adequada para a administração escolher uma, entre várias interpretações plausíveis do ato

⁵⁷ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Regulação econômica e suas modulações. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 7, n. 28, out./dez. 2009.

⁵⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública). Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 32.

⁵⁹ Idem, p. 33.

normativo, o Judiciário não deve substituir a interpretação plausível da Administração pela sua própria, salvo se aquela não for razoável⁶⁰.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.501/DF⁶¹, prestigiou essa noção de deferência, privilegiando a autonomia da Administração Pública de exercer as suas competências. No caso, a Corte Superior foi instada a suspender a eficácia da Lei nº 13.269/2016⁶². A referida lei autorizava o uso da substância fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna sem que o medicamento tivesse sido liberado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Nessa oportunidade, ficou fixado que o Poder Legislativo não poderia “substituir uma escolha técnica e procedimental da Agência [ANVISA]”, pois essa interferência ilegítima afronta à reserva de administração⁶³ e à separação dos poderes. Ainda, para o Ministro Marco Aurélio, a imposição da deferência nesse caso é simples. A ANVISA é o órgão legítimo para realizar o controle sanitário dos medicamentos, pois detém as melhores condições institucionais para tomar decisões a esse respeito. É justamente por isso que “não seria legítimo transferir do Poder Executivo para o Legislativo a decisão sobre a autorização de uso de substância que não passou pelo crivo da autarquia responsável”.

Quando do julgamento da ADI, o Tribunal manteve a posição firmada no âmbito da medida cautelar, privilegiando a deferência:

SAÚDE – MEDICAMENTO – AUSÊNCIA DE REGISTRO – INCONSTITUCIONALIDADE. É inconstitucional ato normativo mediante o qual autorizado fornecimento de substância, sem registro no órgão competente, considerados o princípio da separação de poderes e o direito fundamental à saúde – artigos 2º e 196 da Constituição Federal⁶⁴.

⁶⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Controle jurisdicional de políticas públicas. Belo Horizonte: Revista de Direito Administrativo & Constitucional – A&C, ano 10, n. 42, out./dez. 2010. p. 12.

⁶¹ BRASIL. STF. ADI 5501 MC, Plenário, Relator: Min. Marco Aurélio, julgado em 19.05.2016.

⁶² Autoriza o uso da fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna.

⁶³ A ideia de preservação da reserva de administração como corolário do princípio da separação de poderes vem sendo empregada em diversas ocasiões pelo Supremo Tribunal Federal para declarar a inconstitucionalidade de normas editadas pelo Poder Legislativo em matérias reservadas à competência administrativa do Poder Executivo. Nesse sentido, confirmam-se: ADI 969 (Rel. Min. Joaquim Barbosa), ADI3343 (Rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux), ADI 3075 (Rel. Min. Gilmar Mendes), ADI 2364 MC (Rel. Min. Celso de Mello), e RE 427.574 ED (Rel. Min. Celso de Mello).

⁶⁴ BRASIL. STF. ADI 5501, Plenário, Relator: Min. Marco Aurélio, julgado em 26.10.2020.

Situações como essa são de extrema complexidade, uma vez que envolvem o choque entre diversos princípios e regras constitucionais. Além disso, a solução adotada pelo STF seria capaz de impactar em eventuais políticas públicas a serem implementadas pela Administração Pública, atingindo diretamente a vida de inúmeras pessoas. E em casos dessa magnitude não se pode decidir exclusivamente em princípios abstratos, como “dignidade da pessoa humana” ou “liberdade”, sem que se observe os impactos de uma possível decisão que desprestigiaria a atuação da agência reguladora responsável por cuidar de assuntos envolvendo a distribuição de medicamentos para o uso comum.

Inclusive, é importante ressaltar que mesmo durante a pandemia, provocada pelo Covid-19, não se retirou a competência da ANVISA de dispor sobre as vacinas a serem aplicadas no Brasil⁶⁵. Apesar da Lei nº 13.979/2020 prever em seu art. 3º, inc. VIII, a possibilidade de importação e distribuição de quaisquer materiais, medicamentos, equipamentos e insumos da área de saúde sujeitos à vigilância sanitária, sem registro na ANVISA, considerados essenciais para auxiliar no combate à pandemia do Coronavírus, as vacinas aplicadas no Brasil precisaram passar pelo crivo da agência reguladora competente.

Essa deferência às escolhas da Administração Pública é reflexo da avaliação pragmática do caso concreto que **(i)** permite ao órgão julgador refletir se dispõe de capacidade institucional para decidir, ou se, excepcionalmente, tratar-se de função que lhe é atípica e; **(ii)** a decisão proferida seja mais adequada, uma vez que será necessário considerar as possíveis alternativas e o seu viés intrusivo⁶⁶.

Além disso, o art. 21, da Lei nº 13.655/2018, diz expressamente que no caso de invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá ser indicado de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas. O comando reflete diretamente na teoria das nulidades dos atos administrativos, a qual sempre operou por uma lógica binária: o ato é nulo ou não, sendo nulo o seu desfazimento operaria com efeito *ex tunc*⁶⁷.

⁶⁵ A própria ANVISA reuniu toda legislação aplicável no caso da farmacovigilância de vacinas e outros imunobiológicos, disponível em: <<http://antigo.anvisa.gov.br/vacinas>>. Acesso em 08 fev 2021.

⁶⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública). Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 37.

⁶⁷ GUIMARÃES, Bernardo Strobel. A LINDB e os pressupostos de controle em uma Administração complexa. In: VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel Morettini e (Coord.). A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 349.

Contudo, raramente em um ambiente complexo anular atos jurídicos permite, efetivamente, a restituição do *status quo*. As normas de Direito Público ultrapassam interesses individuais, dificultando a lógica de “tudo ou nada”, ainda que se trate da aplicação de regras explícitas⁶⁸. Essa compreensão é ultrapassada e a Lei nº 13.655/2018 vem para reforçar a superação deste paradigma. Para Ricardo Marcondes Martins:

Por mais inacreditável que seja, boa parte dos operadores do Direito Administrativo ainda acredita que diante uma invalidade deve necessariamente seguir-se a invalidação, e esta deve sempre se *ex tunc* e *ab initio*, com desconstituição total de todos os efeitos gerados pelo ato inválido, como se ele nunca tivesse ingressado no mundo jurídico. Muito dos juristas que incidem nessa supina incompreensão, prendem-se a soluções apriorísticas, estabelecidas abstratamente, com desprezo pelas particularidades do respectivo caso concreto. A saída do Legislador foi tentar resolver o problema pela força da lei: exigiu que os agentes públicos competentes para corrigir o vício apurem as consequências jurídicas da invalidação⁶⁹.

E por não ignorar esta realidade posta, a nova LINDB também prestigiou a negociação entre as partes. A Lei estimula a consensualidade (art. 27), permitindo o desenvolvimento de uma solução individualizada, que atenda aos diversos interesses envolvidos e ainda auxilie a efetividade do controle⁷⁰.

Nessa perspectiva, a Lei nº 13.655/2018, como um todo, busca privilegiar a proporcionalidade e a adequação das decisões. Os parágrafos únicos dos arts. 20 e 21 da Lei são explícitos em determinar que os julgadores devem ser adequados e proporcionais em seus pronunciamentos. A adequação pode ser entendida como uma verificação se o meio eleito é apto para atingir determinado fim. Por outro lado, a proporcionalidade consiste “na ponderação entre o ônus imposto e o benefício

⁶⁸ Idem, *Ibidem*.

⁶⁹ MARTINS, Ricardo Marcondes. A teoria do ato administrativo à luz das alterações da LINDB. In: VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel Morettini e (Coord.). A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 42.

⁷⁰ GUIMARÃES, Bernardo Strobel. A LINDB e os pressupostos de controle em uma Administração complexa. In: VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel Morettini e (Coord.). A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 350.

trazido, verificando-se a legitimidade da medida”⁷¹. Nada mais do que uma verificação da relação custo-benefício⁷².

Refletir sobre os efeitos concretos gerados pelo ato administrativo nulo é um importante avanço a ser implementado cada vez mais no ordenamento jurídico. O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº 950.489/DF⁷³, utilizou da lógica consequencialista para manter a vigência de um contrato administrativo supostamente nulo.

No caso, o Ministério Público do Distrito Federal ajuizou Ação Civil Pública visando a decretação de nulidade do contrato, sob argumento de que a inobservância do capital social mínimo exigido pelo edital constituía vício grave capaz de nulificar o contrato, conforme disposto no art. 55, incisos VI e XIII, da Lei nº 8.666/1993. A ação foi julgada procedente em 1º grau, mas reformada pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Em sede de Recurso Especial, o STJ bem fixou que as situações fáticas do caso permitiam a manutenção do contrato, sob pena de prejuízos excessivos à coletividade.

A decisão neste sentido só foi possível, pois a Primeira Turma adotou duas importantes premissas: **(i)** quando os princípios norteadores da Administração Pública entram em choque, deve prevalecer o que for mais razoável; **(ii)** a análise de razoabilidade só é possível à luz das especificidades do caso concreto. Note-se que, assim como afirmado anteriormente, não há problema algum em se decidir utilizando princípios abstratos, desde que acompanhado de uma análise concreta do caso. E nesta oportunidade ficou assim sedimentado:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LICITAÇÃO. CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. EXPLORAÇÃO ECONÔMICA DAS ATIVIDADES INERENTES AOS CEMITÉRIOS. EXIGÊNCIA EDITALÍCIA. CAPITAL SOCIAL MÍNIMO ESCRITURADO. ART. 55, VI E XIII DA LEI N. 8.666/93. SANEAMENTO POSTERIOR. NULIDADE DO

⁷¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública). Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 40.

⁷² Nesse sentido: “Não será demais afirmar que toda decisão de invalidação gera custos internos para as partes relacionadas, bem como externos ao seu desfazimento (as chamadas “externalidades negativas”). Isto é, o ato que decreta a nulidade produz efeitos que se projetam nas partes envolvidas e em terceiros (presentes e futuros; locais, regionais, nacionais e globais). Pode agravar outras situações jurídicas, as quais darão nascimento a feixes descontínuos de direitos subjetivos (ou à configuração objetiva de direitos coletivos e/ou difusos)”. (MOREIRA, Egon Bockmann. Artigo 26. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (coord.). Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática. Senado Federal: Brasília, 2015, p. 33-34).

⁷³ BRASIL. STJ. REsp 950489/DF, Primeira Turma, Relator: Min. Luiz Fux, julgado em 03.02.2011.

CONTRATO NÃO DECRETADA. PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO.

1. Os princípios que norteiam os atos da Administração Pública, quando em confronto, indicam deva prevalecer aquele que mais se coaduna com o da razoabilidade.

