

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Ligia Maria Ferle

**Impactos causados no Controle Externo pela alteração da Lei de
Introdução às Normas de Direito Brasileiro, sob a perspectiva do artigo 20
caput, §1º e artigo 22 *caput*, §1º da Lei 13.655/2018 – LINDB**

São Paulo
2023

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Ligia Maria Ferle

**Impactos causados no Controle Externo pela alteração da Lei de
Introdução às Normas de Direito Brasileiro, sob a perspectiva do artigo 20
caput, §1º e artigo 22 *caput*, §1º da Lei 13.655/2018 – LINDB**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de ESPECIALISTA em Direito Administrativo, sob a orientação da Prof. Vanessa de Oliveira Ferreira.

São Paulo
2023

Banca Examinadora

Dedico este trabalho à minha avó Silsa, *in memoriam*, por todo apoio e carinho dedicados a mim ao longo de toda a vida e, especialmente, pelo incentivo para o início deste curso.

RESUMO

Essa monografia, tem como tema os impactos causados no Controle Externo em razão da alteração da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, sob a ótica do artigo 20 *caput*, §1º e 22 *caput*, §1º da Lei 13.655/2018. O estudo tem por escopo compreender quais disfuncionalidades do Direito Administrativo Sancionador, conduziram à edição da Nova LINDB. As justificativas de embasamento desse novo diploma legal, a recepção e percepção inicial pelos agentes públicos e examinar como os profissionais do ramo jurídico e os executores das leis têm se adaptado às novas demandas normativas estabelecidas pela LINDB. A relevância do trabalho se assenta na modificação irremediável dos parâmetros de controle para regularidade ou validade de ato administrativo, para a correta aplicação desses dispositivos é necessário compreender as alterações com maior densidade, por essa razão fazemos o corte metodológico sob a perspectiva dos 20 *caput*, §1º e 22 *caput*, §1º. Para esse propósito, utiliza-se o método dedutivo tendo realizado pesquisa na doutrina, legislação administrativa, jurisprudência e linhas de pesquisas relacionadas ao tema. Ao final, o estudo apresenta ponderações com o objetivo de aprimorar a compreensão dos novos aspectos decorrentes da LINDB, suas implicações jurídicas, administrativas e práticas.

Palavras-chave: 1. LINDB; 2. Impactos no Controle Externo; 3. Disfuncionalidades no Controle; 4. Valores jurídicos abstratos; 5. Obstáculos e dificuldades reais do gestor; 6. Direito administrativo.

ABSTRACT

This monograph has as its theme the impacts caused in the External Control due to the amendment of the Law of Introduction to the Standards of Brazilian Law, from the perspective of article 20 *caput*, §1 and 22 *caput*, §1 of Law 13.655/2018. The scope of the study is to understand which dysfunctions of the Administrative Law Sanctioning led to the edition of Nova LINDB. The justifications for the basis of this new legal diploma, the reception and initial perception by public agents and examine how legal professionals and law enforcers have adapted to the new normative demands established by LINDB. The relevance of the work is based on the irremediable modification of the control parameters for regularity or validity of administrative act, for the correct application of these devices it is necessary to understand the changes with greater density, for this reason we make the methodological cut from the perspective of 20 *caput*, §1 and 22 *caput*, §1. For this purpose, the deductive method is used, having conducted research on doctrine, administrative legislation, jurisprudence and lines of research related to the subject. At the end, the study presents weightings with the objective of improving the understanding of the new aspects arising from LINDB, its legal, administrative and practical implications.

Keywords: 1. LINDB; 2. Impacts on External Control; 3. Disfunctionality in Control; 4. Abstract legal values; 5. Real obstacles and difficulties of the manager; 6. Administrative law.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADIN	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AMB	Associação dos Magistrados Brasileiros
CF	Constituição Federal
CGU	Controladoria Geral da União
LIA	Lei de Improbidade Administrativa
LINDB	Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro
MPF	Ministério Público Federal
MP	Ministério Público
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TAC	Termo de Ajustamento de Conduta
TCU	Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	8
2. LINDB.....	10
2.1. Contexto de surgimento.....	10
2.2. Espírito da lei.....	16
2.2.1. Distorções administrativas.....	17
2.2.2. LINDB como a lei da segurança jurídica	21
2.3. Dogmas enfrentados pelo projeto de lei.....	27
2.3.1. Combate à idealização do Direito.....	27
2.3.2. Combate à idealização dos fatos.....	29
3. A QUEM SE APLICA A LINDB.....	33
3.1. Artigo 22 e seu parágrafo tem destinatário específico.....	34
4. MODELOS ADMINISTRATIVOS.....	36
4.1. Evolução da administração.....	36
4.2. A cultura do hipercontrole público.....	43
4.3. A revolução da atividade administrativista:	
O controle pelas consequências e o artigo 20	47
4.4. O pragmatismo pelo artigo 22 <i>caput</i> e §1º.....	51
5. POSTURA DO TRIBUNAL DE CONTAS.....	56
5.1. Críticas do Tribunal ao Projeto de Lei 7.448/2017.....	56
5.2. Panorama de decisões	59
5.2.1. Artigo 20 <i>caput</i>	60
5.2.2. Artigo 22, §1º.....	63
6. CONCLUSÃO	66
7. REFERÊNCIAS.....	69

INTRODUÇÃO

Neste trabalho, partimos da premissa que a administração pública esta sob uma grave crise de eficiência, por uma multiplicidade fatores. Dentre eles, está a corrupção, desvio de valores e finalidade de atos administrativos. Para coibir essa prática o controle se tornou mais rígido, fiscalizando ostensivamente. No entanto, essa conduta estimulou uma ineficiência administrativa, não por corrupção, mas agora por receio de responsabilização os gestores evitam tomar decisões mais heterodoxas para não atraírem a atenção dos órgãos de controle.

Nesse cenário, é elaborado o projeto de lei da LINDB, buscando minimizar o panorama de insegurança jurídica e aprimorar a qualidade jurídica das decisões administrativas. Para compreender as premissas da LINDB, é preciso entender as distorções administrativas que lhe deram embasamento, a crise de confiabilidade que a administração sofre por reiteradamente abalar a segurança jurídica em âmbito administrativo e superar dogmas que perduram desde o século XIX.

A LINDB vigente anteriormente, não tratava do poder público especificamente, seus dispositivos eram adotados de forma reflexa. Apenas com a lei 13.655/2018, foram inseridos dispositivos completamente idealizados para o universo público, na tentativa de solucionar os entraves jurídicos culturais que nos assolam. Impactando completamente na atividade administrativa, inclusive no controle. Estabelecendo vedações, parâmetros de validade de ato administrativo diferentes, regime de modulação para novas interpretações, súmulas administrativas e respostas a consultas.

Neste trabalho, vamos discorrer detidamente sobre os impactos que o artigo 20 *caput*, §1º e 22 *caput*, §1º, trouxeram para atividade do controle. Vedando a utilização de conceitos 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, respectivamente.

Veremos no panorama de decisões do TCU, como foram acomodadas as novas demandas normativas estabelecidas pela LINDB, voltadas ao pragmatismo e contextualização do direito. Dando novos contornos à motivação administrativa e elevando-a a um patamar ainda mais alto, pois é a salvaguarda do gestor.

O relacionamento entre controle e gestão fica mais estreito pela motivação. A intenção do legislador é promover o diálogo nesses polos em prol do interesse público. Sendo dever do gestor a motivação qualificada, detalhando minuciosamente o suporte fático e jurídico que orientou sua escolha, na contramão, é dever do controlador considerar os obstáculos e dificuldades arguidos pelo gestor na decisão de validade do ato.

No bojo do trabalho, por ser relevante ao tema entenderemos a evolução administrativa em cada um de seus modelos (patrimonialista, burocrático e gerencial), para identificar de onde vem suas falhas e como cada um colaborou para aprimoramento da função administrativa. Precisamos desse conhecimento, para identificar se as práticas adotadas pela gestão estão em consonância ao modelo atual, pautado em *accountability*.

A relevância deste estudo reside em compreender os novos parâmetros decisórios e dissipar o receio de controladores, administradores e administrados diante de um novo horizonte. Além disso, é importante disseminar as premissas e objetivos desse novo olhar sobre o direito administrativo, a fim de constatar o aprimoramento da gestão.

No entanto, como não há nenhuma interferência externa no controle, é crucial que os agentes administrativos estejam comprometidos com o viés pragmático. Caso contrário, uma lei que teria o condão de aprimorar a atividade administrativa pode se tornar apenas letra fria.

2. LINDB

2.1. Contexto de surgimento

O embrião da LINDB estava no Código Civil de 1916, a Parte Geral era antecedida pela introdução com 21 artigos que forneciam direcionamento para aplicação do direito.

Em 1942 foi promulgada a Lei de Introdução ao Código Civil, ou LICC. Geralmente, o primeiro contato do estudante com a lei dentro do curso de direito se dava por ela. Suas normas continham maior abrangência na esfera privada, refletindo a época de um Estado liberal em que a lei civil era o eixo vetorial do nosso sistema jurídico, pautada na família, propriedade e relação contratual. Com o passar do tempo, o eixo jurídico tornou-se a Constituição Federal e essa nomenclatura ficou obsoleta, por isso foi alterada em 2010 para Lei de Introdução `as normas do Direito Brasileiro.

O início do projeto da nova LINDB ocorreu de forma espontânea, em 2012 após um seminário em Salvador sobre “A construção do novo Direito Administrativo no Brasil” o Professor Carlos Ari Sundfeld¹ esboçou a síntese das provocações ocorridas no debate. Mais adiante apresentou ao público suas considerações num congresso em Belo Horizonte, de tema “Uso abusivo dos princípios constitucionais e a segurança jurídica”, iniciando um debate acadêmico mais aprofundado. Em 2013, no livro “Contratações públicas e seu controle” o referido autor escreveu um dos capítulos junto do Professor Floriano de Azevedo Marques Neto², contendo uma proposta de solução legislativa para minimizar o panorama de insegurança e aprimorar a qualidade jurídica das

¹ Professor titular da Escola de Direito de São Paulo, da Fundação Getulio Vargas (FGV Direito SP). Doutor e Mestre pela PUC-SP. Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público. Sócio fundador de Sundfeld Advogados, onde atua como parecerista e consultor especializado em direito público e regulação. Autor de diversos artigos e livros, entre os quais *Direito Administrativo para céticos*, 2.ed. Malheiros, 2014.

² Formado em Direito pela Faculdade de Direito da USP (FDUSP), Floriano de Azevedo Marques Neto é doutor e livre-docente em Direito Público pela USP. Atualmente, é diretor da FDUSP, onde é Professor Titular do Departamento de Direito Público, na área de Direito Administrativo. É também professor do curso de pós-graduação *stricto sensu* da FGV-RJ.

decisões administrativas e de seus controladores. A iniciativa contou com o apoio do Senador Anastasia, dando impulso ao PLS nº 3.489/2015. O projeto tramitou por mais de três anos no Congresso, com audiências públicas e debates. Aprovado pelo Plenário no Senado Federal em 2017, e posteriormente, à sanção Presidencial em 2018.

A Constituição Federal de 1988 foi um marco na Administração Pública, até então o Estado prestador de serviço e promovedor do bem estar social era diminuto. Por consequência, o Controle exercido sobre essa administração era compatível com as poucas funções que exercia, não sendo de grande complexidade. A presença estatal teve seu amadurecimento e expansão pós constituição, o rol de direitos, garantias individuais e sociais, força o Estado a melhorar a qualidade dos serviços públicos já prestados e expandir a atuação para ramos até então preteridos, mas que são de interesse público³.

A priori houve um descompasso entre o estado e o controle. Enquanto o estado se tornava mais complexo e técnico para atuar nos setores por meio dos serviços públicos, o controle permaneceu modesto. A necessária fiscalização dessas atividades trouxe à tona o hiato dos Tribunais de Contas.

Já tendo sido chamado até de “tribunal de faz de contas”, investiu consistentemente no seu corpo técnico fazendo concursos, majorando salários, enviando profissionais ao exterior a outras Cortes de Contas para aprendizado. Evoluindo gradativamente à complexa e atuante instituição que conhecemos hoje.

³ Desde 1988, é categórica a expansão da atuação da Administração Pública nos mais diversos setores da vida social, na defesa de interesses públicos de variadas matizes, todos com previsão ou fundamentação na Constituição, na sua estruturação democrática do Estado. O capítulo próprio dedicado a ela (Título III, Capítulo VII da CF) é sintomático da relevância do seu marco jurídico-institucional que, modificado nas suas raízes e valores normativos fundamentais, se reputa como elemento fundamental no processo de desenvolvimento da sociedade brasileira. Com avanços e retrocessos, o exercício da função administrativa se disseminou e está presente em todos os relevantes segmentos da vida social, nos diversos níveis federativos. OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. **Interesse Público, Belo Horizonte**, ano, v. 22, p. 83-126, 2020.