2. No balanceamento dos interesses em jogo, entre anular o contrato firmado para a prestação de serviços de recuperação e modernização das instalações físicas, construção de ossuários, cinzários, crematório e adoção de medidas administrativas e operacionais, para a ampliação da vida útil dos 06 (seis) cemitérios pertencentes ao Governo do Distrito Federal, ou admitir o saneamento de uma irregularidade contratual, para possibilitar a continuidade dos referidos serviços, in casu, essenciais à população, a última opção conspira em prol do interesse público.

[...]

5. Outrossim, convém ressaltar que a eventual paralisação na execução do contrato de que trata a presente demanda, relacionados à prestação de serviços realizada pelos 06 (seis) cemitérios pertencentes ao Governo do Distrito Federal, coadjuvado pela impossibilidade de o ente público assumir, de forma direta, a prestação dos referidos serviços, em razão da desmobilização da infraestrutura estatal, após a conclusão do procedimento licitatório in foco, poderá ensejar a descontinuidade dos serviços prestados pela empresa licitante, em completa afronta ao princípio da continuidade dos serviços públicos essenciais.

[...]

7. Deveras, o Ministério Público Federal, na qualidade de custos legis, destacou que: "o princípio da continuidade dos serviços públicos admite o saneamento de uma irregularidade contratual, no intuito de atingir o interesse público. Correta a decisão do Tribunal a quo que entendeu possível a correção posterior de uma exigência prevista no edital de licitação (capital social mínimo de empresa) para preservar o bem comum dos administrados". (fl. 662)

8. Recurso Especial desprovido.

(REsp 950.489/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/02/2011, DJe 23/02/2011)

Apesar do entendimento ter sido firmado antes da vigência dos arts. 20 e 21, da Lei nº 13.655/2018, a lógica operada é a mesma. Neste momento, cabe analisar como foi a recepção destes artigos inaugurados pela nova LINDB.

3.1.3 A recepção dos artigos 20 e 21 da Lei nº 13.655/2018

Primeiramente, cabe realizar uma importante observação quanto à sistemática dos arts. 20 e 21 da Lei nº 13.655/2018: ambas as normas se complementam, mas possuem abrangências diferentes. O art. 21 se aplica a qualquer decisão – desde que invalidem ato, contrato, processo ou norma – mesmo que fundamentadas em regras explícitas⁷⁴. Por outro lado, o art. 20 se aplica a

⁷⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública). Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 43.

qualquer decisão, de qualquer conteúdo, contanto que baseada apenas em preceitos abstratos⁷⁵. Feita essa consideração, passa-se à análise dos efeitos que as referidas normas tiveram perante o ordenamento jurídico.

O primeiro caso a ser comentado trata-se da Tutela Antecipada Antecedente nº 5044495-17.2018.4.04.7000, que tramitou na 1ª Vara Federal de Curitiba⁷⁶. A ação foi ajuizada pelo Estado do Paraná e pelo Departamento de Estradas e Rodagem do Paraná (DER-PR) contra várias concessionárias responsáveis pela gestão das rodovias do Estado. Dentre os inúmeros pedidos, as autoras objetivavam, liminarmente, a redução da tarifa dos pedágios e a indisponibilidade dos bens das concessionárias réis.

O pedido liminar foi indeferido, uma vez que a inicial não enfrentou os comandos dos arts. 20 a 24 da LINDB, “que escolheram o modelo hermenêutico do consequentialismo para decisões sobre a invalidação ou modificação dos atos/contratos administrativos”. O magistrado do caso ainda realizou o juízo ordenado pelo art. 20 e 21:

Caso ocorra a redução do valor da tarifa em sede liminar e a reforma posterior da decisão, para a manutenção do equilíbrio financeiro do contrato seria necessário: a) cobrança de tarifas maiores a hoje praticadas; b) redução das obras previstas; ou c) aumento do prazo das concessões. Essas soluções podem gerar maiores danos à população paranaense, que há muito almeja pelo termo dos contratos de concessão, e realização de nova licitação em que a modicidade das tarifas e a qualidade das obras de melhoramento e manutenção das rodovias sejam o foco principal.

Note-se que as consequências elencadas pelo juiz são **(i)** certas e prováveis, não apenas plausíveis e **(ii)** imediatas e futuras, não as remotas⁷⁷. Isto é, não se exige do julgador a indicação de todos efeitos de sua decisão. De acordo com José Vicente Santos de Mendonça “[o julgador] só deve indicar as consequências mais importantes, seja em termos econômicos, político-administrativos e/ou sociais”⁷⁸.

⁷⁵ Idem, p. 43.

⁷⁶ BRASIL. JFPR. Tutela Antecipada Antecedente nº 5044495-17.2018.4.04.7000, Decisão Monocrática, pedido liminar julgado em 09.10.2018.

⁷⁷ MENDONÇA, José Vicente de. Comentários ao art. 21, par. único, do Decreto-Lei n. 4.657/42, introduzido pela Lei n. 13.655/18. In: FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da Cunha; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada: Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de Setembro de 1942, vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p.161.

⁷⁸ Idem, p. 162.

Ainda nesse sentido, o Prof. Dr. José Vicente fornece um importante conceito sobre o que pode se entender por consequências jurídicas e administrativas:

Consequências jurídicas são estados imediatos e imediatamente futuros associados à interpretação ou à aplicação do Direito e que, certos ou prováveis, sejam exequíveis e admissíveis pela Constituição de 1988. Consequências administrativas são estados imediatos e imediatamente futuros, associados à atuação pública e que, certos ou prováveis, sejam igualmente exequíveis e admissíveis por nossa Constituição⁷⁹.

Observe-se que se o caput do art. 21 impõe um dever de regularização, isto é, a identificação, para os envolvidos e terceiros, dos efeitos pós-invalidação; o parágrafo único determina que esta regularização seja proporcional e equânime⁸⁰. Certamente isso não significa que o julgador deve ser brando com os envolvidos, mas que **(i)** diante das opções que produzem resultados semelhantes, deve ser escolhido aquela menos restritiva e; **(ii)** não é admissível impor todos os encargos da infração sob somente um dos sujeitos⁸¹.

Vale lembrar que essa lógica consequencialista também é presente no art. 27 da Lei nº 9.868/1999⁸², uma vez que o Supremo Tribunal Federal, ao identificar os efeitos da declaração de (in)constitucionalidade de determinada lei, pode decidir modular os efeitos da decisão proferida, a fim de preservar algum aspecto econômico, político ou social relevante. Da mesma forma, o Código de Processo Civil previu diversas disposições que permitem a suspensão dos processos visando a manutenção da segurança jurídica (art. 982, §3º; art. 995, parágrafo único; art. 1.035, §5º; art. 1.036, § 1º; art. 1.037, II;).

Inclusive, o Supremo Tribunal Federal se utilizou desses importantes instrumentos para julgar a PetAgR 8.002/RS⁸³. Na origem, a ação foi ajuizada por beneficiária de aposentadoria por idade e pensão por morte, com o objetivo de obter

⁷⁹ MENDONÇA, José Vicente de. Art. 21 da LINDB: Indicando consequências e regularizando atos e negócios. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo – RDA, Ed. Especial: Lei de introdução às Normas do Direito Brasileiro. Editora FGV, 2018. p. 50.

⁸⁰ Idem, p. 53.

⁸¹ Idem, Ibidem.

⁸² Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

⁸³ BRASIL. STF. PetAgR 8002/RS, Plenário, Relator: Min. Luiz Fux, julgado em 12.03.2019.

acréscimo de 25% do valor já recebido do INSS (art. 45 da Lei nº 8.213/91⁸⁴), em razão de necessitar de assistência permanente de outra pessoa. Contudo, a norma prevê o referido "auxílio acompanhante" somente para os segurados aposentados por invalidez.

Apesar disso, o TRF-4 e o STJ se utilizaram de princípios como da eficácia normativa da Constituição Federal, dignidade da pessoa humana, isonomia e etc, para estender o auxílio aos aposentados por idade que precisariam de assistência permanente de outro indivíduo. Frente a isso, o INSS se socorreu ao STF buscando a concessão de efeito suspensivo antes mesmo da distribuição de seu Recurso Extraordinário. O Relator indeferiu o pedido monocraticamente, o que forçou o INSS a agravar para o colegiado.

No âmbito do Agravo Regimental, deu-se provimento ao recurso, na forma do art. 1.021, § 2º, do CPC/2015, para suspender todos os processos, individuais ou coletivos, em qualquer fase e em todo o território nacional, que versassem sobre a extensão do "auxílio acompanhante", previsto no art. 45 da Lei nº 8.213/1991.

O art. 20 da LINDB foi utilizado para justificar a necessidade de não se decidir com base em valores jurídicos abstratos. Para o relator Min. Luiz Fux, o magistrado tem o dever de examinar as consequências imediatas e sistêmicas que o seu pronunciamento irá produzir na realidade social, "porquanto, ao exercer seu poder de decisão nos casos concretos com os quais se depara, os Juízes alocam recursos escassos". A eficácia imediata do acórdão recorrido representaria grave risco para as contas públicas⁸⁵ – e, por isso, ao examinar as consequências imediatas e sistêmicas – concluiu que a não suspensão do caso poderia agravar ainda mais o preocupante cenário de crise fiscal e econômica experimentada pelo país.

As influências pragmáticas da Lei nº 13.655/2018 também incidiram na atuação do Tribunal de Contas da União. Registre-se, por exemplo, o posicionamento adotado pela Corte de Contas na edição da Resolução nº 315/2020⁸⁶. Para efeitos da referida resolução, as determinações expedidas pelo

⁸⁴ Art. 45. O valor da aposentadoria por invalidez do segurado que necessitar da assistência permanente de outra pessoa será acrescido de 25% (vinte e cinco por cento).

⁸⁵ O impacto financeiro decorrente da imediata aplicação da tese do STJ era da ordem de R\$7,15 bilhões por ano, segundo estudo da Secretaria de Previdência do extinto Ministério da Fazenda – Nota Técnica SEI nº50/2018/CGEDA/SRGPS/SPREV-M.

⁸⁶ Dispõe sobre a elaboração de deliberações que contemplem medidas a serem tomadas pelas unidades jurisdicionadas no âmbito do Tribunal de Contas da União e revoga a Resolução-TCU 265, de 9 de dezembro de 2014. (BRASIL. TCU. Resolução nº 315/2020, expedida em 22.04.2020).

Tribunal têm natureza mandamental e impõe ao destinatário a adoção de providências concretas e imediatas com a finalidade de prevenir, corrigir irregularidade, remover seus efeitos ou abster-se de executar atos irregulares. Por outro lado, as recomendações têm natureza colaborativa e apresenta ao destinatário oportunidades de melhoria, com a finalidade de contribuir para o aperfeiçoamento da gestão ou dos programas e ações de governo.