Em 2014 e 2015 o sentimento gerado pela lava-jato, somado a grandes escândalos de corrupção anteriores, era de punição forte e se espalhou pelos órgãos fazendo uma verdadeira caça às bruxas. A ineficiência já marcava a gestão administrativa, parte pela morosidade em dar respostas suficientes ao cidadão, pela corrupção alastrada causando perda da eficiência, e pelo receio dos bons gestores que restaram em gerir.

A tentativa da gestão pública gerencial que temos hoje em dia encontra dificuldade de desenvolver-se em razão do controle ostensivo. Criou-se receio nos gestores levando em diante o pensamento “ só quem não faz, não erra”.⁴

Conforme artigo do Professor Fernando Vernalha Guimaraes:

instalou-se o que se poderia denominar de crise da ineficiência pelo controle: acuados, os gestores não mais atuam apenas na busca da melhor solução ao interesse administrativo, mas também para se proteger. Tomar decisões heterodoxas ou praticar ações controvertidas nas instâncias de controle é se expor a riscos indigestos. E é compreensível a inibição do administrador frente a esse cenário de ampliação dos riscos jurídicos sobre suas ações. Afinal, tomar decisões sensíveis pode significar ao administrador o risco de ser processado criminalmente.(VERNALHA GUIMARAES, Fernando. 2016).⁵

Indo de encontro a esse entendimento temos Carlos Higino de Alencar, ex-ministro da Transparência, auditor e atual presidente do Conselho de Administração de Recursos Fiscais (CARF) assevera a ineficiência no combate a corrupção, no trecho de sua obra:

Diante desses resultados, é possível afirmar-se que a eficácia do sistema judicial no combate à corrupção no Brasil é desprezível, o que apenas torna o controle administrativo ainda mais relevante. Como um agente racional está normalmente preocupado com “p”, isto é, a

⁴ ESCOLA. Tribunais de Contas e a Nova LINDB. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=5R3HNcMVcHw>>. Acesso em: out 2022.

⁵ **O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle.** Direito do Estado. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>>. Acesso em: 12 dez 2022.

probabilidade de ser punido, e não com a probabilidade de ser meramente processado, decorre diretamente da teoria e dos dados levantados que, atualmente, há no Brasil enormes incentivos à realização de práticas de corrupção, pois o servidor provavelmente sairá impune. Nesse caso, a percepção popular está amparada por evidências empíricas (ALENCAR, Carlos Higino. 2011).⁶

Jorge Hage, ex-ministro da Controladoria Geral da União considera um avanço na criação do órgão em 2003, integrando funções de auditoria, fiscalização, correição, ouvidoria no âmbito federal; atuação integrada do Ministério Público, Polícia Federal e Tribunal de Contas; criação do portal da transparência; aprovação das Leis de Acesso à Informação 12.527/2011, da Ficha Limpa LC nº 103/2010, e Anticorrupção 12.846/2013⁷.

Não discordamos desses apontamentos e não há questionamentos sobre o quão primordial é a atuação do controle para o bom funcionamento da administração, sendo o gestor improbo e arbitrário penalizado corretamente. Contudo, reconhecemos como consequência dessa postura o exercício de modo disfuncional desse dever constitucional, pois criam óbice a própria gestão do bem público.

Com o sentimento de punição inflado a cultura do controle exacerbado foi muito comemorada e bem recebida pela população que demandava uma resposta das autoridades, e rapidamente difundida pela administração. No entanto, não avaliaram os inconvenientes dessa nova postura e duas percepções disseminadas são errôneas. A primeira delas é que quanto mais controle melhor, a segunda é a priorização do controle burocrático (formalista) acima do consequencialista.

⁶ ALENCAR, Carlos Higino; GICO JUNIOR, Ivo. Corrupção e judiciário: a (in) eficácia do sistema judicial de combate à corrupção. Revista Direito GV, São Paulo, v. 7, p. 75-98, jan./jun. 2011.

⁷ HAGE, Jorge. Evolução e perspectivas do combate à corrupção no Brasil. In: PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre (coord.). Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 53-62.

O controlador buscou parâmetros de análises, valores e quantidades, calcificando esse entendimento em tabelas. Tornando-se pouco tolerante as variações, enquadrando qualquer divergência como improbidade. Desconsiderando a realidade do gestor que talvez tivesse de fato uma recomendação para uma contratação direta ou uma in

tercorrência no mercado que fez o preço de determinado produto subir e efetuar a compra com o valor acima do contido na tabela referência.

Nesse contexto o administrador fica acanhado em propor inovações e gerir o bem público pensando prioritariamente no seu resguardo, deixando a gestão eficiente solucionadora de problemas e prestadora de serviços no seu patamar mínimo.

A Covid-19 apareceu e elucidou ainda mais essa problemática, em que medidas emergenciais precisavam ser tomadas, havia poucas diretrizes de outros entes, preço nas alturas de todos os bens de consumo profiláticos, verba emergencial e todos os gestores apreensivos imaginando contas rejeitadas, responsabilizações e punições futuras, por isso o “apagão das canetas”.⁸ Os gestores queriam ter a certeza de qual era o caminho seguro para evitar às responsabilizações, mas não havia certeza a ser dada.

A finalidade da nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) é proporcionar estabilidade e segurança jurídica tanto para as ações do Poder Público quanto para as relações administrativas com os indivíduos. A medida que os sistemas de fiscalização foram aprimorados, assistimos simultaneamente um enfraquecimento da segurança jurídica.

⁸ Esta percepção de “apagão decisório” ou “apagão das canetas”, já mereceu verbete específico por parte de Fabrício Motta e Irene Patrícia Nohara: “Apagão das canetas: para designar a paralisação de decisões, por causa do temor de responsabilização, perante a Administração Pública “do medo”, pois, em determinados casos, tendo em vista as decisões imprevisíveis e oriundas dos mais variados órgãos de controle, os bons gestores acabavam ficando com receio de decidir e futuramente ser responsabilizados por uma decisão justa, mas que iria de encontro às orientações cambiantes de diversos dos órgãos de controle.” (MOTTA; NOHARA, 2019, p. 24).

No Brasil, temos o “multiple accountability”⁹ de modo que a atuação do gestor público é controlada por diversos órgãos e entidades de competências que se sobrepõem e possuem autonomia entre si, para evitar disfunções deveriam existir arranjos institucionais que previnam redundâncias e assegurem a segurança jurídica.

Como exemplo, podemos utilizar os acordos de leniência da Lei Anticorrupção na época da Lava Jato. Em que, praticamente, havia uma competição entre os órgãos envolvidos, para isoladamente firmar acordos com empresas, recuperando verba pública e atraindo holofotes para instituição. Essa conduta criou um ambiente de insegurança jurídica, desincentivando que empresas interessadas tomassem a iniciativa de comunicar os ilícitos e buscassem os acordos, já que, mesmo contribuindo com as apurações, pagando multas e reparando danos. Não havia garantia de que não seriam responsabilizados pelos demais.

Em 2020 sob a coordenação do STF, foi firmado um Acordo de Cooperação Técnica envolvendo o Ministério Público Federal, Controladoria Geral da União, Tribunal de Contas da União, Ministério da Justiça e Advocacia-Geral da União, para “construtiva e cooperativamente de aperfeiçoar o sistema de prevenção e combate à corrupção”¹⁰

Segundo os Professores Carlos Ari Sundfeld e Floriano Azevedo de Marque Neto “A incerteza jurídica é a porta de entrada das violações ao direito”.¹¹

⁹ DIONISIO, Pedro de Hollanda. O direito ao erro do administrador público no Brasil. Rio de Janeiro: GNZ, 2019. p. 26-27

¹⁰ BRASIL. Controladoria-Geral da União. Acordo de Cooperação Técnica que entre si celebram o Ministério Público Federal, a Controladoria-Geral da União (CGU), a Advocacia-Geral da União (AGU), o Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP) e o Tribunal de Contas da União em matéria de combate à Corrupção no Brasil, especialmente em relação aos acordos de leniência da Lei nº 12.846, de 2013. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2020/11/cgu-agu-e-pf-definem-procedimentos-para-troca-de-informacoes-sobre-acordos-de-leniencia-e-delacoes-premiadas/act.pdf> Acesso em 10/12/2022.

¹¹ SUNDFELD, Carlos Ari; NETO, Floriano de Azevedo Marques. Uma nova lei para aumentar a qualidade jurídica das decisões públicas e de seu controle. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.).

Ou seja, é do mais alto interesse público preservar a segurança jurídica sendo ela um alicerce do arcabouço normativo na atualidade.

2.2. Espírito da Lei

As leis de introdução anteriores eram todas voltadas ao direito privado, essa se volta ao direito Público e Administrativo. A classe política se ressentia dos excessos cometidos e a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (13.655/18), a Lei de Improbidade (14.230/2021), Lei de abuso de autoridade (13.869/2019) foram reações para criarem balizas claras e límpidas para que o gestor pudesse ter mais segurança ao tomar decisões difíceis.¹²

A proposta de lei, embrião da LINDB, contida no livro Contratações públicas e seu controle, dos Professores Carlos Ari Sundfeld e Floriano Azevedo Marques, tem cinco fundamentos:

(1) impedir que consequências concretas sejam extraídas a partir de normas de alta indeterminação jurídica, de modo superficial e sem mensurar os efeitos decorrentes; (2) tutelar os atos jurídicos perfeitos, evitando que novas interpretações em momento futuro levem à revisão de decisões públicas ou à responsabilização dos gestores que a tomaram; (3) soluções negociadas podem ser mais efetivas em uma plêiade de casos concretos; (4) aquele que sofrer os efeitos negativos gerados pela existência, demora ou custos de processos deve ser compensado; e (5) os regulamentos, principal fonte de direitos e obrigações, precisam ser editados mediante prévia consulta pública. (BONACORSI DE PALMA, J. Segurança jurídica para a inovação pública: a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. 2018).

A atuação dos órgãos de estado, eram pontuais e pulverizadas, não tinham sido capazes de lidar com a construção do interesse público para além do âmbito legislativo e da Administração. Essa ampliação era indispensável para evitar a ineficiência, mesmo não tendo um conteúdo revolucionário ela apenas transforma em texto legal, exigências que traduzem práticas jurídicas contemporâneas.

O projeto pretendia dar maturidade institucional ao Brasil. Diferenciar o

¹² Escola de Gestão e Contas, **Tribunais de Contas e a Nova LINDB**. YouTube, 05 de Outubro de 2022. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=5R3HNCMVcHw> . Acesso em 05 de Outubro de 2022. Fala do Conselheiro do TCM-BA Nelson Pellegrino.

dolo da culpa, entendendo a dificuldade do gestor fornecendo segurança e condições mínimas de previsibilidade aos gestores e ao mercado também. Dessa forma permitindo o aperfeiçoamento da gestão e do controle.

Nenhuma interferência externa foi criada sobre o controle público, de forma realista e pragmática, o intuito é a modernização das ideias na lei bussola do direito brasileiro, novas soluções de caráter operacional, agora para gerenciar as funções básicas dos profissionais do mundo jurídico público. A proposta é a auto contenção para evitar o excesso de impulsos voluntaristas na gestão e no controle.

A cultura de repulsa à ilegalidade não pode descolar de outros como o respeito à legalidade. A busca deve ser proporcional e ponderada em relação aos efeitos, é preciso cautela. Até mesmo o ilícito penal está sujeito a prescrição, por ser mais relevante a estabilidade jurídica que a punibilidade dissociada dos pressupostos administrativos. Era necessário fazer com que a interpretação do direito administrativo olhasse para as políticas públicas, para os negócios públicos, para as consequências em vez de se ater ao formalismo, que sozinho, não combate a corrupção.

2.2.1 Distorções Administrativas

Muito é documentado pela academia em relação as distorções de aplicação do direito administrativo no controle externo, todos decorrentes de pesquisas empíricas e imparciais. Revisando a jurisprudência do STF, Daniel Wang, demonstra empiricamente a superficialidade argumentativa em decisões judiciais envolvendo direitos sociais, pois os julgadores praticamente não se atentam à escassez de recurso e aos custos do direito¹³; na pesquisa “ Revisão judicial das decisões do CADE” foi verificada a falta de diretrizes sobre o cabimento de controle judicial¹⁴ e as intervenções do TCU em editais de licitação

¹³ WANG, Daniel. *Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF*. Monografia apresentada à EFp na SBDP em 2006. Disponível em: <www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/80_Daniel%20Wang.pdf>. Acesso em: 06.01.2023 / ALMEIDA, Fabricio Antônio Cardim de (Coord.).

¹⁴ *Revisão judicial das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade)*. Belo Horizonte: Fórum; SBDP, 2010.

não publicados, assumindo a competência administrativa, feita por Eduardo Jordão¹⁵. O projeto de lei é resultado das pesquisas feitas por grupos ou pesquisadores independentes que diagnosticaram a mesma questão.¹⁶

Sedimentou-se uma linha de pesquisa com análises críticas sobre o controle da administração identificando gargalos administrativos, pela Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP)¹⁷, pelo programa da Escola de Formação

¹⁵ JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados — controlador ou administrador? *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, v. 47, p. 230, out./dez. 2014.

¹⁶ A obra coletiva *Contratações públicas e seu controle* congrega artigos sobre os atuais desafios ao controle, e do controle, para um sistema de contratações públicas eficiente, garantista e moderno. Nesta obra se encontra a proposta inicial do PL da Segurança Jurídica. Cf. SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. Na obra *Controle da administração pública*, Odete Medauar apresenta atualizada sistematização do controle e de suas instituições, traçando importantes pressupostos à linha de pesquisa. Cf. MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Na obra *Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias* há textos que versam especificamente o PL da Segurança Jurídica e reúne pesquisas discentes de grande valia para compreender o funcionamento real do controle da administração pública no Brasil. Cf. LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (Org.). *Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2016. Na obra coletiva *Controle da administração pública*, os mais relevantes artigos finais de disciplina homônima oferecida pelos professores Marcos Augusto Perez e Rodrigo Pagani de Souza se juntam a artigos autorais de professores para traçar um interessante panorama sobre os grandes temas em debate sobre o controle da Administração Pública. Cf. PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de (Coord.). *Controle da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. Entre os livros recentemente publicados relevantes à agenda do controle, cf. JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração complexa*. São Paulo: Malheiros, 2016; SAAD, Amauri Feres. *Do controle da administração pública*. São Paulo: Iasp, 2016; GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas regulatórias*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017; e SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (Org.). *Direito da regulação e políticas públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014.

¹⁷ Fundada em 1993, a Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP) se dedica à inovação no direito público. A instituição sem fins comerciais tem como principais valores a liberdade intelectual, plena dedicação de seus membros, não improvisação e aprofundamento. Em todas as iniciativas que desenvolvemos, almejamos sofisticação, comprometimento e qualidade para contribuir ao aprimoramento da gestão pública e de seu direito. A SBDP é presidida pelo professor Carlos Ari Sundfeld e vice-presidida pelos professores Floriano de Azevedo Marques Neto e Jacintho Arruda Câmara. A contribuição da SBDP para a construção do direito público brasileiro é incalculável: pesquisas de ponta para refletir os caminhos do desenvolvimento brasileiro, formação de profissionais de excepcional qualificação que hoje ocupam os mais prestigiosos cargos e ocupações jurídicas, formação de professores que são lideranças em pesquisa e docência nas principais universidades brasileiras, elaboração de projetos de lei

Pública (EFp)¹⁸, grupo de pesquisa da FGV Direito SP¹⁹, Grupo de Pesquisas do Controle da Administração Pública (GPCAP)²⁰ da Faculdade de Direito da USP; e a Lei 13.655/18 objetiva aclarar as seguintes questões.

A primeira delas é a validade das decisões administrativas subordinadas a princípios ou conceitos jurídicos indeterminados. Bastando a simples menção do princípio ou dizer que atenta contra os “princípios da administração pública” que será enquadrado como improbidade, sem mais explicações do raciocínio jurídico por trás da decisão. Ainda por cima inviabilizando a defesa eficaz do controlado que sequer compreende o ilícito cometido, não tendo efeito pedagógico algum, apenas intuito punitivista do gestor probo.

O que a LINDB coloca ao controlador é o ônus argumentativo, previsto no artigo 20. Admite-se continuar decidindo com base em princípios desde que considerem as consequências práticas de sua decisão²¹. A motivação

fundamentais ao aperfeiçoamento institucional e às garantias fundamentais são apenas pontuais exemplos. Disponível em: <https://sbdp.org.br/quem-somos/> Acesso em 10/1/2023.

¹⁸A Escola de Formação Pública – EFp foi criada em 1998 com o objetivo de formar uma grande rede de pessoas inovadoras, com espírito público e extraordinária formação jurídica. Ao longo de mais duas décadas, a EFp formou professores universitários, gestores públicos e advogados especializados. As pesquisas realizadas em seu âmbito são academicamente relevantes, tendo originado monografias, artigos e livros coletivos. <https://direitosp.fgv.br/linha-de-pesquisa/escola-formacao-publica-efp> Acesso em 10/1/2023.

¹⁹ Criado em 2017 o Grupo de pesquisa composto por professores, doutores, mestres e alunos de pós-graduação em Direito com ampla experiência em temas do mundo público, cujo objetivo geral é realizar acompanhamento permanente das atividades do Tribunal de Contas da União (TCU) e produzir balanços críticos de sua atuação. <https://direitosp.fgv.br/projetos-de-pesquisa/observatorio-tcu>

²⁰ Criado em 2013 pelo professor Floriano de Azevedo Marques Neto, o Grupo de Pesquisa do Controle da Administração Pública (GPCAP) congrega alunos de graduação, mestrado e doutorado da Faculdade de Direito da USP para estudar temas de controle da administração pública. Sua principal finalidade é compreender o cenário concreto do controle para, a partir de estudos qualificados, propor reflexões e caminhos para aprimoramento da gestão pública e da mecânica de controle. Em 2016, o GPCAP criou o projeto “Observatório do Controle da Administração Pública”, com pesquisas em curso sobre o controle das Agências Reguladoras pelo Tribunal de Contas da União. Muitos dos resultados da pesquisa, já debatidos em espaços acadêmicos, seminários e congressos, ensejaram reflexões sobre o PL da Segurança Jurídica.

²¹ Sobre a definição de consequências práticas e sua operacionalização à luz da nova LINDB,

verdadeiramente qualificada deve ser adequada ao caso concreto, para identificar possíveis alternativas e necessidade da medida.

Em segundo, comentado anteriormente, é a visão formalista do controle²², onde existem padrões, procedimentos estabelecidos e apenas essa forma é tida como válida. Não considerando o conjunto decisório que estava à disposição do gestor na época, nem as consequências da decisão tomada para futura responsabilização.

O artigo 22 visa dar um comando de sensibilização ao controlador da realidade brasileira. Sendo a administração a primeira a intérprete da norma posta e principal garantidora de direitos fundamentais à população, que pode cometer ilegalidades na persecução do interesse público sem consequências nefastas ou que se enquadre como improbidade.

A complexidade da função pública e dos desafios não cabem em planilhas estáticas, que facilitam o controle, mas a tutela se dá sobre a utilização da verba pública de forma eficiente à serviço do interesse público. Quando o controle extrapola seus limites, quem padece são os que dependem dessa atuação, uma vez que os gestores se acuam, e administrar envolve riscos que nem sempre devem culminar em sanções.

Fabricio Motta sinaliza consequências da postura do controle:

O alerta é válido e, ao meu ver, destaca situação ainda mais grave: o risco de afastar os bons gestores da administração públicas, os probos e bem intencionados que não querem arriscar seu patrimônio e sua reputação em razão de interpretações onipotentes dos órgãos de controle. O histórico descalabro na gestão pública brasileira deve ser objeto de prevenção e correção nos limites do ordenamento jurídico, sem soluções mágicas, decisionistas ou legitimadas unicamente em

cf. MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB. Indicando consequências e regularizando atos e negócios. *Revista de Direito Administrativo*, edição especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Lei no 13.655/2018), Rio de Janeiro, nov. 2018.

discurso moralizador ou de preservação da autoridade pública. (MOTTA, 2018)²³

Em terceiro, a incerteza das decisões administrativas. Uma vez que as fronteiras e limites do controle estão anuviados, qualquer tomada decisão fica sujeita a um extenso controle passando a percepção de “experiência teste” até que haja anuência do controlador.

Quando o controlador ao fiscalizar assume a competência administrativa deve-se deslocar além das prerrogativas as limitações que o gestor estava sujeito no momento decisório, caso isso não ocorra, pode ser desconstituída equivocadamente por uma visão restrita dos órgãos de controle.

Ao deliberar sobre uma ação administrativa deve-se cogitar sobre as possibilidades de tomada de decisão naquele contexto, sendo todas lícitas. Dai em diante avaliar a decisão do gestor com uma margem de razoabilidade, sem impor sua interpretação jurídica do fato e sim fazendo o esforço de traçar paralelos com as alternativas possíveis. Nessa marcha, preservando no limiar possível, a decisão do gestor adequando à legalidade se for o caso. Podendo fazer uso do termo de compromisso de ajuste de conduta previsto no Artigo 26 da LINDB.

O controle que excede sua função á subverte. Ao tutelar o bem público ostensivamente o torna refém de um regime ineficiente.

2.2.2. LINDB como a Lei da Segurança Jurídica

A Segurança Jurídica é um valor principiológico previsto constitucionalmente no Artigo 5°XXXVI da Constituição Federal, protegendo o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. Não reside apenas num

²³ MOTTA, Fabrício. Dilema entre controle de eficiência e de legalidade é falso. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, jan. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jan-11/interesse-publico-dilema-entre-controle-eficiencia-legalidade-falso>. Acesso em: 26.12.2022.

dispositivo, mas em todo ordenamento, em especial num Estado Democrático de Direito.

Segundo Humberto Theodoro Junior²⁴, esse princípio tem duas facetas. A primeira delas, é a segurança que deriva da previsibilidade das decisões que serão adotadas pelos órgãos aplicadores das normas. A segunda, é a segurança que se traduz na estabilidade das relações jurídicas definitivas. Outros juristas, como Almiro do Couto Silva²⁵, descrevem essas dimensões como subjetiva e objetiva, respectivamente.

É da Natureza do Direito, motivado pela necessidade de segurança ao longo da história, e foi concebido para dar estabilidade a uma sociedade capitalista. Esta necessidade está acima de outros valores e princípios abrangidos pelo direito. Não há como resguardar a liberdade, dignidade da pessoa humana, democracia e justiça social por decisões que não irão perdurar. Afinal, qualquer garantia fundamental tem por pano de fundo e sustentáculo a segurança jurídica.

Na síntese de CANOTILHO:

Os indivíduos têm o direito de poder contar com o fato de que aos seus atos ou às decisões públicas concernentes a seus direitos, posições ou relações jurídicas fundadas sobre normas jurídicas válidas e em vigor, se vinculem os efeitos previstos e assinados por estas mesmas normas. (CANOTILHO, J. J. Gomes. 2018)

No entanto, a estabilidade não se confunde com estagnação e deve ser permeável às mudanças que são instituídas por meio da procedimentalização, de forma a evoluir junto com a sociedade.

²⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. p.103. 2006.

²⁵ SILVA, Almiro do Couto E. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei no 9.784/99). *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 27, n. 57, p. 33-75, 2004.

A evolução da sociedade e dos institutos jurídicos é permanente. Como exemplo, a evolução do conceito de matrimônio, que era compreendido como a união de duas pessoas de gêneros diferentes, passou a ser duas pessoas do mesmo gênero e hoje pode se firmar matrimônio de mais de duas pessoas, independente do gênero.

Durante o processo de mudança, a segurança jurídica promove a consolidação do passado, como a prescrição. Ela também garante a certeza do presente, como, por exemplo, a anterioridade penal e tributária, e permite confiabilidade do futuro caso alguma relação jurídica seja estabelecida hoje e perdure pelo tempo determinado no contrato.

Como dito, o enrijecimento não deve ser uma das consequências da estabilidade, pois todo o Direito se amolda às novas necessidades sociais. O Legislativo inova dentro dos limites constitucionais, o Judiciário por meio de jurisprudência, o Executivo dentro das políticas públicas. É um equilíbrio dinâmico.

Atualmente, o Direito Público sofre uma crise de confiabilidade, que é nefasta tanto para o ambiente econômico quanto para os cidadãos. Grande parte dessa crise advém da insegurança promovida pelo próprio Estado nas relações com o particular. Na tentativa de diminuir esse ambiente tomado por insegurança, a LINDB propõem diversos mecanismos para a promoção da segurança jurídica, buscando previsibilidade e a confiabilidades dos cidadãos.