Nesse sentido, o art. 6º, da Resolução nº 315/2020, aduz que as determinações devem **(i)** conter prazo para cumprimento; **(ii)** indicar o critério constitucional, legal ou regulamentar infringido e a base normativa que legitima o TCU a expedir a deliberação e; **(iii)** possuir redação objetiva, clara, concisa, precisa e ordenada de maneira lógica. Além disso, quanto às recomendações, a Resolução determina em seu art. 12º, caput e parágrafo único, que “não devem ser formuladas recomendações genéricas e distantes da realidade prática da unidade jurisdicionada [...]” e “as recomendações não devem se basear exclusivamente em critérios que contenham elevada carga de abstração teórica ou conceitos jurídicos indeterminados, permitindo enquadrar achados de múltiplas espécies ou ordens”. Por fim, o art. 11, §2º, inc. IV, diz expressamente que as recomendações expedidas pelo TCU devem “apresentar boa relação custo-benefício e considerar as eventuais alternativas propostas pela unidade jurisdicionada”.

Além disso, ressalta-se o posicionamento recentemente adotado pelo TCU no julgamento do Acórdão 1.045/2020⁸⁷. Trata-se de Tomada de Contas Especial Tomada instaurada em razão da não comprovação da regular aplicação dos recursos repassados pela União, na função Saúde, para atendimento ao Fundo de Ações Estratégicas e Compensação (FAEC)/Oftalmologia, integrante do bloco de Atenção Média e Alta Complexidade (MAC). Os valores repassados se deram por meio do Fundo Nacional de Saúde (FNS) e são regulados pela Lei Complementar nº 141/2012⁸⁸.

⁸⁷ BRASIL. TCU. Acórdão 1045/2020, Plenário, Relator: Min. Benjamin Zymler, julgado em 29.04.2020.

⁸⁸ Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo.

O art. 27, da LC nº 141/2012, aduz que se os recursos repassados estiverem “sendo utilizados em ações e serviços diversos dos previstos no art. 3º desta Lei Complementar, ou em objeto de saúde diverso do originalmente pactuado”, a entidade repassadora deve dar ciência ao Tribunal de Contas ou Ministério Público para que os valores sejam devolvidos e os gestores sejam responsabilizados (incisos I e II). Para o TCU, o desvio de objeto, ainda que não seja igual ao desvio de finalidade ou o dano ao erário, constitui débito do Município⁸⁹.

A situação é diversa quando a Corte de Contas se depara com fatos anteriores à edição da LC nº 141/2012. No caso concreto citado acima, o Município recebeu, em 2010, R\$302.604,00 do FAEC/Oftalmologia para pagamento de procedimentos oftalmológicos (treino de orientação e mobilidade; atendimento/acompanhamento; e reabilitação visual). Contudo, em 2013, constatou-se que esses recursos foram aplicados em pagamento de ações e serviços de saúde vinculados a atenção básica da saúde (despesas de custeio, serviços de terceiros e outros serviços e encargos).

A unidade técnica propôs julgar irregulares as contas do responsável, com a aplicação da multa prevista no art. 58, inc. II, da Lei nº 8.443/1992⁹⁰, e fixar prazo para que o Município recolhesse as quantias em questão aos cofres do fundo municipal de saúde. Levado a julgamento, o Min. Relator entendeu que “a mera ausência de má-fé, locupletamento, desvio ou prejuízo aos cofres públicos afasta a imputação de débito, porém não justifica o descumprimento da norma”. Assim sendo, o gestor teve suas contas julgadas irregulares e sofreu com aplicação da multa prevista no art. 58, inc. II, da Lei nº 8.443/1992 (multa fixada em R\$20.000,00).

Quanto à necessidade de devolução dos valores ao fundo municipal, para o Min. Benjamin, “não há garantia de que, transcorridos dez anos, tais procedimentos ainda sejam necessários ou se encaixem como prioritários. É possível que essa demanda já tenha sido suprida nos exercícios seguintes”. Nesse sentido, “remanejar recursos do município agora representaria obrigação dissociada da análise das reais

⁸⁹ BRASIL. TCU. Acórdão 1.072/2019, Plenário, Relator: Min. Raimundo Carreiro, julgado em 15.05.2019.

⁹⁰ Art. 58. O Tribunal poderá aplicar multa de Cr\$ 42.000.000,00 (quarenta e dois milhões de cruzeiros), ou valor equivalente em outra moeda que venha a ser adotada como moeda nacional, aos responsáveis por:

II - ato praticado com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial;

necessidades da população local, com impacto no planejamento das ações de saúde”. Portanto, aplicou-se o disposto no art. 20 da Lei nº 13.655/2018, a fim de que “neste caso concreto, não seja efetuada determinação ao município para que recomponha os próprios cofres municipais”.

Seria igualmente possível aplicar ao caso concreto o disposto no art. 22, da Lei nº 13.655/2018, com a finalidade de diminuir a multa imposta aos envolvidos, uma vez que se tratava de um pequeno município com inúmeras dificuldades de gestão⁹¹. Todavia, não foram analisados possíveis obstáculos enfrentados pela municipalidade. Fato é que apesar do Tribunal de Contas da União ter sido um dos maiores críticos da Lei nº 13.655/2018⁹², e ainda relutar para aplicar algumas normas da Lei, percebe-se clara influência desta virada paradigmática que impõe aos julgadores uma aproximação da realidade e a consequente diminuição do uso de conceito indeterminados.

Os tribunais hierarquicamente inferiores também vêm adotando as novas disposições da LINDB, atentando-se para a realidade dos casos concretos. É o caso do Tribunal de Justiça do Paraná que ao julgar a Apelação nº 0010376-19.2018.8.16.0026 utilizou dos arts. 20 e 22 da Lei nº 13.655/2018 para respeitar a discricionariedade do Poder Público em dispor sobre políticas públicas⁹³:

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POLÍTICAS PÚBLICAS. REALIZAÇÃO DE OBRAS E REFORMAS EM ESCOLA MUNICIPAL. IRREGULARIDADES APURADAS PELA VIGILÂNCIA SANITÁRIA E O CORPO DE BOMBEIROS. PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS DEDUZIDOS NA PETIÇÃO INICIAL. REGULARIZAÇÃO, NO PRAZO DE SEIS MESES, DAS IRREGULARIDADES. REFORMA. IMPOSSIBILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO IMPOR POLÍTICAS PÚBLICAS QUANDO AUSENTE SITUAÇÃO GRAVE E EXCEPCIONAL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO DO PODER EXECUTIVO. ADOÇÃO DE PROVIDÊNCIAS PARA RESOLUÇÃO DAS IRREGULARIDADES. CRITÉRIOS ELEITOS CONFORME DISPONIBILIDADE ORÇAMENTÁRIA. VEDAÇÃO AO JULGADOR DE ADOTAR MEDIDAS SEM QUE SEJAM CONSIDERADAS AS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS DA DECISÃO. DEVER DE CONSIDERAR OS OBSTÁCULOS E AS DIFICULDADES

⁹¹ O Município de Floresta do Araguaia fica localizado no sudeste paraense e tem uma população estimada (2020) de 20.525 pessoas. Disponível em: <<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/pa/floresta-do-araguaia/panorama>>. Acesso em: 20 jan 2021.

⁹² A Consultoria Jurídica do TCU teceu algumas críticas às disposições que integrariam a LINDB em documento chamado “Análise Preliminar do PL 7448/2017”, Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/data/files/CD/E3/51/19/E151F6107AD96FE6F18818A8/Discussao_projeto_l_ei_7.448_2017.pdf>. Acesso em: 10 jan 2021.

⁹³ BRASIL. TJPR. Apelação nº 0010376-19.2018.8.16.0026, 5ª Câmara Cível, Relator: Desembargador Nilson Mizuta, julgado em 11.05.2020.

REAIS DO GESTOR. INCIDÊNCIA DOS ARTS. 20 E 22 DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO, ACRESCENTADOS PELA LEI Nº 13.655/2018. IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS INICIAIS. SENTENÇA ALTERADA. 1. O Supremo Tribunal Federal possui a orientação de que cabe ao Poder Judiciário, em situações excepcionais, impor ao Poder Executivo a implementação de Políticas Públicas, para assegurar direitos fundamentais. Significa que não é qualquer omissão estatal que garante ao Poder Judiciário substituir o Administrador e, por meio de comandos judiciais, determinar que sejam realizadas políticas públicas. 2. No caso em debate, não há flagrante omissão do M.C.L.. Ao contrário, os documentos do processo revelam que foram adotadas inúmeras providências, de acordo com a disponibilidade orçamentária, para sanar as irregularidades apuradas nas escolas municipais. 3. Deve prevalecer a orientação estabelecida nos artigos 20 e 22 da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, de que “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão” e “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”, respectivamente. RECURSO PROVIDO. REEXAME NECESSÁRIO PREJUDICADO. (TJPR - 5ª C.Cível - 0010376-19.2018.8.16.0026 - Rel.: Desembargador Nilson Mizuta - J. 11.05.2020)

A despeito desses importantes avanços, não se nega que as inovações trazidas pelos artigos 20 e 21 da nova LINDB não foram recepcionadas com o mesmo entusiasmo por todos os destinatários. Em nota conjunta assinada por associações de juízes, de procuradores, membros do Ministério Público e até mesmo auditores fiscais, requereu-se veto da integralidade do projeto de lei que originou a Lei nº 13.655/2018, sob o argumento de que as novas disposições estariam repletas de termos genéricos que permitiriam diversos subjetivismos e supostamente favoreceriam a impunidade⁹⁴.

As críticas também foram feitas por parcela dos advogados. Para Irene Patrícia Nohara:

As críticas podem ser feitas em relação à redação do art. 20 da LINDB são que ele leva a crer que alguém poderia decidir simplesmente com base em valores abstratos, sendo que, do ponto de vista da aplicação do Direito, qualquer decisão emitida gera concretização do preceito mais abstrato. A redação do CPC é melhor, pois se trata de verificar se o

⁹⁴ Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA; Associação dos Juízes Federais do Brasil – AJUFE; Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho – ANPT; Associação Nacional dos Procuradores da República – ANPR; Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP; Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho – SINAIT. Ofício ANAMATRA nº 217/2018. Brasília, 2018. Disponível em: <[https://www.sinait.org.br/docs/Of%C3%ADcio_ANAMATRA_n217_sugest%C3%A3o_de_veto_ao_PL%207448_2017_MJ%20\(1\).pdf](https://www.sinait.org.br/docs/Of%C3%ADcio_ANAMATRA_n217_sugest%C3%A3o_de_veto_ao_PL%207448_2017_MJ%20(1).pdf)>. Acesso em: 14 jan 2021.

motivo concreto corresponde ao valor abstrato aplicado. É importante que se pondere sim a dimensão pragmática da aplicação do Direito, no entanto, quando o artigo remete não poder decidir com base em aplicação de valores abstratos sem considerar as consequências práticas da decisão, pode conduzir o intérprete a interpretações equivocadas⁹⁵.