Segundo Floriano de Azevedo Marques Neto, um dos idealizadores da LINDB, a lei tem essas premissas:

E aí chegamos aos três vetores da segurança jurídica. A segurança jurídica tem uma vertente de estabilidade, na medida em que dá perenidade aos atos jurídicos e aos efeitos deles decorrentes, mesmo quando houver câmbios nas normas ou no entendimento que se faz delas. Tem um vetor de previsibilidade, protraindo mudanças bruscas, surpresas, armadilhas. E, por fim, tem um vetor de proporcionalidade (e de ponderabilidade), na medida em

que a aplicação do Direito não pode nem ser irracional, nem desproporcional. É, exatamente, nesses três sentidos que a lei Nº 13.655/18 veio reforçar a aplicação da segurança jurídica no âmbito do Direito Público. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. 2019)

Apresenta o regime de transição para interpretação ou orientação nova em seu Artigo 23, já que a inobservância deste pode resultar em responsabilização. O regime de transição se torna fundamental para que o indivíduo dessa relação jurídica possa se adequar sem surpresas ao novo entendimento.

Trouxe a vinculação às normas gerais da época para revisão de validade em seu Artigo 24. A atualização de arcabouço jurídico é permanente, no entanto sobre o mesmo fato jurídico podem incidir um conjunto diferente de normas ao longo dos anos. Um ato jurídico perfeito, válido e eficaz pode ser controlado levando em conta novos entendimentos e normas que sucederam após o ato? É claro que não, pois afronta o ato jurídico perfeito disposto no Artigo 5º, inc. XXXVI, CF. atos jurídicos perfeitos são regidos pela lei do seu tempo em qualquer circunstância.

A temporalidade disposta nesse artigo impõe o dever ao controlador de analisar as orientações gerais da época na revisão do ato, avaliando quais normas e informações se tinha a disposição do gestor para a tomada decisão. Isso é tão relevante, em especial no cenário da Covid-19, em que as orientações dos órgãos de saúde mudavam por uma pesquisa científica mais recente, em caso de revisão o controle poderia se basear na literatura científica mais recente e o administrador correria o risco de uma responsabilização errônea.

Os acordos em âmbito administrativos são utilizados desde a década de 1990 na esfera ambiental; acordos substitutivos de processo sancionador, acordos integrativos, processuais e de colaboração. O Artigo 26 nos dá um permissivo genérico de acordos, sem endereçar nenhum para que a administração possa celebrar compromissos para a solução de quaisquer controvérsias. Podendo ser firmados para eliminar irregularidades, incerteza

jurídica ou situação contenciosa, o dispositivo ainda exige oitiva do órgão jurídico e orienta a consulta de pública. A celebração deve sempre estar voltada às razões de relevante interesse geral. Qualquer interesse entre as partes caracteriza desvio de finalidade.

Quanto à melhoria das decisões administrativas, inaugurou-se o processo administrativo normativo. Em face da quantidade de regulamentos existentes em nosso ordenamento, os quais disciplinam grande parte dos direitos e garantias individuais, podemos admitir que essa não é a forma mais democrática para se legislar. É autoritária, pois não admite debate público, por essa razão a LINDB em seu Artigo 29, tenta estabelecer o mínimo de processo normativo para os regulamentos, através da consulta pública, trazendo esse debate a público evitando surpreender cidadãos e permitindo que se manifestem sobre o conteúdo da norma durante sua construção.

Estabelece o dever de publicidade das interpretações administrativas e controladoras, ou seja, as instituições devem criar mecanismos para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas. O disposto no artigo 30 apresenta algumas alternativas como regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. O propósito é a divulgação das interpretações de forma que o cidadão, gestor, governo e todos que estão submetidos possam ter clareza do que é lícito ou ilícito e alinharem suas condutas.

Com exceção dos regulamentos, existe a autovinculação prevista no art. 30, parágrafo único. As súmulas e consultas públicas geram uma justa expectativa de atuação, tanto do Estado como do indivíduo, quando desrespeitadas frustram a confiabilidade abalando a segurança jurídica que deve ser tutelada, impedindo o arbítrio nas decisões.

O particular, ao empreender, precisará de autorização para exercer sua atividade. Ao montar seu plano de negócio, deve se submeter aos limites regulatórios. Com a vigência da LINDB, não estará sujeito a ter seu pedido de autorização simplesmente negado “por razões de interesse público”, sem saber

o que alterar para obtê-la. Também não verá seu concorrente obter a autorização e ele não, mesmo que estejam em igualdade de condições.

Não correria o risco de um comércio estar em pleno funcionamento e ser surpreendido pela cassação da autorização, em razão de novo entendimento sobre os requisitos da atividade. Todas essas situações exemplificadas iniciam a jornada de retomada da confiabilidade na Administração Pública perante os administrados.

O ônus de fundamentação não é um constrangimento ao controlador, e sim ganho social para melhor compreensão das normas frente aos administrados e melhora a compreensão da autoridade à realidade, sendo a motivação qualificada fornecida também pelos gestores um retrato social fidedigno e de grande valia para diagnosticar déficit da atuação pública.

Em posse desse retrato das necessidades e limitações é possível desenhar políticas cada vez mais direcionadas e assertivas. O corpo técnico dos tribunais é extremamente capacitado, frequentemente, mais que a própria gestão. Por isso, sua orientação para suprir irregularidades, sugerir alterações para uma melhor adequação social e jurídicas são estimadas.

O diálogo com motivações qualificadas, de ambas as partes, tem o condão de sanar as dúvidas do controlador quanto ao ato revisionado, a preocupação dos gestores pela responsabilização, agiliza o procedimento e minora a chance de punibilidade, podendo se firmar um TAC²⁶ ou outra modalidade de acordo. Dessa forma, o Interesse Público estaria plenamente satisfeito e sem subversão da competência constitucional.

²⁶ É um instrumento regulamentado pela Instrução Normativa nº 4, de 21 de fevereiro de 2020, passível de ser celebrado pelos órgãos e entidades do Poder Executivo Federal, nos casos de determinada violação ou ameaça de lesão a algum direito coletivo, seja ambiental, do consumidor, da infância e juventude ou qualquer outro interesse de relevância social. É uma medida extrajudicial que busca a resolução do conflito sem a necessidade de ingresso de uma ação na Justiça, desde que atendidos os requisitos previstos no referido normativo.

Quando críticas são feitas a LINDB²⁷ sustentando que ela mesma enfraquece a segurança jurídica não se leva em conta que não inova a ordem jurídica, nem impede a punibilidade de agentes. Apenas traz institutos já consagrados e utilizados em outras áreas do direito. Quanto ao regime de transição de nova interpretação, tem inspiração na modulação de efeitos presente na lei da ADIN. A vinculação as normas da época, além de ser mandamento constitucional é um dos brocardos mais conhecidos “tempus regit actum”. Em relação aos acordos esse permissivo já existe na Lei da Ação Civil Pública em seu Artigo. 5, § 6º.

2.3. Dogmas enfrentados pelo Projeto de Lei

2.3.1. Combate à idealização do Direito

A LINDB se propõe a aprimorar a gestão pública por meio da segurança jurídica, para isso enfrenta alguns dogmas buscando suprir deficiências gerencias do Estado.

Existe uma impossibilidade fática de legislarmos sobre todas hipóteses de relações jurídicas e transações que os indivíduos numa sociedade tão complexa como a nossa podem criar.

A sociedade em desenvolvimento traz desafios aos operadores do Direito. Inovações no campo econômico, financeiro, farmacêutico, consumerista fazem com que essas demandas nos alcancem para estabilizar essas novas relações.

²⁷ Neste trabalho, trataremos o tema com maior profundidade no item 4.1. Contudo, para uma contextualização antecipada, a consultoria jurídica do TCU elaborou análise preliminar á proposta da Nova LINDB. Algumas das críticas a seguir: “pela proposta, o agente público pode ser negligente, imprudente e imperito que nada lhe acontecerá, pois estará isento de responsabilidade”, promoveria “interpretação casuística” e exigiria “o mais absoluto exercício de futurologia por parte do julgador”. No parecer, manteve a crítica “insegurança jurídica e a ineficiência da Administração Pública não são problemas que se resolvem com a criação de critérios de interpretação de normas, especialmente quando referidos critérios, pela sua textura aberta, trazem grande potencial para promover o efeito inverso do desejado, ou seja, mais insegurança jurídica e ineficiência”. <https://cdn.oantagonista.net/uploads/2018/04/PL-7448-2017-Inteiro-teor-Altera-LINDB-Parecer-Conjur-2018-04-20.pdf> Acesso em 18 de dez 2022.

Por exemplo, caso a CVM, Anvisa e Procon não dessem diretrizes mínimas de condução dessas iniciativas, inevitavelmente, questões acabarão no Judiciário para dirimir esses conflitos.

Sendo função do Direito estabilizar relações jurídicas devemos nos aprofundar nos temas e buscar a exata medida de direitos e deveres quando o arcabouço normativo preexistente não nos elucidar. Para a solução dessas questões contamos com os operadores do Direito em contato com o caso concreto a fim de que examinem particularidades e sopesem qual norma aplicar, cientes de que talvez nenhuma delas acomode integralmente a questão.

Assim, enfrentamos o dogma da completude do Direito²⁸. Seria impossível termos todos os comandos normativos com precisão, eliminando qualquer forma de subjetividade interpretativa. Infelizmente, operadores ainda procuram identificar nos princípios, regras, normas infralegais base para uma solução específica.

Eliminando a possibilidade de ponderação e solução jurídica que acomode melhor ao caso concreto. Não raramente as decisões tomadas pelos gestores, apesar de razoáveis, são anuladas pelos órgãos de controle.

Nesse sentido, o Artigo 20 LINDB quando menciona “alternativas” considera que o próprio texto normativo dá mais de uma possibilidade de interpretação, todas elas razoáveis. Por isso, a escolha entre as alternativas

²⁸ No século XIX, na França surgiu a “escola de exegese”. Essa doutrina sustenta que o direito positivo deve coincidir com o texto de lei, ao intérprete compete a atividade mecânica (lógica dedutiva). Havia a preocupação do direito ser modificado pelas convicções pessoais dos juizes. Nesse contexto Hans Kelsen, formula a *teoria pura do direito* defendendo que o direito é uma ordem normativa da conduta humana. Para ele, o direito é constituído essencialmente de normas jurídicas e estas formam parte de um sistema piramidal, por terem o fundamento de validade na norma que esta acima de si, até tudo culminar na ponta da pirâmide, junto à norma hipotética fundamental. A preocupação dessa teoria é a relação formal de atribuição de competências, então a indeterminação do conteúdo da norma é natural.

Norberto Bobbio, ao acolher a teoria de Kelsen, se debruça sobre as normas incompatíveis e as antinomias. Sugere, que a solução deve ser confiada ao intérprete [...]quase falar de um autêntico poder discricionário do intérprete, ao qual cabe resolver o conflito segundo a oportunidade, valendo-se de todas as técnicas hermenêuticas usadas pelos juristas por uma longa e consolidada tradição e não se limitando a aplicar uma só regra[...]. Portanto, admite que a coerência, apesar de ser uma exigência, não chega a ser necessário absoluta exclusão das antinomias como condição para o reconhecimento de um ordenamento jurídico.

KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito; VIGO, Rodolfo Luis. Interpretação Jurídica. Revista dos Tribunais, 1 ed. 2010.

deve ser feita considerando seu efeito prático e explicitado na motivação, essa será a salvaguarda do gestor público.

As leis são planos de ação para satisfação de determinado fim público, ao redigir o legislador delega competências a quem tem a melhor posição para decidir sobre a questão. Caso o controle se aproprie dessa competência concedida ao administrador há subversão do plano legislativo original. A insegurança jurídica reside justamente nessa subversão, onde a discricionariedade administrativa não é assegurada.

2.3.2. Combate à idealização dos fatos

Outro entrave a ser superado pela LINDB é a idealização das condições de ação do gestor. Não é tão claro como o primeiro, no entanto acaba produzindo responsabilizações mais contundentes para o gestor. Assim, o diálogo entre controlado e controlador é fundamental para a consecução dos fins do Estado contemporâneo.

O rol constitucional dos artigos 5º e 6º estabelecem direitos e finalidades sociais, num projeto nacional audacioso. O comprometimento para o alcance desses objetivos é de suma importância. No entanto, a implementação do projeto frente aos administradores responsáveis sofre pela falta de capacitação própria, dos servidores, carência de financiamento, mão de obra qualificada, dificuldades operacionais, organizacionais e estruturais.

Não basta arguir direito à educação, saúde e moradia quando as condições materiais de tornar esse projeto uma realidade são inexistentes ou deficitárias. O gestor público fica acuado entre atender o mandamento constitucional e os limites reais encontrados dentro da administração. Liminares, limitando o orçamento ou atrasando projetos em andamento, podem incidir em responsabilização frente ao controle.

Primeiramente, existe uma frequente falta de capacitação do servidor que assola a gestão pública e esse gestor sequer consegue compreender as

demandas do controlador. Em sede de motivação, também não consegue elucidar as alternativas disponíveis, a razão de ter escolhido uma delas, a malha complexa a que esta sujeito para melhor compreensão do controlador.