Para Nohara, a imposição de um raciocínio pragmático e consequencialista é relevante, mas não é suficiente para dar conta de todas as situações jurídicas⁹⁶. Ainda, destaca que essa lógica capitalista, proveniente dos investimentos em projetos do Poder Público, demanda uma exigência excessiva da motivação das decisões, uma vez que a demonstração das consequências e das possíveis alternativas atrasará o processo decisório⁹⁷.

Esse raciocínio é compartilhado por outros críticos da Lei nº 13.655/2018. Há quem diga que o art. 20, da Lei, acaba por “beneficiar a interpretação consequencialista em detrimento da segurança jurídica e de direitos fundamentais [...]”⁹⁸. Isto porque, as novas disposições visariam privilegiar o particular que se relaciona com o Poder Público, impondo regras aos agentes públicos e oferecendo “alternativas e instrumentos que favorecem o particular, garantindo que este disponha de formas para evitar prejuízo ou consequências negativas de seus próprios atos”⁹⁹.

E dentro desse contexto, coloca-se em cheque possíveis impactos que os aspectos econômicos poderiam ter sobre os direitos fundamentais. Para André Portugal e Érico Klein, é preciso questionar se vale a pena o risco de colocar “os direitos fundamentais e princípios jurídicos, subvertendo a própria lógica do sistema constitucional brasileiro, em prol de uma avaliação subjetiva e provavelmente desprovida da técnica necessária do agente público julgador”¹⁰⁰.

Apesar dessas importantes ponderações, é certo que não existe nenhum favorecimento ilegal ou inconstitucional ofertado pela Lei nº 13.655/2018, uma vez

⁹⁵ NOHARA, Irene Patrícia. Motivação do Ato Administrativo na disciplina de Direito Público da LINDB. In: VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel Morettini e (Coord.). A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 18.

⁹⁶ Idem, p. 16.

⁹⁷ Idem, p. 13.

⁹⁸ PORTUGAL, André; KLEIN, Érico. A anti-teoria consequencialista como fundamento da nova LINDB. In: VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel Morettini e (Coord.). A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 430.

⁹⁹ Idem, p. 423.

¹⁰⁰ Idem, p. 424.

que, conforme visto, diversos dispositivos com conteúdo pragmático já eram previstos em nosso ordenamento. Inclusive, quanto ao argumento de que existiria um privilégio oferecido aos particulares em detrimento do interesse público, note-se que o próprio Senador Antonio Anastasia fixou que um dos problemas atuais do Brasil consistiria na “incapacidade de o Estado gerar confiança nas pessoas, nas empresas e no chamado Terceiro Setor”¹⁰¹. Portanto, a necessidade de retomar a confiança dos investidores no Estado brasileiro não é nenhum aspecto oculto da lei.

Ante todo o exposto, nota-se que o dever de sopesamento das decisões proferidas pelos juízes e controladores com base na avaliação das consequências reais dos pronunciamentos não é algo inovador, mas cada vez mais necessário. Não se nega que tribunais como o STF e o STJ, bem como órgãos de controle externo como o TCU, possuem influência sobre as escolhas políticas realizadas pelo Poder Executivo – e não há problema algum nisso, pois faz parte do modelo político que adotamos (freios e contrapesos).

O que não se admite é que o diálogo institucional se torne uma interferência discricionária, prejudicando projetos públicos desenvolvidos pela Administração Pública, em prol de visões de mundo individuais que são externalizadas por de trás de grandes princípios abstratos.

E, nesse contexto, se os artigos 20 e 21, da Lei nº 13.655/2018, buscam alçar os administrados a uma posição mais igualitária em face do Estado¹⁰², os artigos 22 e 28 almejam trazer mais segurança e proteção ao bom gestor público. É o que se verá a seguir.

3.2 A NECESSÁRIA PROTEÇÃO DA INICIATIVA DO GESTOR PÚBLICO

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.

¹⁰¹ PEREIRA, Flávio Henrique Unes (coord.). Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática. Senado Federal: Brasília, 2015.

¹⁰² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública). Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 165.

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

Se foi necessário se atentar para a fragilidade das relações constituídas entre os particulares e a Administração Pública, a Lei nº 13.655/2018 também voltou seus olhos para a ausência de proteção do bom gestor público. Ao passo que o art. 21 da Lei exigia contextualização por parte do julgador quando instado a anular ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, o art. 22 traz a realidade do gestor para o centro da discussão.

Rememora-se que a ideia de impor ao controlador/julgador que este se coloque na posição do gestor advém da necessidade de se atenuar os efeitos do chamado “direito administrativo do medo”, conforme anteriormente exposto. Isto é, se houver uma substituição das tomadas de decisões administrativas por outro sujeito que não o administrador competente, então que o substituto também enfrente todos os ônus impostos aos gestores públicos¹⁰³.

Para uma adequada leitura do art. 22 e seus parágrafos é necessário que se adote a mesma divisão que fez Eduardo Jordão: primeiro se analisa o caput e o parágrafo primeiro que tratam da interpretação e do controle; enquanto o parágrafo segundo e terceiro estão direcionados para a dosimetria das sanções¹⁰⁴. Sendo assim, pode-se afirmar que cada qual tem o seu complemento e podem ser entendidos conjuntamente¹⁰⁵.

A primeira grande consideração a ser feita é que, não obstante o art. 22 e seus parágrafos se voltem principalmente aos controladores, são normas que também se aplicam aos próprios gestores públicos¹⁰⁶. O dever de autotutela imposto à Administração Pública exige que os próprios gestores observem as dificuldades e

¹⁰³ JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB. Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. Revista de Direito Administrativo – RDA, Rio de Janeiro, Ed. Especial: Lei de introdução às Normas do Direito Brasileiro. Editora FGV, 2018. p. 70.

¹⁰⁴ Idem.

¹⁰⁵ Por exemplo, quando o caput do art. 22 se refere aos “obstáculos e dificuldades reais” pode se entender conjuntamente com o que diz o parágrafo primeiro quando fala em “circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente”. (Idem, p. 71).

¹⁰⁶ Idem, Ibidem.

obstáculos existentes quando forem decidir. Ao se atentar para as circunstâncias do caso concreto se evita que medidas descabidas ou populistas sejam tomadas. Inclusive, a identificação dos elementos que dificultam a tomada de decisão administrativa deve estar presente na motivação do ato administrativo. Esta medida facilitaria a contextualização do caso concreto, possibilitando uma avaliação mais realista da decisão¹⁰⁷.

De mais a mais, feita essa primeira observação, passa-se a analisar o cenário imposto aos controladores.

Após tratar dos arts. 20 e 21 da LINDB, não é mais novidade que a lógica pragmática dos artigos aqui analisados impõem, de uma maneira ou outra, o dever de o julgador se contextualizar com o caso concreto antes de decidir. Essa lógica transposta para os arts. 22 e 28 decorre do fato que, em boa parte das vezes, os órgãos de controle julgam ações tomadas pelos gestores em contextos completamente diversos.

Não é raro os tribunais de contas emitirem suas decisões com base nos pareceres de suas unidades técnicas, que são altamente preparadas, como se o gestor em questão tivesse à disposição a mesma estrutura. Ou pior, decidirem sobre questões após passados anos da ocorrência dos fatos, adotando premissas que não existiam à época¹⁰⁸.

Esse importante dever de contextualização foi duramente criticado pela Procuradoria Geral da República em nota técnica conjunta que requeria o veto integral do projeto de lei que originou a Lei nº 13.655/2018¹⁰⁹. Para o Ministério Público Federal, o decisor não teria como obter elementos suficientes para aferir as tais circunstâncias práticas existentes ao tempo da decisão. Contudo, tal crítica parece não ter fundamentos suficientes para se sustentar. Isto porque, como bem salientado por Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas:

O juiz criminal consegue aferir as circunstâncias de um crime para verificar se houve ou não condições objetivas a justificar a conduta subjetiva do réu. Um juiz civil consegue, a partir da normal dilação

¹⁰⁷ Idem, p. 72-73.

¹⁰⁸ Justamente por isso que o art. 24 da LINDB ordena que na análise de validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, cuja produção já se houver completado, se levará em conta as orientações gerais da época.

¹⁰⁹ Nota técnica conjunta nº 01/2018, disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/Nota%20Tecnica%201_2018.pdf>. Acesso em: 20 jan 2021.

probatória, se situar na realidade ensejadora de um acidente de trânsito para firmar o dever de indenizar um litigante. Um juiz de família consegue avaliar, no bojo da instrução, o melhor arranjo parentar para definir regime de guarda ou de visitar a menores num processo de divórcio. Sem sentido, então, defender que o decisor numa questão de direito público seja incapaz de avaliar tais contextos e circunstâncias práticas¹¹⁰.

Aliás, não é qualquer fator que deve ser sopesado pelo julgador, mas sim os obstáculos e dificuldades relevantes. E como relevante pode-se citar: obstáculos materiais, temporais, orçamentários, de pessoal e, principalmente, as dificuldades jurídicas (de interpretação da norma)¹¹¹. Estes fatores estão presentes no dia a dia do gestor público e variam muito dentro do país. É por isso que contextualizar as circunstâncias fáticas do caso concreto permite ao controlador não julgar o prefeito de uma grande capital tal qual julgaria um prefeito de uma pequena cidade do interior, por exemplo.

Nesse exato sentido foi o posicionamento adotado pelo Tribunal de Justiça do Paraná ao julgar a Apelação nº 0002477-35.2013.8.16.0158112. Neste caso, o Ministério Público do Paraná ajuizou Ação Civil Pública requerendo a condenação do Prefeito do Município de Antônio Olinto – PR, dentre outras pessoas, por ter permitido o abastecimento de veículos particulares com verbas da prefeitura, sem autorização legal para tanto. Tratava-se de um ônibus responsável por levar os alunos residentes no Município até a faculdade mais próxima, localizada em União da Vitória – PR.

O relator reconheceu que “é muito comum que nos municípios pequenos que não possuem faculdades, os gestores acabem tomando medidas para ajudar a transportar os alunos que estudam em municípios vizinhos maiores”. Dessa forma, e “levando em consideração o contexto em que o apelante tomou essa decisão e as dificuldades inerentes que um gestor de um município de pequeno porte como o de Antônio Olinto enfrenta”, aplicou-se o art. 22, §1º, da LINDB, para afastar as severas penalidades aplicadas pelo juiz *a quo* e impor somente uma multa.

¹¹⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública). Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 61.

¹¹¹ JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB. Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo – RDA, Ed. Especial: Lei de introdução às Normas do Direito Brasileiro. Editora FGV, 2018. p. 76-77.

¹¹² BRASIL. TJPR. Apelação nº 0002477-35.2013.8.16.0158, 5ª Câmara Cível, Relator: Juiz Substituto de 2º Grau Rogério Ribas, julgado em 03.08.2020.

Esse atuar contextualizado também já foi adotado pelo Tribunal de Contas da União ao julgar o Acórdão 1.643/2018¹¹³. Tratava-se de Relatório de Auditoria instaurado para avaliar a sustentabilidade, a eficácia e a vulnerabilidade dos processos de trabalho do Fundo de Financiamento da Educação – Fies nos anos de 2010 a 2015. Apresentadas as razões dos gestores, evidenciou-se que haveria “real tensão entre metas educacionais estruturantes, especialmente em um país de dimensão e carências significativas, e as restrições fiscais impostas pela política econômica”.

No caso, restou provado que o não atingimento de certas metas estabelecidas para a pasta educacional se deu por diversas razões que fugiam do controle dos gestores. Assim, a Ministra Ana Arraes utilizou-se do art. 22 da LINDB para afastar a aplicação de multa aos titulares das Pastas do Planejamento e da Educação.

Note-se que os referidos posicionamentos poderiam ressaltar o argumento de que o art. 22 da LINDB seria uma espécie de estímulo para a impunidade dos administradores. Contudo, não é essa a norma contida no dispositivo. No caso de dificuldades jurídicas ou interpretativas, o órgão controlador deve permitir interpretações igualmente razoáveis e lícitas, prestigiando a deferência de escolhas plenamente possíveis de serem adotadas. Por outro lado, tratando-se de dificuldades fáticas, a Lei nº 13.655/2018 exige “atenção à textura aberta dos enunciados normativos, que podem recomendar que os fatos em questão (tomados globalmente) sejam juridicamente classificados como lícitos – e não como ilícitos”¹¹⁴.

Ainda, além de impor que sejam consideradas as dificuldades fáticas e jurídicas, o caput do art. 22 acrescenta mais um elemento a ser observado pelo controlador: o direito dos administrados. Isto é, “a necessária compatibilização dos comandos normativos com a situação concreta do gestor público não pode ter como contrapartida o sacrifício desproporcional e excessivo dos direitos conferidos aos administrados”¹¹⁵. A proteção ao direito dos administrados nesse caso opera com

¹¹³ BRASIL. TCU. Acórdão 1643/2018. Plenário, Relatora: Min. Ana Arraes, julgado em 18.07.2018.

¹¹⁴ JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB. Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. Revista de Direito Administrativo – RDA, Rio de Janeiro, Ed. Especial: Lei de introdução às Normas do Direito Brasileiro. Editora FGV, 2018. p. 81.

¹¹⁵ LEFEVRE, Mônica Bandeira de Mello. A interpretação normativa e a necessária consideração dos direitos dos administrados. In: FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da Cunha; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada: Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de Setembro de 1942, vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 178.

uma lógica semelhante ao previsto pelo parágrafo único do art. 21 da LINDB. Ou seja, ainda que se evidenciem obstáculos reais no atuar do gestor público, não se pode impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

Feito essas considerações, é possível passar para a análise dos aspectos da dosimetria das sanções dispostas nos parágrafos segundo e terceiro do art. 22. Observe-se que ambas as disposições devem ser lidas em conjunto, propiciando uma compreensão mais adequada dos elementos que devem estar presentes na dosimetria da sanção. São eles: **(i)** os danos causados para a administração; **(ii)** agravantes; **(iii)** atenuantes; **(iv)** antecedentes do agente e **(v)** a aplicação de outras sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato¹¹⁶.

Ao passo que os arts. 20 e 21 ordenam que o julgador demonstre as consequências e as possíveis alternativas das decisões, os parágrafos segundo e terceiro do art. 22 exigem a presença destes 5 (cinco) elementos quando da aplicação de alguma sanção¹¹⁷.

Fato é que o TCU já tem observado esses novos elementos introduzidos pela Lei nº 13.655/2018 quanto à aplicação de sanções aos agentes fiscalizados. No julgamento do Acórdão 5.315/2019¹¹⁸ se apreciou a prestação de contas ordinárias da Fundação Universidade Federal do Acre relativas ao exercício de 2015. Constatada algumas irregularidades, a Segunda Câmara entendeu que houve um baixo grau de culpabilidade dos agentes públicos, não tendo um comprometimento da gestão como um todo. Além disso, não se verificou indícios de danos ao erário. Portanto, com base no art. 22, §2º e §3º, da LINDB, decidiu-se pela regularidade das contas dos agentes públicos.

¹¹⁶ JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB. Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. Revista de Direito Administrativo – RDA, Rio de Janeiro, Ed. Especial: Lei de introdução às Normas do Direito Brasileiro. Editora FGV, 2018. p. 85.

¹¹⁷ Há ainda quem acrescente mais fatores a serem observados pela sanção aplicada: “a sanção não poderá desconsiderar seus efeitos para o setor regulado. Razão pela qual tal faceta do poder extroverso deverá ser exercida por intermédio de um sistema de incentivos. Para esse fim, é de se cogitar da utilização da conhecida “Teoria dos Jogos” – desenvolvida por John Von Neumann e por Oskar Morgenstern, no famoso Theory of Games and Economic Behavior.” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública). Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 65).

¹¹⁸ BRASIL. TCU. Acórdão 5315/2019, Segunda Câmara, Relatora: Min. Ana Arraes, julgado em 23.07.2019.

O mesmo posicionamento foi adotado no Acórdão 3329/2019¹¹⁹. Tratava-se de pedido de reexame interposto por ex-coordenador-geral de logística da Secretaria Executiva do Ministério da Justiça e Segurança Pública, visando a supressão de multa aplicada ao recorrente. A referida multa foi aplicada em decorrência do agente ter assinado termo aditivo com determinada empresa sem realização de pesquisa de preços a demonstrar que os preços registrados seriam mais vantajosos para a Administração.

No entanto, o recorrente havia tomado certas precauções que o levaram agir de boa-fé. Isto posto, e com base nos parâmetros do art. 22, da LINDB, a Ministra Ana Arraes entendeu que “a conduta omissiva em tela se reveste de baixa gravidade e deve ser atenuada em virtude da providência perfilhada pelo gestor [...]”. Ainda, em uma avaliação de custos e benefícios, fixou que se tratando de multa de baixo valor, o custo administrativo da cobrança tenderia a superar o benefício advindo do próprio ressarcimento.

Além do exposto, salienta-se que a despeito de o parágrafo terceiro do art. 22 não ter efetivamente proibido o *bis in idem* – isto é, a cumulação de sanções ao mesmo sujeito, pelo mesmo fato – ao menos oferece um critério de proporcionalidade para dosimetria da pena. Ou seja, “caso haja duplicidade de sanções de mesma natureza, a segunda sanção deverá ser aplicada tendo-se em conta a primeira”¹²⁰. É uma solução paliativa para um problema de maior envergadura, que, por ora, servirá para amenizar as situações de cumulação de sanções.

Estas importantes ponderações sobre o art. 22 se tornam mais completas quando lidas conjuntamente com o art. 28 da LINDB. É dizer: o agente público só deve ser responsabilizado “na hipótese de ter colaborado, com dolo ou erro grosseiro, para decretação da nulidade, considerando-se as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado sua atuação”¹²¹. O acréscimo do

¹¹⁹ BRASIL. TCU. Acórdão 3329/2019, Segunda Câmara, Relatora: Min. Ana Arraes, julgado em 14.05.2019.

¹²⁰ JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB. Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. Revista de Direito Administrativo – RDA, Rio de Janeiro, Ed. Especial: Lei de introdução às Normas do Direito Brasileiro. Editora FGV, 2018. p. 87.

¹²¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública). Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 61.

elemento dolo ou erro grosseiro vem para reforçar e prestigiar gestor que atua de boa-fé.

Primeiramente, destaca-se que o art. 28, da LINDB, se insere em um contexto em que a ação do gestor público pode importar em uma responsabilização muito mais severa que a sua inércia funcional¹²². Ou seja, quando o gestor público se encontrar diante de uma situação adversa é preferível que nada faça. O problema está no fato de que esta inação estatal leva a dois importantes efeitos, destacados por Gustavo Binjenbojm e André Cyrino: **(i)** a inibição de qualquer iniciativa inovadora (inércia conservadora); e **(ii)** a submissão acrítica e imediata às orientações dos controladores (subserviência institucional)¹²³.

Destes efeitos decorrem pelo menos mais dois. O primeiro consiste na interdição de práticas experimentalistas na gestão pública. Já o segundo importa em seleções adversas para o provimento de cargos públicos¹²⁴. Isto porque, se não existe tutela do exercício da função pública por bons agentes, conseqüentemente há uma maior atração de pessoas que assumem o risco da desonestidade para ocupar tais quadros¹²⁵.

Feito essas considerações iniciais, passa-se aos detalhes da aplicação do art. 28 da LINDB.

A figura do agente público presente na regra se destina aos servidores públicos estatutários em geral, os empregados públicos, agentes políticos, comissionados e os particulares que estiverem no exercício da função pública (art. 37, IX, da CF/88)¹²⁶. Além disso, atos abrangidos pelo art. 28 podem variar desde atos decisórios até meras orientações¹²⁷. E sem embargo da discussão acerca da

¹²² Idem, p. 130.

¹²³ BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. Art. 28 da LINDB: A cláusula geral do erro administrativo. Revista de Direito Administrativo – RDA, Rio de Janeiro, Ed. Especial: Lei de introdução às Normas do Direito Brasileiro. Editora FGV, 2018. p. 218.

¹²⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública). Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 131.

¹²⁵ Idem, Ibidem.

¹²⁶ BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. Art. 28 da LINDB: A cláusula geral do erro administrativo. Revista de Direito Administrativo – RDA, Rio de Janeiro, Ed. Especial: Lei de introdução às Normas do Direito Brasileiro. Editora FGV, 2018. p. 207.

¹²⁷ Nesse sentido: “Decisões são manifestações de vontade do poder público de natureza final, que tem por objetivo criar, constituir ou extinguir direitos, as quais são consubstanciadas, em regra, por intermédio de atos administrativos. Já opiniões técnicas, diversamente, visam a instruir (fática, jurídica ou tecnicamente) o ato administrativo decisório, de que são exemplos os pareceres jurídicos [...] e os pareceres técnicos”. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública). Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 132).

possibilidade de responsabilizar o parecerista que emite opinião vinculante¹²⁸, para a LINDB não há qualquer relevância a natureza do pronunciamento – vinculante ou não, importa saber se há erro grosseiro ou dolo.