A motivação é pressuposto de validade do ato por compor um dos seus requisitos procedimentais, é o elo lógico-jurídico entre o cenário factual e o ato administrativo. Controlar a motivação é verificar se a atuação da administração pública é legítima perante o Estado Democrático de Direito, conforme dever constitucional estabelecido no artigo 93, inciso X CF e artigo 50 da Lei de Processo Administrativo.

Defende esse entendimento Maria Sylvia Zanella Di Pietro, no trecho a seguir de sua obra:

Ele está consagrado pela doutrina e pela jurisprudência, não havendo mais espaço para as velhas doutrinas que discutiam se a sua obrigatoriedade alcançava só os atos vinculados ou só os atos discricionários, ou se estava presente em ambas as categorias. A sua obrigatoriedade se justifica em qualquer tipo de ato, porque se trata de formalidade necessária para permitir o controle de legalidade dos atos administrativos.²⁹

Corroborando, José dos Santos Carvalho Filho, “Quanto ao motivo, dúvida não subsiste de que é realmente obrigatório. Sem ele, o ato é írrito e nulo. Inconcebível é aceitar-se o ato administrativo sem que se tenha delineado determinada situação de fato”³⁰. Contudo, para Hely Lopes Meirelles, a motivação somente será obrigatória se o ato administrativo for vinculado. Na hipótese de ato discricionário, a motivação é facultativa³¹. Nos filiamos ao primeiro entendimento, pois a administração deve destrinchar o suporte fático e

²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

³⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 36.ed. São Paulo: Atlas, 2022.

³¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 136-137.

jurídico que fundamenta sua decisão, além de relacioná-los com a satisfação do interesse público que legitima sua ação.

A boa administração pública está intimamente ligada à noção de Estado Democrático de Direito, tendo em vista a necessidade de prestação de contas (*accountability*) por parte dos gestores públicos aos cidadãos³². Em virtude do direito à cidadania, do direito de acesso à informação e da transparência pública, não seria possível falar em boa administração pública sem o livre acesso às razões de decidir da autoridade pública, sob pena de se legitimar o arbítrio na Administração.

De acordo com LINDB, a falta de motivação adequada pode invalidar um ato administrativo. No entanto, é importante considerar os efeitos práticos da anulação de um ato, especialmente quando isso pode afetar administrados, terceiros de boa-fé e até mesmo a própria administração. Nesses casos, é prudente manter o ato e, posteriormente, corrigir a ilegalidade. Dessa forma, evita-se causar danos desnecessários e garante-se a segurança jurídica das partes envolvidas.

Da incapacidade de motivar corretamente surge a ausência ou motivação insuficiente. Gerando, necessariamente, no controlador um exame mais minucioso até que o controlado forneça explicações capazes de complementar a motivação. Uma vez satisfeita, o controlador ainda pode não aceitar, recusar por insuficiência de razões jurídicas, fáticas ou por mera divergência.

Podendo a autoridade controladora apontar irregularidade de conduta do agente por culpa, conforme Artigo 22, §1º e quando ato eivado de ilegalidade decorrer de erro grosseiro ou presente o dolo acarretará responsabilização pessoal pelo Artigo 28.

³² FREITAS, Juarez. Direito fundamental à boa administração. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

O chamado da LINDB é justamente para às limitações que o gestor está exposto e restringem a conquista dos objetivos constitucionais de políticas públicas. O objetivo é a busca pelo aprimoramento da gestão, estabelecendo balizas claras de ação para os gestores dando mais segurança jurídica à gestão, ao particular, investidor. Longe de ser uma conspiração empresarial, é uma tentativa de modernizar o Direito Público que apegado ao excesso de formalismo não dá respostas adequadas às necessidades sociais. O dinamismo dessa necessidade não se adequa mais a Administração burocrática e ineficiente.

3. A QUEM SE APLICA A LINDB

Consta na maioria dos dispositivos o endereçamento claro às esferas “administrativa, controladora e judicial” (artigo 20, 21, 22, 23, 24 e 27). A Lei 13.655/18 se aplica a todos os órgãos e entidades da administração pública direta e indireta de todos os poderes, aos níveis federal, estadual e municipal, bem como as entidades privadas que desempenham serviços públicos delegados pelo Estado.

A lei estabelece normas sobre a interpretação de normas e o processo decisório no âmbito da administração pública, buscando garantir maior segurança jurídica e transparência nas decisões tomadas pelos agentes públicos.

Além disso, a LINDB também se aplica aos cidadãos que possuem relação com a administração pública, como aqueles que solicitam serviços, recursos ou informações, ou que são afetados pelas decisões dos órgãos públicos. Isso significa que a lei busca proteger tanto o interesse público quanto os direitos dos cidadãos que se relacionam com a administração pública.

Como tais relações estavam carentes de estabilidade e balizas claras de atuação, o pragmatismo jurídico introduz, segundo Rafael Carvalho Rezende de Oliveira³³, o antifundacionalismo, rejeitando a existência de entidades metafísicas, conceitos abstratos, imunes às transformações sociais; o contextualismo, que orienta a interpretação jurídica por questões práticas; e o consequencialismo, orientando que as decisões sejam tomadas a partir de suas consequências práticas.

³³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Ativismo judicial, pragmatismo e capacidades institucionais: as novas tendências do controle judicial dos atos administrativos. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, p. 9-36, out./dez. 2012.

3.1. O Artigo. 22 *caput*, §1º tem destinatário específico.

Ao contrário de toda LINDB, direcionada para esfera administrativa, controladora e judicial, se excetua o artigo 22 e seus parágrafos por terem um direcionamento mais restrito e devem ser lidos em conjunto, pois mesmo exigindo a contextualização o *caput* é genérico, e o parágrafo foca no controle.

O parágrafo primeiro descreve uma atividade típica de controle, “Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato”, mas também inclui os gestores, afinal, exercem a tutela de atos administrativos anteriores e em perspectiva para o futuro.

Pela discricionariedade, os gestores podem optar por medidas que não sejam ideais na perspectiva do controlador, mas sendo ela razoável recebe a proteção legal. Exigindo do controle a análise das circunstâncias em que foi tomada, caso a motivação não contenha essa descrição de fatos e sopesamento de possibilidades ao alcance da administração, cabe ao controle requerê-las ao gestor.

Alexandre Santos de Aragão³⁴, assevera a posição delicada do gestor em seus ensinamentos:

“ No direito administrativo, muitas vezes as previsões abstratas das normas, e a interpretação que delas fazem alguns órgãos de controle, não possuem maleabilidade suficiente para dar conta de todos os casos concretos com os quais o administrador público se depara em seu dia a dia, colocando-o diante de um difícil dilema: cumprir cegamente a letra da lei e deixar perecer alguma necessidade pública premente ou a implementação eficiente da política pública a seu encargo; ou interpretá-la inteligentemente, à luz dos seus fins sociais, atendendo aos objetivos públicos que estão ao seu encargo, mas não sua letra fria e isolada, sujeitando-se, por essa razão, sanções. Sua grande falta teria sido realizar materialmente os objetivos da norma e do direito, mas não cumprido a sua regra abstrata e isolada tal como interpretada, mais ortodoxamente, por alguns órgãos de controle.”

³⁴ Aragão, Alexandre Santos. Artigo 21. IN: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Coord.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas* sociedade democrática. Brasília, Senado Federal, 2015.

O controle não fica submetido aos obstáculos e dificuldades descritos na motivação, com uma visão mais apurada e técnica pode ele mesmo identificar mais obstáculos contidos no contexto narrado, mesmo que o gestor não os tenha mencionado. Caso, não venha a identificar na motivação “dificuldades reais”, que não impactaram ou limitaram suficientemente a atuação administrativa como gestor alega, pode as desconsiderar.

A norma exige apenas a consideração desses fatos, não foi criada um subterfúgio para que gestores negligentes utilizem evitando serem responsabilizados. Em última instância, a vontade e percepção do controle prevalecem, pois a atividade é fundamental para o bom funcionamento estatal, primando pelo interesse público primário ao fiscalizar a aplicação dessa verba. O único objetivo da LINDB é aprimorar o controle para corrigir determinadas disfuncionalidades (cap. 3).

Ao identificar e concordar com as dificuldades apontadas na motivação, como as levar em consideração? As lições de Eduardo Jordão esclarecem:

Nas hipóteses relativas a dificuldades fáticas, o que o projeto faz na realidade é interferir na hipótese fática sobre a qual deverá o controlador regerá o caso concreto), leve em consideração todas as suas circunstâncias fáticas relevantes e não se limite a uma enunciação simples. Dito de outro modo, as circunstâncias fáticas limitadoras da atuação do agente passarão a compor a hipótese fática complexa cuja regulação será identificada pelo controlador no direito. Neste sentido, de um ponto de vista teórico, o que o *textura aberta* dos enunciados normativos, que *lícitos* – e não como ilícitos. Não se trataria, neste sentido, de violar a lei, mas de interpretá-la inteligentemente ou adequadamente. (JORDAO, Eduardo. 2018. Op. Cit.).

Os autores do projeto compreendem que a forma como o direito vem sendo interpretado e aplicado, não exclusivamente pelos controladores, esteja gerando deficiências gerenciais relevantes. O projeto estabeleceu uma dose de pragmatismo e contextualização para reduzir esses entraves jurídicos e culturais.

4. MODELOS ADMINISTRATIVOS

4.1. Evolução da Administração

Com a transferência da corte portuguesa para o Brasil, se iniciou a administração aparelhada e organizada. Antes disso, a colônia era uma unidade política centralizada, onde não havia hierarquia e definição de competência. A mudança sedimentou as bases do Estado Nacional e o surgimento em território nacional do primeiro modelo administrativo, o patrimonialismo.

Originário dos estados absolutistas europeus, sua maior característica é a falta de distinção clara entre o público e o privado. Pois o soberano centralizava tudo em si, seu patrimônio era confundido com o do Estado, desse montante saíam valores para financiar desde guerras até bailes particulares.

Outra característica é a lealdade ao soberano, afinal sua investidura no poder era pelo divino. Como qualifica Max Weber³⁵ na teoria da dominação, em que busca compreender o princípio da autoridade, existem três tipos puros de dominação, e o poder exercido pelo monarca é legitimado pela dominação tradicional. Bergue³⁶, assegura que os servidores públicos nesse modelo administrativo são tratados como empregados pessoais do governante por não haver delimitação público privada.

Nesse contexto, o nepotismo, clientelismo e corrupção para a ocupação dos cargos eram regra. Sempre distribuídos em benefício próprio, nunca por interesse público ou habilidades técnicas para se ocupar a posição, e sim por

³⁵ No cerne de relações sociais, moldadas pelas lutas, Max Weber percebe de fato a dominação, dominação esta, assentada em uma verdadeira constelação de interesses, monopólios econômicos, dominação estabelecida na autoridade, ou seja, o poder de dar ordens, por isso ele acrescenta a cada tipo de atividade tradicional, afetiva ou racional um tipo de dominação particular.

³⁶ BERGUE, SandroTrescastro. Modelos de gestão em organizações públicas: teorias e tecnologias para análise e transformação organizacional. Caxias do Sul, RS:EDUCS . 2011.

confiança, proximidade, sinecuras. A relação de cada empregado se torna pessoal com soberano, independente de sua função.

Com o retorno da Família Real para Portugal em 1820, se esvaziam os cofres brasileiros. No entanto, Dom João deixara um início de máquina pública no país, com empregos associados ao modelo patrimonialista. Em 1822 é declarada nossa independência e conseqüentemente nossa primeira constituição, estabelecendo o poder moderador para controle dos atos da Assembléia Geral e da Câmara dos Deputados.

Um grande abalo econômico ocorreu com a abolição da escravatura, por ser uma das bases do Brasil colônia e no império. Somado a guerra do Paraguai em 1889, colabora para o desmanche do império brasileiro, facilitando a tomada do poder pelo exército instaurando a República velha, que se manteve no modelo administrativo patrimonialista.

Houve uma grande descentralização após o advento da constituição de 1881, que decretou o federalismo e adoção do presidencialismo. O Brasil passou por grandes transformações durante a República velha com a diversificação da economia, primeiro ciclo de industrialização e urbanização, o que evidenciou a decadência e fragilidade desse modelo administrativo que não era mais capaz de servir a sociedade.

Infelizmente, a administração patrimonialista ainda repercute nos dias de hoje por meio da corrupção sistêmica e troca de favores (clientelismo), não se persegue mais o interesse de um monarca, e sim de determinado grupo que esteja no poder.

O modelo burocrático teve início da década de 1930, como foco na correção da vulnerabilidade do modelo anterior e tem por característica a distinção nítida da esfera pública e privada. Para combater a corrupção, é voltado a competência técnica e meritocracia, impessoalidade, desconfiança prévia, hierarquia, legalidade e padronização de rotinas (formalidade).

Na teoria da dominação de Max Weber, esse modelo se encaixa como dominação racional-legal. É a antítese perfeita do modelo anterior que era o tradicional. Aqui não é patriarcal ou hereditária, nesse tipo de dominação o poder (a legitimidade) se estabelece pelo cargo e hierarquia dele.

Com a crise da bolsa de Nova York em 1929, o Brasil foi afetado economicamente pela queda na exportação do café. O então Presidente, Getúlio Vargas viu a necessidade de se fazer a transição do Brasil agrário, para o industrial. Em 1938, Vargas cria o Departamento Administrativo de Serviços Públicos – DASP, com o objetivo de modernizar o Estado moderno através de uma burocracia profissionalizada³⁷. É o marco inicial do modelo burocrático brasileiro.

A formalidade e legalidade buscam tirar do agente público a discricionariedade individual, partindo do ponto de vista da desconfiança do administrador por isso a padronização de procedimentos, formalização de decisões, formalização de processos internos e controle rígido. As tarefas dos empregados são formalmente estabelecidas de maneira a garantir a continuidade do trabalho. A impessoalidade deixa claro para os próprios servidores que a posição hierárquica não pertence a eles, mas sim ao cargo que estão ocupando, evitando a apropriação individual do poder, prestígio ou benefícios. A meritocracia, é uma reação ao nepotismo praticado no modelo anterior, exigindo-se pelo concurso público ampla concorrência, onde o mais técnico é premiado e critérios de senioridade na função e desempenho para a promoção no cargo.

A preocupação com a eficiência organizacional é central no modelo burocrático. Os valores de eficiência e econômica impõem a alocação racional dos recursos, aqui se traduz como uma preocupação com a alocação racional das pessoas dentro da estrutura organizacional. Por outro lado, o respeito a

³⁷ PAULA, Ana Paula Paes de. Por uma nova gestão pública: Limites e potencialidades da experiência contemporânea. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.

eficiência administrativa estava ligada ao estrito cumprimento dos procedimentos estabelecidos, não os seus resultados.

A partir da constituição de 1937, as disfunções desse modelo administrativo tornam-se aparentes com o excesso de formalismo e papelada, exibição de sinais de autoridade, superconformidade com as rotinas e procedimentos, despersonalização do relacionamento, manutenção do status quo causando a falta de proatividade dos servidores. O controle se transformou na razão de ser do funcionário, o Estado voltou-se para si mesmo não servindo a sociedade. O modelo burocrático se tornou autorreferente.

Conforme trecho da obra de Leonardo Secchi³⁸ dispõe:

Robert Merton (1949) elaborou a crítica mais incisiva e direta ao modelo burocrático, analisando os seus efeitos negativos sobre as organizações e outras esferas da vida. Esses efeitos negativos foram chamados de disfunções burocráticas: o impacto da prescrição estrita de tarefas (*red tape*) sobre a motivação dos empregados, resistência às mudanças, e o desvirtuamento de objetivos provocado pela obediência acrítica às normas. Outro aspecto levantado por Merton (1949) é o abuso da senioridade como critério para promoção funcional que, segundo o pesquisador, pode frear a competição entre funcionários e fomentar um senso de integridade e corporativismo entre os funcionários, causando um destacamento dos interesses dos destinatários/clientes dos serviços da organização. Ademais, a impessoalidade levada ao pé da letra pode levar a organização a não dar atenção a peculiaridades das necessidades individuais. Merton (1949) ainda enumera a arrogância funcional em relação ao público destinatário, em especial no serviço público, pois, em muitos casos, o funcionalismo público goza de situação de monopólio na prestação de serviços. (SECCHI, Leonardo. Modelos organizacionais e reformas da administração pública)

Durante o regime militar, com o Decreto Lei 200/1967 houve uma tentativa de descentralização. As atividades foram transferidas para autarquias, fundações e empresas públicas, para liberar a estrutura central da execução. Em consequência disso a produtividade aumentou, profissionalização e o

³⁸ SECCHI, Leonardo. Modelos organizacionais e reformas na administração pública. Revista de Administração Pública FGV. Rio de Janeiro. 2009. Disponível em <https://www.scielo.br/j/rap/a/ptr6WM63xtBVpfvK9SxJ4DM/?format=pdf&lang=pt> Acesso em 20 fev. 2023.

aperfeiçoamento do servidor público, fortalecimento do concurso para ingresso e maior autonomia aos dirigentes³⁹. Essa iniciativa, apesar de positiva não teve impacto suficiente sobre o modelo burocrático.

Após a Constituição Federal de 1988, a administração sofre um profundo enrijecimento burocrático. Somadas as condutas ainda existentes do modelo patrimonialista o resultado é o alto custo para manter o rígido controle, baixa qualidade da administração pública e crescente insatisfação do cidadão que nota a incapacidade do Estado em atender as políticas públicas necessárias.

O enfoque gerencial da administração pública se manifestou na Grã-Bretanha no governo de Thatcher (1979) e nos EUA Reagan em 1980. O modelo configura um avanço, mas sem romper com os princípios da administração burocrática.

Durante a década de 1990 o modelo gerencial vai se consolidar como paradigma da administração pública, em resposta a grande crise burocrática na década de oitenta, impôs o dever de reconstruir e a globalização de redefinir a função do Estado⁴⁰.

Na verdade, o gerencialismo se apoia na burocracia, conservando seus preceitos básicos, como a admissão de pessoal segundo critérios rígidos e no sistema de remuneração estruturado, entre outros preceitos. A diferença existe na maneira como é feito o controle, que passa a se concentrar nos resultados e não mais nos processos em si. Procurando garantir a autonomia do servidor para atingir resultados.

³⁹ COSTIN, Claudia. Administração Pública. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

⁴⁰ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração burocrática à gerencial. *Revista do Serviço Público*, v. 47, n. 1, 1996.

A reforma gerencial no Brasil é promovida pelo Ministério da Administração e Reforma do Estado (MARE), durante o primeiro governo do Fernando Henrique Cardoso foi uma das diretrizes da sua gestão para garantir flexibilidade, ênfase nos resultados, não nos procedimentos, foco maior no cidadão cliente, permitindo o equilíbrio nas contas públicas e aumentando a capacidade estatal de ação.

Nesse projeto é incluída a flexibilização do estatuto de estabilidade dos servidores públicos, com o objetivo da aproximação do mercado de trabalho público do privado. Em 1995 é aprovada pelo congresso nacional e transforma a administração pública de burocrática em gerencial. Não existe um consenso entre os doutrinadores para o marco entre um modelo e outro, alguns consideram o Decreto Lei 200/67 como primeiro passo nessa jornada de mutação, mas a maioria considera a década de 1990 como marco inicial.

É importante dizer que em nenhuma época foi possível um modelo puro, o que ocorre é que em determinados períodos notam-se características de certos modelos. Logo, experiências positivas de outros modelos são mantidas. Não se exclui completamente o modelo burocrático, pois tem características que ainda são válidas para coibir práticas de benefícios patrimoniais. A administração gerencial conserva rígidos critérios de mérito, e apoia a existência de um sistema estruturado e universal de remuneração (carreiras), avaliação constante de desempenho e treinamento sistemático.

A nova gestão pública buscou ferramentas e inspiração no setor privado, trazendo a lógica de mercado para dentro do setor público focando na eficiência, eficácia, competitividade, economicidade e *accountability*⁴¹. O controle dessa gestão esta totalmente focado nos resultados, não nos processos como a burocrática.

⁴¹ Literalmente *accountability* significa a prestação de contas por parte de quem foi incumbido de uma tarefa àquele que solicitou a tarefa (relação entre o agente e o principal). A *Accountability* pode ser considerada o somatório dos conceitos de responsabilização, transparência es controle.

A régua de satisfação desse modelo é atender as necessidades do cidadão cliente. Os resultados não são considerados bons porque os processos administrativos estão sob controle, mas sim porque uma sociedade está satisfeita com o serviço público, com a agilidade em atender as necessidades do cidadão.

Alguns autores como Leonardo Secchi⁴², Humberto Falcão Martins e Caio Marini⁴³ defendem que estamos num novo modelo, o de governança pública, mas esse entendimento é minoritário. Tomamos o termo emprestado da área empresarial e representa um conjunto de princípios básicos para aumentar a efetividade de controle por parte de *stakeholders*⁴⁴ e autoridades de mercado sobre organizações privadas de capital aberto.

Essa definição traduz uma mudança no papel do Estado, menos hierárquico e populista, na solução dos problemas públicos. É um modelo horizontal de relação entre atores públicos e privados no processo de elaboração de políticas públicas. A governança na perspectiva pública faz um resgate, diminuindo a relevância de critérios técnicos nos processos de decisão e um reforço de mecanismos participativos de deliberação na esfera pública.

Tem como característica estruturas e interações. As estruturas funcionam por meio de hierarquia, mecanismos autorregulados e mecanismos horizontais de cooperação.

Para nós, esse é um movimento real na administração pública. Inclusive, vai ao encontro da LINDB, porque uma de suas razões também é dar segurança jurídica para o mercado ao tratar com a esfera pública. Apenas discordamos

⁴² SECCHI, Leonardo. Modelos Organizacionais e reformas na Administração Pública. Revista de Administração Pública FGV. Rio de Janeiro, vol 43, Pag 347-369, abril de 2009. Op. Cit. <https://www.scielo.br/j/rap/a/ptr6WM63xtBVpfvK9SxJ4DM/?format=pdf&lang=pt> . Acesso em 8/2/2023.

⁴³ MARTINS, Humberto Falcão. MARINI, Caio. Governança Pública Contemporânea: uma tentativa de dissecação conceitual. Revista do TCU, vol 130, maio/agosto 2014.

⁴⁴ Termo criado pelo Professor Robert Edward Freeman, em 1963. Define-se como “*grupos e indivíduos que, de uma forma ou de outra, apresentam algum nível de interesse nos projetos, atividades e resultados de uma determinada organização*”.

que seja um novo modelo independente, e sim uma evolução do modelo gerencial que buscava por ferramentas de eficiência junto a esfera privada.

4.2. A cultura do hipercontrole público

Neste tópico partimos da premissa que o hipercontrole é uma disfunção no controle externo. Presente quando se fomenta comportamentos prejudiciais a própria administração.

Christopher Hood ⁴⁵assevera disfuncionalidades administrativas em sua época que nomeia de superorganização e suborganização, gerando inefetividade e decisões contraproducentes. Depara-se com o fenômeno *Big stick syndrome*, que é a utilização de mecanismos complexos, maiores para problemas simples que poderiam ser solucionados de forma mais enxuta e econômica.

Como resultado dessa síndrome em que mecanismos desproporcionais são utilizados acaba por estimular a atitude que se pretendia reprimir. Para ilustrar, o autor exemplifica como penas severas para infrações leves na Inglaterra, fez com que posteriormente não se reconhecesse mais a culpabilidade, simplesmente porque os juízes não queriam sentenciar o sujeito a pena de morte por um roubo de gado. Assim, acabou-se por estimular o furto. na administração, ocorre o mesmo, numa licitação que se sabe a dificuldade de implementar um reequilíbrio econômico financeiro é possível que seja superfaturada, em outra que exista sanções severas demais por atraso do objeto e um prazo exíguo, os licitantes deixam de se interessar. Quando, antes de assumir um cargo executivo são feitas blindagens patrimoniais com justo receio, e posteriormente mesmo frente a uma condenação concreta não se ressarce o dano ao erário causado pelo ímprobo.

⁴⁵ HOOD, Christopher. Administrative diseases: some types of dysfunctionality in administration. **Public Administration**, v. 52, n. 4, p. 439–454, 1974.

Ao investigarmos quais justificativas produzem a cultura do hipercontrole é determinante olharmos para quão ruim é a imagem popular dos nossos gestores ou qualquer um ligado a administração. Está arraigado no imaginário popular e identidade nacional essa figura corrupta que deve ser ostensivamente vigiada para que não se aproveite dos mecanismos a sua disposição.

Em uma sociedade atenta, o denunciismo⁴⁶ tem muito valor porque a denúncia capta a atenção do cidadãos e ata um certo discurso político favorável ao seu viés, com escândalos de corrupção, às vezes pouco ou superficialmente averiguados. Faz-se questão de coberturas jornalísticas⁴⁷ exaustivas sobre o mesmo fato e a sensação causada no telespectador é de desconfiança. Apesar da mídia não ser o causador, sua atuação majora esse sentimento gerando desgosto e antipatia pelo setor público.

Esse cenário de desilusão e caos é propício para que surjam personalidades atacando a corrupção para promoção pessoal e são comuns levantes esporádicos como passeatas e marchas exigindo uma resposta de autoridades.