De acordo com o art. 12, §1º, do Decreto nº 9.830/2019¹²⁹, considera-se erro grosseiro “aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia”. Será considerado erro grosseiro a aplicação de norma revogada, o uso de uma legislação evidentemente incompatível com o caso ou a não percepção de matéria de ordem pública que poderia ser notada a partir das informações disponíveis, por exemplo¹³⁰. Por outro lado, existirá dolo quando o gestor agir com intenção de praticar determinado ato e a sua demonstração depende de exame do elemento subjetivo¹³¹.

O principal problema reside na conhecida figura criada pelo Tribunal de Contas da União do “administrador médio”. O TCU criou esse conceito para sancionar gestores que não adotaram comportamentos diligentes, cautelosos e leais¹³². A fórmula é bastante simples: o erro grosseiro é aquele que seria percebido pelo o administrador médio, sendo, portanto, responsabilizável. Porém, para a referida Corte de Contas quem é este administrador médio? A Prof.^a Dr.^a. Juliana Bonacorsi de Paula bem identificou:

Para o Tribunal, o administrador médio é, antes de tudo, um sujeito leal, cauteloso e diligente (Ac. 1781/2017; Ac. 243/2010; Ac. 3288/2011). Sua conduta é sempre razoável e irrepreensível, orientada por um senso comum que extrai das normas seu verdadeiro sentido teleológico (Ac. 3493/2010; Ac. 117/2010). Quanto ao grau de conhecimento técnico exigido, o TCU titubeia. Por um lado, precisa ser sabedor de práticas habituais e consolidadas, dominando com mestria os instrumentos jurídicos (Ac. 2151/2013; Ac. 1659/2017). Por outro, requer do administrador médio o básico fundamental, não lhe exigindo exame de detalhes de minutas de ajustes ou acordos administrativos que lhe sejam

¹²⁸ A jurisprudência do STF permite a responsabilização do parecerista se houver erro grosseiro, dolo ou sua opinião tiver teor vinculante. (BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. Art. 28 da LINDB: A cláusula geral do erro administrativo. Revista de Direito Administrativo – RDA, Rio de Janeiro, Ed. Especial: Lei de introdução às Normas do Direito Brasileiro. Editora FGV, 2018. p. 211).

¹²⁹ Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro.

¹³⁰ BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. Art. 28 da LINDB: A cláusula geral do erro administrativo. Revista de Direito Administrativo – RDA, Rio de Janeiro, Ed. Especial: Lei de introdução às Normas do Direito Brasileiro. Editora FGV, 2018. p. 213.

¹³¹ Idem, p. 211.

¹³² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública). Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 131.

submetidos à aprovação, por exemplo (Ac. 4424/2018; Ac. 3241/2013; Ac. 3170/2013; 740/2013). Sua atuação é preventiva: ele devolve os valores acrescidos da remuneração por aplicação financeira aos cofres federais com prestação de contas, e não se apressa para aplicar esses recursos (Ac. 8658/2011; Ac. 3170/2013). Não deixa de verificar a regularidade dos pagamentos sob sua responsabilidade (Ac. 4636/2012), não descumpra determinação do TCU e não se envolve pessoalmente em irregularidades administrativas (Ac. 2139/2010)¹³³.

Conforme se vê, as definições sobre o que vem a ser o administrador médio podem variar de acordo com o caso concreto e a orientação vigente à época. Atualmente, o TCU vem moldando seu entendimento a uma noção que se aproxima do agir com culpa grave¹³⁴. No julgamento do Acórdão 2391/2018¹³⁵, por exemplo, utilizou-se do previsto no art. 138, do Código Civil¹³⁶, como base para conceituar o que seria erro grosseiro. De acordo com esse posicionamento, o erro grosseiro “é o que poderia ser percebido por pessoa com diligência abaixo do normal”, ou seja, “que seria evitado por pessoa com nível de atenção aquém do ordinário”.

A discussão também se deu no julgamento do Acórdão 2860/2018¹³⁷. Nesta oportunidade, o Ministro relator Augusto Sherman assentou que os gestores, que estavam sendo julgados em auditoria, não desempenharam suas atribuições da forma que seria esperada do administrador médio, caracterizando a ocorrência de erro grosseiro a ensejar suas responsabilizações nos termos do art. 28 da Lei nº 13.655/2018. E neste sentido, para o relator, “resta configurada a ocorrência de erro grosseiro quando a conduta culposa do agente público distancia-se daquela que seria esperada do administrador médio”.

Por se tratar de conceito não incorporado nem pela Lei nº 13.655/2018 e nem pelo Decreto nº 9.830/2019, o Ministro Bruno Dantas fez importantes ponderações sobre a adoção do critério do administrador médio. Para ele, essa “distancia”, mencionada pelo relator, é o equivalente à culpa grave, isto é, uma

¹³³ PALMA, Juliana Bonacorsi de. Quem é o “administrador médio” do TCU? LINDB exige que condutas sejam avaliadas a partir da realidade. Jota, 22 ago 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/quem-e-o-administrador-medio-do-tcu-22082018>>. Acesso em: 16 jan 2021.

¹³⁴ Nesse sentido: Acórdão 957/2019-P, Acórdão 2391/2018-P, Acórdão 2860/2018-P, Acórdão 2924/2018-P, Acórdão 4778/2019-1ªC, Acórdão 986/2019-P, Acórdão 4771/2019-1ªC, Acórdão 1691/2020-P, Acórdão 4447/2020-2ªC, Acórdão 3327/2019-1ªC.

¹³⁵ BRASIL. TCU. Acórdão 2391/2018, Plenário, Relator: Min. Benjamin Zymler, julgado 17.10.2018.

¹³⁶ Art. 138. São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio.

¹³⁷ BRASIL. TCU. Acórdão 2860/2018, Plenário, Relator: Min. Augusto Sherman, julgado em 05.12.2018.

“negligência extrema, imperícia ou imprudência extraordinárias, que só uma pessoa bastante descuidada ou imperita comete”. E Dantas prossegue, entendendo que o uso de qualquer outro conceito para definir o erro grosseiro além de desprestigiar a Lei nº 13.655/2018, também contraria uma definição já assentada pela doutrina. Por fim, finaliza sua intervenção para fixar que o erro grosseiro “situa-se entre a culpa comum e o dolo, razão pela qual não considero o critério do homem médio adequado para solucionar a questão”¹³⁸.

A discussão sobre a responsabilização do administrador com base no dolo ou culpa grave se acentuou com o cenário instaurado pela pandemia do Covid-19. A edição da Medida Provisória nº 966/2020, que versava sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia, reacendeu a discussão acerca da constitucionalidade do art. 28 da LINDB. Isto porque, foram ajuizadas sete ações diretas de inconstitucionalidade com o fim de declarar inconstitucional a referida medida provisória¹³⁹.

A MP nº 966/2020 reproduzia enunciados que interpretavam o art. 28, da Lei nº 13.655/2018, bem como fornecia parâmetros para a aferição da ocorrência de erro grosseiro¹⁴⁰. No que diz respeito a suposta inconstitucionalidade da Medida

¹³⁸ Após a edição da Lei nº 13.655/2018, o Ministro Benjamin Zymler, no julgamento do Acórdão 1.628/2018-P, foi o precursor a defender o uso do conceito de administrador médio para avaliar os casos de erro grosseiro. Depois da intervenção realizada pelo Ministro Bruno Dantas, o Ministro Benjamin Zymler também fez uma ressalva quanto ao uso do conceito do administrador médio. Para ele, apesar de ter sido o responsável por encapar a tese acerca do homem médio, essa noção deve ser revista e superada.

¹³⁹ ADIs 6421, 6422, 6424, 6425, 6427, 6428 e 6431. A primeira ação tem por objeto a Medida Provisória (MP) nº 966/2020, o art. 28 da Lei nº 13.655/2018, e, ainda, os arts. 12 e 14 do Decreto 9.830/2019. A sexta ação, proposta pelo PDT, tem por objeto a MP nº 966/2020 e a LINDB. Todas as demais ações têm por objeto apenas a MP nº 966/2020.

¹⁴⁰ Art. 1º Os agentes públicos somente poderão ser responsabilizados nas esferas civil e administrativa se agirem ou se omitirem com dolo ou erro grosseiro pela prática de atos relacionados, direta ou indiretamente, com as medidas de:

I - enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da pandemia da covid-19; e

II - combate aos efeitos econômicos e sociais decorrentes da pandemia da covid-19.

§ 1º A responsabilização pela opinião técnica não se estenderá de forma automática ao decisor que a houver adotado como fundamento de decidir e somente se configurará:

I - se estiverem presentes elementos suficientes para o decisor aferir o dolo ou o erro grosseiro da opinião técnica; ou

II - se houver conluio entre os agentes.

§ 2º O mero nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica responsabilização do agente público.

Art. 2º Para fins do disposto nesta Medida Provisória, considera-se erro grosseiro o erro manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia.

Art. 3º Na aferição da ocorrência do erro grosseiro serão considerados:

I - os obstáculos e as dificuldades reais do agente público;

Provisória nº 966/2020¹⁴¹, alegou-se: **(i)** que a Constituição exige tão somente culpa ou dolo para a configuração da responsabilidade subjetiva do agente público (art. 37, §§ 4º, 5º e 6º, CF/88), sendo que o “erro grosseiro”, previsto nas normas atacadas, limitaria tal responsabilidade à hipótese de culpa grave; **(ii)** as responsabilidades públicas se sujeitariam a um tipo de responsabilidade reforçada perante a sociedade e não poderiam gozar de regime mais brando do que aquele a que se submetem os demais cidadãos (art. 1º, CF/88) e; **(iii)** que a norma minimizaria a responsabilidade dos agentes por danos financeiros decorrentes de atos de improbidade.

Nenhuma das alegações procede. O art. 37, §6º, da CF/88, adotou um conceito amplo de culpa e não delimitou o grau ou intensidade do elemento subjetivo para a configuração da responsabilidade do agente público¹⁴². Ou seja, nesse caso, o erro grosseiro funciona como “um código dogmático que exprime como a culpa deve ser valorada para que o agente público possa ser responsabilizado”¹⁴³. Nada mais que um critério objetivo que ajuda a diminuir a discricionariedade do julgador.

Além disso, parte de premissas erradas quem argumenta que a necessária observação do dolo ou erro grosseiro para a responsabilização favorece um ambiente negligente. Os gestores adotam posições conservadoras, evitando decidir sobre temas controversos ou urgentes, pois sabem da postura adotada pelos órgãos de controle¹⁴⁴. Preferir a paralisia da Administração Pública em nome do interesse

II - a complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público;

III - a circunstância de incompletude de informações na situação de urgência ou emergência;

IV - as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação ou a omissão do agente público; e

V - o contexto de incerteza acerca das medidas mais adequadas para enfrentamento da pandemia da covid-19 e das suas consequências, inclusive as econômicas.