⁴⁶ Pierre Rosanvallon trata do *denunciismo* desde a revolução francesa até os dias atuais, quando analisa o papel da mídia: “Revolutionaries celebrated what they called “the electricity of denunciation” because it was seen as one aspect of an important form of civic participation, namely, the monitoring of government actions by way of publicity (...) To be sure, the journalism of redemptive denunciation adapted in various ways to different political contexts. From the point of view of intellectual history, however, its history is relatively coherent. Although sensibilities have changed, a continuous thread runs from the pamphleteers of the French Revolution to the investigative journalism of today. (ROSANVALLON, 2008, p. 41-48). SANTOS, Rodrigo Valgas dos et al. Disfunções do controle externo sobre os agentes públicos: risco, medo e fuga da responsabilização. 2020.

⁴⁷ “Toda a vida das sociedades nas quais reinam as modernas condições de produção se apresenta como uma imensa acumulação de *espetáculos*. Tudo o que era vivido diretamente tornou-se uma representação. (...) A sociedade que se baseia na indústria moderna não é fortuita ou superficialmente espetacular, ela é fundamentalmente *espetaculoísta*. No espetáculo, imagem da economia reinante, o fim não é nada, o desenrolar tudo. O espetáculo não deseja chegar a anda que não seja ele mesmo.” (DEBORD, 1997, p. 13 e 17) SANTOS, Rodrigo Valgas dos et al. Disfunções do controle externo sobre os agentes públicos: risco, medo e fuga da responsabilização. 2020.

O controle busca dar respostas urgentes por meio da sua própria atividade, elevando mais os padrões de rigidez, correndo o risco de suprimir direitos e garantias individuais e ainda assim esse comportamento é justificado como se acabar com a corrupção fosse um valor superior, transcendente aos demais. Quanto a isso, é relevante ressaltar que a segurança jurídica é o sustentáculo de todos os direitos e garantias individuais, abrir exceções em nome de um “mau maior” abala todo o sistema normativo.

Como consequência, a postura ativista do controle é mais proeminente. Por assim dizer entenda-se Judiciário, Ministério Público e Tribunais de Contas. Confirmando esse viés o resultado de uma pesquisa feita pela Associação dos Magistrados Brasileiros⁴⁸, pedia para que respondessem algumas questões.

Uma delas era a seguinte *“Desde a Constituição de 1988, o Poder Judiciário vem expandindo sua presença na sociedade brasileira. Indique a alternativa com a qual mais se identifica.”*. Dezesete por cento dos magistrados optaram pela seguinte alternativa *“A presença do Poder Judiciário em diferentes dimensões da vida brasileira é um fenômeno prejudicial à democracia, pois pode levar a que o Judiciário exerça papéis substitutivos ao dos poderes políticos”*.

Trinta e cinco por cento dos magistrados optaram por essa *“A presença do Poder Judiciário em diferentes dimensões da vida brasileira é um fenômeno positivo para a consolidação da democracia no país, na medida em que favorece a ampliação de direitos que não encontram passagem no Poder Legislativo”* e quarenta e cinco por cento responderam *“A presença do Poder Judiciário em diferentes dimensões da vida brasileira é um fenômeno positivo para a consolidação da democracia no país, na medida em que propicia um maior controle do funcionamento dos poderes Executivo e Legislativo”*.

⁴⁸ A pesquisa Quem Somos: a magistratura que queremos realizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB. Rio de Janeiro, novembro de 2018. <https://www.conjur.com.br/dl/pesquisa-completa-amb.pdf> Acesso em 28/01/2023.

É possível identificar pelas respostas o desejo que o protagonismo judicial aumente em detrimento de outros poderes, e essa postura se estende aos demais órgãos. Fomentando a instauração de ações de improbidade sem fundamento legal ou simplesmente porque violam a “moralidade administrativa” ou “princípios da licitação”. Para conter essa situação que o artigo 20 da LINDB estabelece que não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Assevera Ingebord Maus sobre a regressão institucional ocorrida nessas hipóteses:

Quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social — controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática. No domínio de uma Justiça que contrapõe um direito "superior", dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado e da sociedade, é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social (MAUS, 1989 pág. 189).

A ampla discricionariedade na interpretação e aplicação das leis é uma preocupação crescente, pois a segurança jurídica vem sendo afetada. O esvaziamento do raciocínio jurídico e da demonstração dele abre margem para caminhos escusos, inclusive dentro do controle que poderá manipular argumentos jurídicos conforme sua vontade.

Para a racionalização da decisão deve ocorrer um processo valorativo intuitivo de modo espontâneo, sem esperar chegar ao ponto “A”. As informações nos autos, esclarecimentos, demais acórdãos e entendimentos da corte vão me conduzir a uma conclusão. Agora, caso inicie pela conclusão e depois busque fundamentos para suporta-lá dando uma aparência de racionalidade a uma decisão fundada em impulsos e vontades estarei fraudando o raciocínio jurídico. E o instrumento mais utilizado para esse tipo de racionalização consiste na invocação de valores abstratos.

4.3. A revolução da atividade administrativista: o controle pelas consequências e o artigo 20

O sistema normativo nos oferece uma vasta gama de padrões abstratos, e mesmo assim é insuficiente para contemplar todas as soluções de casos concretos. Existe uma dificuldade na aplicação desses dispositivos pela variedade de soluções possíveis e incidem ao caso concreto.

Atualmente se intensificou a edição de normas superiores com alto grau de abstração. A Razão disso é heterogeneidade das casas legislativas, antigamente por apenas determinado grupo deter o poder social as opiniões eram similares pois tinham o objetivo de continuar agindo em interesse de seu próprio grupo social. Hoje, a democratização conduziu à maior representatividade nos parlamentos, temos diversos grupos de interesse dentro dessas casas discutindo projetos relevantes à sociedade.

No entanto, para que projetos sejam aprovados, há um verdadeiro cabo de guerra entre grupos com interesses divergentes. Portanto, para que a norma tenha seu processo legislativo facilitado, é necessário encontrar um equilíbrio entre esses grupos e alcançar um consenso ou o menor número de opositores possíveis, para isso, sua redação é mais genérica e o dispositivo aberto. Ademais, quanto maior especificidade uma norma, tanto maior é a possibilidade da sua inadequação para solucionar casos concretos.

De acordo com Robert Alexy⁴⁹, tanto as regras como princípios são normas, pois se formulam através de expressões deônticas fundamentais, como mandamento, permissão e proibição. A distinção entre eles é que princípios ordenam que algo seja feito na maior medida possível, como ele conceitua, são mandados de otimização. Já as regras apenas podem ser cumpridas ou não, são determinações e num conflito uma delas deve ter cláusula de exceção ou ser declarada inválida, porque sua aplicação é total ou nenhuma.

⁴⁹ HECK, Luis Afonso. Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy.

O princípio impõe padrões gerais e ao aplicador o dever de construir uma solução para o caso, levando em consideração as circunstâncias e nuances da realidade. A generalidade que lhes é característica propicia o potencial conflito entre os diversos princípios, resultando num alto grau de indeterminação jurídica. a diversidade de princípios dá a oportunidade a multiplicidade de soluções decisórias.

Por esses princípios representarem direitos de grande vulto como “interesse público”, “dignidade da pessoa humana” ou “princípio da licitação”, valores indiscutivelmente relevantes num Estado de direito, podem abrir margem para o simplismo decisório ou superficialidade argumentativa, como se bastasse a invocação dele para que todos os outros argumentos pereçam.

São valores tão genéricos que poderiam ser utilizados para defender o argumento inverso também. Infelizmente, podem ser manipulados `a gosto do intérprete, pois nenhuma decisão concreta pode ser extraída. Produzindo grande insegurança jurídica ao serem fundamentos únicos de uma decisão.

Como Adverte Marçal Justen Filho, no seguinte trecho:

Nesses casos, a invocação a fórmulas gerais e imprecisas funciona como psicológicos indeterminados. Em muitos casos, essa decisão até pode se condimensão retórica, destinada a impedir a crítica e a ocultar a solução arbitrária adotada. (JUSTEN FILHO, RDA, 2018. Pag.22).

A consagração de normas gerais abstratas, que afirmam a prevalência de valores de grande relevo são oportunidade para práticas desviadas por autoridades, ao invés de colocarem a realização desses fins de interesse coletivo.

Inconsistência diagnosticada por Carlos Ari Sundfeld, como uma arma de “espertos e preguiçosos”⁵⁰. Pode servir para que controladores decidam sem enfrentarem os fatos, analisarem o ordenamento jurídico e até substituam o administrador público em sua discricionariedade sem motivação.

Conceitos abertos e indeterminados permitiram com que os órgãos de controle ampliassem seu espectro de poder para além do que instituído na Constituição Federal de 1988, como demonstrado pela pesquisa de André Janjácomo Rosilho⁵¹.

A permeabilidade do sistema jurídico a normas de caráter aberto é um fato. No entanto, a decisão baseada em valores jurídicos abstratos, não apoiado em normas concretas, não pode servir como uma cláusula transcendente. Não são um argumento de autoridade hermenêutica, sem que o decisor tenha o dever de perquirir os efeitos dessa decisão.

O artigo 20 da LINDB não veda que a decisão seja fundamentada em valores abstratos, mas coloca o ônus da concretização das possibilidades e efeitos nas circunstâncias reais. Toda decisão resulta de um processo lógico, o problema está na ausência de exposição clara desse processo de concretização e ponderação realizado pela autoridade, contudo, a motivação do ato deve constar obrigatoriamente como requisito de validade (assunto tratado no capítulo 4).

O dever de motivar é reforçado pela LINDB, como dever de indicar as consequências previstas pelo gestor. O dispositivo também exige que as alternativas sejam avaliadas e sopesadas. Por isso, as críticas sobre a LINDB ser um empecilho ao controle não prosperam, conforme previsto, a decisão é mais controlável já que se tem acesso às suas razões.

⁵⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. Direito administrativo para céticos. São Paulo, Editora Malheiros, 2014.

⁵¹ ROSILHO, Andre Janjácomo. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. Tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da USP em 2016.

Quanto aos controladores, para não subverterem a competência constitucional do administrador é indicado que tenham uma postura de deferência⁵² à capacidade institucional da Administração Pública. Nela, se avaliam capacidades e aptidões, recursos, conhecimento aprofundado na matéria para identificar qual é o melhor lugar para que determinada decisão seja tomada ou qual instituição tem a maior profundidade técnica. Deve-se reconhecer que o poder executivo tem mais aptidão para tomar decisões em relação a políticas públicas, por exemplo, e não cabe ao Tribunal reformar prioridades de uma gestão.

O artigo 20 confere um racional consequencialista das decisões pautadas em conceitos abstratos, impondo aos controladores que prestem deferência ao administrador, apreciando circunstâncias e consequências ao cotejar o ato com valores abstratos presentes no ordenamento. (JUSTEN FILHO, RDA, 2018. Op. cit).

Em relação ao parágrafo único, estabelece que a motivação deve ter um viés de proporcionalidade⁵³. Sendo esse o guia das escolhas públicas, busca-se atender ao interesse público, ao mesmo tempo em que procura a forma menos gravosa aos direitos alheios.

Para a aplicação desse princípio, são usados outros três subprincípios: (i) adequação, (ii) necessidade e (iii) proporcionalidade em sentido estrito. Para a adequação, avaliamos se a medida adotada tem o condão de proporcionar o resultado esperado. Por sua vez, a necessidade exige a inexistência de meio menos gravoso para se alcançar o resultado pretendido, ou seja, é uma proibição a medidas mais gravosas. A proporcionalidade em sentido estrito, impõe o

⁵² A doutrina na deferência advém da construção da Suprema Corte Americana, segundo, se houver um processo administrativo e uma fundamentação adequada para a Administração escolher uma, entre várias interpretações plausíveis do ato normativo, o judiciário não deve substituir a interpretação plausível da administração pela sua própria, salvo se aquela não for razoável. Essa premissa se baseia no fato de que existem atos administrativos de natureza técnica, cuja competência é privativa da Administração Pública, a qual não pode ser substituída nessa tarefa por outra entidade. NETO, Floriano de Azevedo Marques; FREITAS, Rafael Vêras. Comentários à Lei Nº 13.655/2018. Belo Horizonte, editora Fórum, 2019. Pag 34.

⁵³ “este princípio revela, portanto, a justa medida entre os interesses presentes na ponderação e determina que, na relação desses interesses entre si, deve a composição ser proporcional à luz do interesse público em causa”. DUARTE, David. *Procedimentalização, participação e fundamentação*: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra Almedina, 1996. P 320 e 323.

sopesamento entre o ônus imposto e o benefício advindo dessa medida, conferindo legitimidade `a ela.