¹⁴¹ Importa ressaltar que nesta oportunidade, em regime cautelar, restringiu-se a análise somente da MP nº 966/2020, uma vez que o art. 28 da LINDB já estava vigente desde 2018 e, portanto, não haveria perigo da demora em apreciá-lo posteriormente.

¹⁴² BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. Art. 28 da LINDB: A cláusula geral do erro administrativo. Revista de Direito Administrativo – RDA, Rio de Janeiro, Ed. Especial: Lei de introdução às Normas do Direito Brasileiro. Editora FGV, 2018. p. 216.

¹⁴³ Idem, Ibidem.

¹⁴⁴ A esse propósito: “é difícil negar que alguém que, antes de decidir determinado processo, recebe aviso explícito de que, se decidir em sentido contrário àquele escolhido pelo órgão que o ameaça, será processado em duas esferas, não tem mais serenidade para tomar a decisão, não pode mais avaliar se aquela decisão era de fato necessária, e passará a avaliar, em especial, as consequências pessoais que aquela decisão pode lhe acarretar. Se a recomendação for por não praticar a medida – o que sempre pode ser (mal) justificado por uma interpretação extrema do princípio da legalidade – ainda mais fácil, afinal, como costumava lembrar o saudoso Marcos Juruena (crítico das interpretações que sempre conduziam ao imobilismo), “Dorme tranquilo quem indefere”. (MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. O medo e o Ato Administrativo. Revista Colunistas – Direito do Estado, n. 289, Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rodrigo-tostes-mascarenhas/o-medo-e-o-ato-administrativo>>. Acesso em: 20 dez 2020).

público ao invés de um controle mais efetivo e menos discricionário é, ao menos, contraditório¹⁴⁵.

Fato é que, em análise bastante aprofundada, ainda que em sede liminar, o Supremo Tribunal Federal assentou que nos casos em que a proteção da vida e da saúde estiverem em jogo, é preciso “observar *standards* técnicos e evidências científicas sobre a matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecida”. Além disso, o Poder Público também deve observar os princípios da precaução e da prevenção, isto é, existindo alguma dúvida séria em relação a determinada medida, deve-se evitar fazer.

Contudo, como bem pontuado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, estas medidas deveriam ser analisadas de acordo com o caso concreto. Para Barroso, o contexto envolvia um cenário de dois extremos:

Num extremo, estão os agentes públicos incorretos, que não desprezam uma oportunidade sequer para levar alguma vantagem indevida diante de qualquer situação – e a imprensa já tem divulgado episódios de malversação de recursos públicos enquanto pessoas morrem aos milhares. No outro extremo, existe o risco de o administrador correto ter medo de decidir o que precisa ser decidido por temor de retaliações duras, por temor de que, ao assistirem ao videotape, percebam-se coisas que, no calor da decisão, no meio da fumaça e da espuma, não era possível de se ver com clareza.

Não obstante a situação narrada se refira aos gestores que estavam/estão enfrentando a pandemia do Covid-19, a lógica é decorrente do “direito administrativo do medo” que levou a Lei nº 13.655/2018 prever normas de proteção ao bom administrador. Justamente por este fato, o STF reconheceu que não há nada de inconstitucional em restringir-se a responsabilização do gestor ao erro grosseiro e ao dolo. O problema real estava na tentativa da MP nº 966/2020 de qualificar o erro grosseiro para aquela situação particular. Portanto, na tentativa de atribuir interpretação conforme a Constituição aos arts. 1º e 2º da MP nº 966/2020, fixou-se a tese de que configuraria erro grosseiro o ato administrativo que ensejasse danos por inobservância: (i) de normas e critérios científicos e técnicos; ou (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção.

¹⁴⁵ BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. Art. 28 da LINDB: A cláusula geral do erro administrativo. Revista de Direito Administrativo – RDA, Rio de Janeiro, Ed. Especial: Lei de introdução às Normas do Direito Brasileiro. Editora FGV, 2018. p. 219.

Apesar de deferir parcialmente a liminar nos termos acima, o STF reconheceu a importância de normas como a do art. 28, da LINDB. Os votos dos Ministros Luís Roberto Barroso e Gilmar Mendes foram incisivos em reconhecer que não se deve sancionar o gestor que age de boa-fé, principalmente sem se ater aos detalhes do caso concreto¹⁴⁶. Para Mendes, além de se estabelecer *standards* para a orientação dos agentes públicos, é necessário “ter *standards* na avaliação da responsabilidade por parte dos órgãos de controle e das câmaras técnicas do Ministério Público”, uma vez que “as decisões desses agentes vão ser examinadas daqui a dois, três, quatro ou cinco anos” e “isso tem um efeito grande sobre o processo decisório”.

De mais a mais, conforme destacado por parcela relevante da doutrina, o julgamento liminar acerca da constitucionalidade da MP nº 966/2020 significou um verdadeiro “chamado para que os controladores públicos também tenham humildade e levem a sério o que as pesquisas no campo jurídico têm a lhes dizer”¹⁴⁷. Consagrou-se a escolha do legislador, isto é, de um lado o combate a negligência, imprudência e a imperícia e, de outro, a elevação da segurança jurídica para o atuar do bom gestor público¹⁴⁸.

Todo o cenário exposto até o momento demonstra que os arts. 22 e 28, da LINDB, vieram para renovar o ordenamento jurídico, prestigiando o gestor que age de boa-fé, bem como obrigando os órgãos de controle a se colocarem no lugar do agente público. Dessa forma, criam-se os incentivos necessários para o desenvolvimento de uma gestão da coisa pública inovadora e capacitada, protegendo as pessoas honestas da discricionariedade do controlador¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Inclusive, merece destaque o voto-vogal do Ministro Gilmar Mendes que abriu um tópico inteiro para discutir as implicações “de uma cultura judicial que persegue, reprime e cerceia a boa gestão”.

¹⁴⁷ SUNDFELD, Carlos Ari; JORDÃO, Eduardo; MOREIRA, Egon Bockmann; NETO, Floriano de Azevedo Marques; BINENBOJM, Gustavo; CÂMARA, Jacinto Arruda; MENDONÇA, José Vicente Santos de; JUSTEN FILHO, Marçal; MONTEIRO, Vera. Surpresa positiva do STF no julgamento da MP 966: O terraplanismo de alguns controladores públicos saiu vencido da sessão do STF. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/supresa-positiva-do-stf-no-julgamento-da-mp-966-21052020>>. Acesso em: 15 dez 2020.

¹⁴⁸ BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. Art. 28 da LINDB: A cláusula geral do erro administrativo. Revista de Direito Administrativo – RDA, Rio de Janeiro, Ed. Especial: Lei de introdução às Normas do Direito Brasileiro. Editora FGV, 2018. p. 217.

¹⁴⁹ Idem, p. 221.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho se propôs a debater sobre a importância da mudança de paradigma promovida pelos arts. 20, 21, 22 e 28 da Lei nº 13.655/2018, bem como analisar qual foi a recepção destes artigos pela comunidade jurídica, a partir do estudo de casos concretos. Para tanto, primeiramente, apresentou-se o cenário atual, com destaque para a proliferação do uso de preceitos indeterminados em decisões judiciais e administrativas, bem como o medo vivenciado pelos bons gestores públicos causado pela postura dos órgãos de controle.

Em um segundo momento, propôs-se a aprofundar a discussão sobre a racionalidade por detrás dos arts. 20 e 21, da LINDB, demonstrando a importância de acrescentar uma dose de pragmatismo nas decisões proferidas pelos magistrados e pelos órgãos de controle. Isto é, abordou-se como o consequencialismo funciona, tal como um freio para decisões fundadas em conceitos e princípios abstratos, a fim de conferir maior estabilidade e previsibilidade para estas decisões.

Além disso, foi abordado a implicação destes artigos para a nulidade dos atos administrativos, assim como para a teoria da deferência. Ficou demonstrado que a Lei nº 13.655/2018 impõe um racional decisório convalidador quando constatado prejuízos excessivos ao interesse coletivo, mediante uma análise de perdas e ganhos. Da mesma forma que a obrigação de desenvolver um raciocínio pragmático traz o julgador para perto da realidade, facilitando o reconhecimento dos limites institucionais que incidem na tomada da decisão, evitando interferências indevidas na competência de outros poderes.

Apresentados estes importantes pontos, prosseguiu-se para uma análise de como a comunidade jurídica recepcionou os arts. 20 e 21, da LINDB. Foram apresentados julgados recentes aplicando a lógica imposta pelos referidos dispositivos, assim como exposto algumas críticas feitas por parcela dos destinatários das novas regras.

E se ficou declarado que o intuito da Lei nº 13.655/2018 é aumentar a segurança jurídica das relações trazendo o julgador para mais perto da realidade, é certo que não seria diferente em relação a proteção dos gestores públicos. Os arts. 22 e 28, da LINDB, se lidos conjuntamente fornecem instrumentos necessários para que o administrador comprometido possa atuar no dia a dia da Administração

Pública sem medo de sanções despropositadas. E apesar das polêmicas existentes em torno das mudanças promovidas pela Lei nº 13.655/2018, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou o reconhecimento da importância dos novos dispositivos incluídos na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro.

Fato é que não obstante o tema abordado pelo presente trabalho seja deveras complexo e tenha inúmeras implicações, é necessário que se discuta cada vez mais sobre as teses abordadas pela Lei nº 13.655/2018. Quanto a esse aspecto, Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas apontam quatro momentos sucessivos para que a nova LINDB possa adentrar de vez na cultura jurídica¹⁵⁰. Pode-se dizer as ideias aqui desenvolvidas se inserem no primeiro e no segundo momento, isto é, busca-se tentar vencer o preconceito existente em torno do tema ao mesmo tempo que se pretende difundir os novos preceitos da lei e sua importância.

¹⁵⁰ São eles: “O primeiro, já em curso, é vencer a resistência e o preconceito gerados pelo debate precedente à sanção da lei, que procurou – sem sucesso – obstar extemporaneamente sua edição com argumentos da *terrorem* que hoje parecem até um tanto ridículos. O segundo momento costumamos chamar de “catequese da nova lei”, que corresponde a difundir entre os aplicadores os novos preceitos, sua potência e importância. Ninguém precisou avisar o intérprete da edição de um novo CPC ou de um novo Código Civil, pois são leis estruturantes do sistema e que substituíram as anteriores, derogadas. [...] O terceiro momento, que necessariamente tomará as próximas décadas, será o de consolidação dos conceitos e da construção de uma “jurisprudência integrativa” que fixe o conteúdo dos conceitos presentes nos dispositivos normativos e regule os procedimentos de aplicação da nova lei. Por fim, um quarto e último momento terá lugar quando, já introjetados na cultura jurídica e na prática hermenêutica os dispositivos da nova LINDB, já sejam aplicados automaticamente”. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública). Belo Horizonte: Fórum, 2019. pp. 168-169).

REFERÊNCIAS

Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA; Associação dos Juízes Federais do Brasil – AJUFE; Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho – ANPT; Associação Nacional dos Procuradores da República – ANPR; Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP; Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho – SINAIT. **Ofício ANAMATRA nº 217/2018**. Brasília, 2018. Disponível em: <[https://www.sinait.org.br/docs/Of%C3%ADcio_ANAMATRA_n217_sugest%C3%A3o_de_vet_o_ao_PL%207448_2017_MJ%20\(1\).pdf](https://www.sinait.org.br/docs/Of%C3%ADcio_ANAMATRA_n217_sugest%C3%A3o_de_vet_o_ao_PL%207448_2017_MJ%20(1).pdf)>. Acesso em: 14 jan 2021.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Controle jurisdicional de políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional – A&C**, Belo Horizonte, ano 10, n. 42, out./dez. 2010.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2005.

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. Art. 28 da LINDB: A cláusula geral do erro administrativo. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, Ed. Especial: Lei de introdução às Normas do Direito Brasileiro. Editora FGV, 2018.

BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. **Diário Oficial da União, Brasília, DF**, 25 abr 2018. Seção 1, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm>. Acesso em: 20 dez 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição**: República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 dez. 2020.

BRASIL. JFPR. Tutela Antecipada Antecedente nº 5044495-17.2018.4.04.7000, Decisão Monocrática, pedido liminar julgado em 09.10.2018.

BRASIL. STF. RE nº 271286-AgR, Segunda Turma, Relator: Min. Celso de Mello, julgado em 12.09.2000.

BRASIL. STF. MS 23550, Plenário, Relator: Min. Marco Aurélio, julgado em 04.04.2001.

BRASIL. STF. ADI MC 5501, Plenário, Relator: Min. Marco Aurélio, julgado em 19.05.2016.

BRASIL. STF. PetAgR 8002/RS, Plenário, Relator: Min. Luiz Fux, julgado em 12.03.2019.

BRASIL. STF. ADI 5501, Plenário, Relator: Min. Marco Aurélio, julgado em 26.10.2020.

BRASIL. STF. ADI 6341, Plenário, Relator: Min. Marco Aurélio, julgado em 15.04.2020.

BRASIL. STF. ADI MC 6421, Plenário, Relator: Min. Roberto Barroso, julgado em 21.05.2020.

BRASIL. STJ. REsp 950489/DF, Primeira Turma, Relator: Min. Luiz Fux, julgado em 03.02.2011.

BRASIL. TCU. Acórdão 290/2018, Plenário, Relator: Min. Augusto Nardes, julgado em 21.02.2018.

BRASIL. TCU. Acórdão 1643/2018. Plenário, Relatora: Min. Ana Arraes, julgado em 18.07.2018.

BRASIL. TCU. Acórdão 2391/2018, Plenário, Relator: Min. Benjamin Zymler, julgado em 17.10.2018.

BRASIL. TCU. Acórdão 2860/2018, Plenário, Relator: Min. Augusto Sherman, julgado em 05.12.2018.

BRASIL. TCU. Acórdão 3329/2019, Segunda Câmara, Relatora: Min. Ana Arraes, julgado em 14.05.2019.

BRASIL. TCU. Acórdão 1.072/2019, Plenário, Relator: Min. Raimundo Carreiro, julgado em 15.05.2019.

BRASIL. TCU. Acórdão 5315/2019, Segunda Câmara, Relatora: Min. Ana Arraes, julgado em 23.07.2019.

BRASIL. TCU. Acórdão 1045/2020, Plenário, Relator: Min. Benjamin Zymler, julgado em 29.04.2020.

BRASIL. TCU. Resolução nº 315/2020, expedida em 22.04.2020.

BRASIL. TJPR. Apelação nº 0010376-19.2018.8.16.0026, 5ª Câmara Cível, Relator: Desembargador Nilson Mizuta, julgado em 11.05.2020.

BRASIL. TJPR. Apelação nº 0002477-35.2013.8.16.0158, 5ª Câmara Cível, Relator: Juiz Substituto de 2º Grau Rogério Ribas, julgado em 03.08.2020

CARDOSO, André Guskow. O princípio da proporcionalidade e o dever instituído pelo art. 20, parágrafo único, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB. In: FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da Cunha; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada: Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de Setembro de 1942, vol. II.** São Paulo: Quartier Latin, 2019.

DIÁLOGO PÚBLICO, 2018, Brasília. CARREIRO, Raimundo [et al.]. **Discussão do Projeto de Lei 7.448/2017/Tribunal de Contas da União**. Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência (Segepres), 2018. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/data/files/CD/E3/51/19/E151F6107AD96FE6F18818A8/Discussao_projeto_lei_7.448_2017.pdf>. Acesso em: 10 jan 2021.

FORTINI, Cristiana. Princípio da segurança jurídica e sua influência na revogação das licitações. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de Direito Administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade razoabilidade, interesse público**. São Paulo: Atlas, 2012.

FREITAS, Rafael Vêras de. **O “populismo” rodoviário: o caso da concessão da linha amarela**. Conjur, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-dez-29/opiniao-populismo-rodoviario-concessao-linha-amarela>>. Acesso em: 15 jan 2021.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. A LINDB e os pressupostos de controle em uma Administração complexa. In: VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel Morettini e (Coord.). **A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle**. Direito do Estado, nº 71, 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>>. Acesso em: 16 dez 2020.

INFRA2038. **Segurança Jurídica na Gestão – A Influência dos Órgãos de Controle na Tomada de Decisão pelos Gestores**. Brasília, 2019. Disponível em: <https://159146a3-f37e-4128-a17e-52af8299c800.filesusr.com/ugd/63fe2f_d645374be53a426e8383a5d0aa1f80e6.pdf>. Acesso em: 17 dez 2020.

JORDÃO, Eduardo. A relação entre inovação e controle da administração pública. A&C – **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 18, n. 72, 2018.

_____. Art. 22 da LINDB. Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, Ed. Especial: Lei de introdução às Normas do Direito Brasileiro. Editora FGV, 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal; JORDÃO, Eduardo Ferreira. A contratação administrativa destinada ao fomento de atividades privadas de interesse coletivo. **Revista Brasileira de Direito Público**, v. 34, 2011. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/19195/A_contratacao_administrativa_destinada_a.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 15 dez. 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, Ed. Especial: Lei de introdução às Normas do Direito Brasileiro, Editora FGV, 2018.

LEFEVRE, Mônica Bandeira de Mello. A interpretação normativa e a necessária consideração dos direitos dos administrados. In: FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da Cunha; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada: Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de Setembro de 1942, vol. II**. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. **O Medo e o Ato Administrativo**. Revista Colunistas – Direito do Estado, n. 289, Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rodrigo-tostes-mascarenhas/o-medo-e-o-ato-administrativo>>. Acesso em: 20 dez 2020.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Regulação econômica e suas modulações. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 7, n. 28, out./dez. 2009.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; *et al.* **Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL n.º 7.448/2017**. 2018. Disponível em: <http://www.ninc.com.br/img/pesquisa/arquivo_20180428170434_103.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2020.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MARTINS, Ricardo Marcondes. A teoria do ato administrativo à luz das alterações da LINDB. In: VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel Morettini e (Coord.). **A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

MEERHOLZ, André Leonardo. O que se pretende com a previsão do caput do art. 20 da LINDB?. In: FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da Cunha; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada: Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de Setembro de 1942, vol. II**. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

MENDONÇA, José Vicente de. **Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

_____. Art. 21 da LINDB: Indicando consequências e regularizando atos e negócios. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, Ed. Especial: Lei de introdução às Normas do Direito Brasileiro. Editora FGV, 2018.

_____. Comentários ao art. 21, par. único, do Decreto-Lei n. 4.657/42, introduzido pela Lei n. 13.655/18. In: FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da Cunha;

ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada: Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de Setembro de 1942, vol. II.** São Paulo: Quartier Latin, 2019.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Nota técnica conjunta nº 01/2018.** Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/Nota%20Tecnica%201_2018.pdf>. Acesso em: 20 jan 2021.

MOREIRA, Egon Bockmann; PEREIRA, Paula Pessoa. Art. 30 da LINDB: O dever público de incrementar a segurança jurídica. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, Ed. Especial: Lei de introdução às Normas do Direito Brasileiro, Editora FGV, 2018.

MOREIRA, Egon Bockmann. Artigo 26. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (coord.). **Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática.** Senado Federal: Brasília, 2015.

_____. A nova lei de introdução: Segurança reforçada ao Direito Administrativo. In: VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel Morettini e (Coord.). **A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

_____. **Princípio da legalidade em tempos de crise: destruído ou ressignificado?** Direito do Estado, nº 447, 2020. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/egon-bockmann-moreira/principio-da-legalidade-em-tempos-de-crise-destruido-ou-ressignificado>>. Acesso em: 16 dez 2020.

NOHARA, Irene Patrícia. Motivação do Ato Administrativo na disciplina de Direito Público da LINDB. In: VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel Morettini e (Coord.). **A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Quem é o “administrador médio” do TCU? LINDB exige que condutas sejam avaliadas a partir da realidade.** Jota, 22 ago 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/quem-e-o-administrador-medio-do-tcu-22082018>>. Acesso em: 16 jan 2021.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes (coord.). **Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática.** Senado Federal: Brasília, 2015;

PINTO, Gabriela M. Engler. **O caso da anulação dos aditivos de 2006 pela ARTESP: seria diferente à luz da nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro?** Disponível em: <<https://portugalribeiro.com.br/wp-content/uploads/o-caso-da-anulacao-dos-aditivos-de-2006-pela-artesp-final.pdf>>. Acesso em: 22 jan 2021.

PORTUGAL, André; KLEIN, Érico. A anti-teoria consequencialista como fundamento da nova LINDB. In: VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel Morettini e (Coord.). **A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

ROSILHO, André Janjácomo. **Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União**. São Paulo: Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016. p. 237. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/controlado-da-administracao-publica-pelo-tribunal-de-contas-da-uniao.htm>>. Acesso em: 16 dez 2020.

SUNDFELD, Carlos Ari; GIACOMUZZI, José Guilherme. O espírito da Lei nº 13.655/2018: impulso realista para a segurança jurídica no Brasil. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 16, nº 62, abr./jun. 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Administrar é criar?** In: Direito Administrativo para céticos. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **Princípio é preguiça?** In: Direito administrativo para céticos. São Paulo: Malheiros, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari; *et al.* **Surpresa positiva do STF no julgamento da MP 966: O terraplanismo de alguns controladores públicos saiu vencido da sessão do STF**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/supresa-positiva-do-stf-no-julgamento-da-mp-966-21052020>>. Acesso em: 15 dez 2020.