4.4. O pragmatismo pelo artigo 22 *caput* e §1º

A indeterminação do Direito é um fato, como já vimos. Diante da impossibilidade de previsão precisa dos comandos pelo legislador de hipóteses variadas, pela norma ser um subproduto de uma sociedade plural e o processo legislativo, em regra, tender a aumentar seu espectro de incidência aumentando o caráter indeterminado.

A incerteza é inerente ao direito, e existem dogmas muito difundidos entre os aplicadores que trazem a aparente sensação de segurança, mas são prejudiciais ao Direito administrativo e para tentar reparar os danos causados por alguns deles, como o da completude do direito (cap. 1) a LINDB traz os artigos 20 e 21 trazendo o consequencialismo.

Quanto ao artigo 22, enfrenta o dogma da idealização dos fatos. Observando as limitações materiais e o contexto fático que tem reflexos na implementação de políticas públicas, sem que o gestor seja diretamente responsável mas correndo risco de ser responsabilizado por ineficiências e limitações do cenário que o cerca. Por isso, esse dispositivo vem exigindo o pragmatismo no âmbito do Direito Administrativo Sancionador.

No processo Administrativo Sancionador, em razão da morosidade burocrática os julgamentos são formados anos depois do fato⁵⁴, essa distância temporal nubla o contexto fático que suportou a decisão do gestor e deixa de ser analisado pelo controle. Aumentando em muito a chance de condenação, simplesmente por provas fundamentais terem se ofuscado.

Esse exemplo demonstra quão relevante é avaliação da circunstância global para decidir sobre a regularidade do contrato, ajuste, norma administrativa

⁵⁴ NETO, Floriano de Azevedo Marques; FREITAS, Rafael Vêras. Comentários `a Lei Nº 13.655/2018. Belo Horizonte, editora Fórum, 2019. Pag. 57.Op. cit.

ou processo, pois diminui as chances desse gestor ter um controle justo sobre seu ato. Como decidir bem sobre circunstância desconhecida? É impossível.

Pretende-se com esse dispositivo penetrar o Direito Administrativo Sancionador com um viés realista, pelo qual o controlador se substitui ao controlado e na pele desse possa considerar a circunstâncias da vida real que orientaram e justificam sua conduta.

Mesmo com críticas nesse sentido a LINDB, tal postura não é inédita no controle. O TCU já tinha adotado esse entendimento no Acórdão 3.001/2016 Plenário⁵⁵, sobre irregularidades no FIES. O processo foi arquivado sem aplicação de penalidades sob o argumento “a aplicação de multas aos titulares das Pastas do Planejamento e da Educação parece-me medida de extremo rigor ante as dificuldades reais dos gestores”.

É imposto ao controlador mais um critério de avaliação do ato. Além da norma posta interpretada em sua semântica e valores pessoais, é necessário observar o contexto fático em que a conduta foi ou teria sido praticada em cotejo com as políticas públicas (entenda-se, atender necessidades sociais, com os instrumentos disponíveis e realidade orçamentária). Em exemplo citado por Floriano de Azevedo⁵⁶, o não provimento de vagas em escolas com classes segregadas para crianças com necessidades especiais dever ser relativizada como falta de serviço se analisada a negativa no contexto de uma política pública bem definida e divulgada que defina que crianças com tais necessidades devem ser acolhidas em escolas e classes não segregadas, fundamentado em avaliações técnicas de que o desenvolvimento da criança pode ser melhor nessa opção pedagógica. Essa é uma decisão técnica com que se pode concordar ou não, mas não censurar como ilícita.

⁵⁵ Acórdão 3001/2016 Plenário TCU: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A3001%2520ANOACORDAO%253A2016%2520COLEGIAD%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520 Acesso em 27/02/2023.

⁵⁶ NETO, Floriano de Azevedo Marques; FREITAS, Rafael Vêras. Comentários `a Lei Nº 13.655/2018. Belo Horizonte, editora Fórum, 2019. Pag. 60. Op. Cit.

Implementando esse viés pragmático e realista busca-se reduzir o número de processos insubsistentes no direito administrativo sancionador e também refrear o exercício abusivo do direito persecutório penal. Inclusive, com o dever de indenizar caso contemple o disposto no artigo 27 do mesmo diploma legal ⁵⁷.

O parágrafo primeiro do artigo 22, vem sofisticar ainda mais a Teoria das Nulidades dos atos administrativos quanto à responsabilização dos agentes envolvidos. O sistema já evoluiu para proteger o particular de boa-fé que se relaciona com a Administração Pública, pautado pela confiança legítima positivada no artigo 54 da Lei 9.784/1999 e no artigo 59 da Lei 8.666/1993⁵⁸.

Existe uma lacuna na responsabilização do agente público que tenha participado de ato nulo, e é nesse viés que deve ser interpretado o parágrafo §1º. O dispositivo tenta evitar que a conduta seja julgada isolada da realidade, sendo confrontada apenas com normas e princípios.

Apesar das considerações de que o controlador não teria elementos para verificar as circunstâncias existentes quando houve a conduta, essa afirmação

⁵⁷ Art. 27. A decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos. BRASIL, Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1942.

⁵⁸ Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

§ 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

§ 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato. BRASIL, Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1999.

Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.

Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa. BRASIL, Lei nº 8.666, 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1993.

não é válida. Pois, um juiz criminal pode simular os fatos para aferir se houve ou não um crime; um juiz cível consegue verificar se houve um ilícito e arbitrar quantia suficiente a título indenizatório; um juiz de família consegue verificar no caso concreto qual é o melhor acordo de guarda e alimentos para interesse do menor.

Logo, não existe a possibilidade de uma decisão ser tomada sem conhecimento de causa. Aqui reforçamos a indispensável motivação qualificada por parte dos controlados para instrução dos processos fiscalizadores. Ademais, aqui temos uma facilidade sobre o privado, pois a prova no ambiente público tende a ter mais facilidade de obtenção.

Numa leitura conjunta com o artigo 28 da LINBD⁵⁹, é lógico dizer que o agente só será responsabilizado se tiver colaborado com dolo ou erro grosseiro, para decretação da nulidade, considerando-se as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado sua atuação.

É relevante explicar quais circunstâncias são relevantes de fato para a finalidade do artigo 22 e quais serão consideradas “dificuldades reais” do gestor. A priori, versam sobre obstáculos materiais como falta de verbas, déficit de pessoal, baixa qualidade dos recursos humanos disponíveis, deficiência em material de escritório, tempo escasso para planejar e executar a ação, infraestrutura mínima de trabalho, entre outros. A maioria com motivações de pessoal, temporais, orçamentários e obstáculos materiais.

Outra possibilidade de dificuldade é na compreensão do direito posto, a norma por ser intrincada e complexa pode ficar distante dos gestores, especialmente aqueles que estão em localidades remotas, sem acesso aos órgãos consultivos, lugares em que toda demanda recaí apenas sobre o ordenador de despesas.

⁵⁹ Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro. BRASIL, lei 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1942.

Nesse caso, o gestor poderia fazer uso dos regulamentos e súmulas administrativas que determinam uma interpretação específica no sentido que prevê o artigo 30 da LINDB. Outra solução possível na ausência da hipótese proposta, é a explicitação da dúvida junto à motivação do ato. Descrevendo como o questionamento impactou, qual foi sua decisão final e a razão que o fez adotá-la. Dai em diante, cabe ao controle avaliar se a dúvida interpretativa foi de fato uma “dificuldade real” para a aplicação da norma e considerar uma margem de razoabilidade dessa conduta, prestando deferência a escolha do administrador público.

Esse dispositivo consagra o primado da realidade, não sobre as normas, mas sim em conjunto. Sem que haja idealizações, ineficiências sistemáticas que não possam ser trabalhadas, pois nunca haverá uma condição ideal para a atuação pública com orçamento adequado, equipe técnica preparada, condições materiais adequadas. Não há como exigir do gestor o atendimento das políticas públicas como se todos esses instrumentos estivessem de fato ao seu alcance, descolando-se da realidade.

5. POSTURA DO TRIBUNAL DE CONTAS

5.1. Críticas dos Tribunais ao Projeto de Lei 7.448/2017

A gênese da LINDB foi um capítulo produzido para a obra *Contratações públicas e seu controle* dos autores Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto, contendo uma proposta de solução legislativa para a insegurança jurídica e melhorar a qualidade das decisões administrativas. Essa iniciativa contou com o apoio do senador Antonio Anastasia, dando início ao processo legislativo em junho de 2015.

O projeto seguiu os trâmites regulares da casa, sendo alterado por uma emenda do próprio autor para correção de erro de digitação e posteriormente pela Senadora Simone Tebet para inclusão do Art. 30, critérios de dosimetria e previsão do dever de ressarcimento.

Foi aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania no Senado por unanimidade, aprovado pelo plenário do Senado Federal e remetido a Comissão de Constituição e Justiça na Câmara, o deputado relator apresentou parecer pela constitucionalidade da matéria. Em 5 de abril de 2018, o Presidente da Câmara dos Deputados encaminhou o projeto para sanção presidencial.

Nesse momento houve uma reação das instituições de controle contra o projeto de lei. A consultoria jurídica do TCU apresentou um parecer contrário à LINDB⁶⁰, no mesmo sentido se manifestaram o Ministério Público Federal, Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Contas; Associação Nacional do Ministério Público de Contas; Associação Nacional dos Auditores de Controle Externo dos Tribunais de Conta do Brasil; Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil; Associação Nacional dos Ministros e dos Conselheiros-Substitutos dos Tribunais de Contas; Associação da Auditoria de

⁶⁰ Parecer da consultoria jurídica do TCU PL 7.448/2017 <https://www.conjur.com.br/dl/analise-consultoria-juridica-tcu-lindb.pdf>

Parecer do PL 7.448/2017 TCU <https://cdn.oantagonista.net/uploads/2018/04/PL-7448-2017-Inteiro-teor-Altera-LINDB-Parecer-Conjur-2018-04-20.pdf>

Controle Externo do Tribunal de Contas da União; Colégio Nacional de Presidentes de Tribunais de Contas; e a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho.

Compilando as críticas feitas pelas instituições acima citadas temos cinco vertentes: (i) apesar de ser contrária a utilização de fundamentação com base em princípios, ela mesma faz uso de conceitos jurídicos indeterminados; (ii) a LINDB não ser o espaço adequado para recepcionar essas normas pelo caráter genérico; (iii) a Lei 13.655/2018 ter como objetivo o desmanche do sistema de controle da administração pública, enfraquecendo mecanismo de combate à corrupção; (iv) pela lei não ser voltada ao direito administrativo os termos utilizados na redação carecem de significado jurídico, dando grande margem interpretativa ao ser aplicada; (v) os dispositivos serem de difícil aplicação prática. Vejamos as críticas específicas dos dispositivos tratados nesse trabalho.

Em relação ao artigo 20 o TCU argumenta não é possível ter ciência das possibilidades diante do caso concreto, e de todas as realidades em cada órgão e entidade pública por completo. Abriria uma grande margem para recurso, pois apenas quem teria o conhecimento da realidade total que cerca e direciona uma decisão seria o próprio administrador. Usa o brocardo jurídico “o que não esta nos autos não esta no mundo”, logo não teria como analisar a circunstância da tomada de decisão.

Em resposta, juristas elaboraram um parecer ao TCU⁶¹ rebatendo críticas e equívocos interpretativos sobre o projeto de lei 7.448/2017. Vamos ao raciocínio utilizado para contrapor as observações feitas pela consultoria jurídica do TCU.

O dispositivo busca eliminar motivações decisórias vazias, apenas teóricas ou principiológica, para não recorrer a fórmulas genéricas como “interesse público” ou “moralidade administrativa”; sem que haja a análise prévia

⁶¹ Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL n° 7.448/2017 <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-juristas-rebatem-criticas.pdf>

dos impactos causados pela decisão. Ou seja, quando a decisão estiver pautada num dispositivo de norma tal análise não é exigida.

Assim como nenhum conhecimento extra processual do julgador é necessário, uma vez que a norma também se aplica a administração, e ao motivar suas decisões todo esse cenário de possibilidades e limitações deve estar bem desenhado para a boa compreensão do controlador.

A devida motivação qualificada ganhou patamar mais alto de importância na vigência da LINDB, pois é requisito procedimental do ato administrativo. Nas palavras da Professora Flávia Cammarosano:

É inegável que as inovações jurídicas trazidas pela LINDB, em especial, os artigos 20 e 22, exigem da comunidade jurídica revisitar e refletir sobre os novos contornos jurídicos da motivação no campo de existência e de validade do ato administrativo, em razão do dever de concretude das decisões públicas decorrente das *"consequências práticas da decisão"*.

Como fruto dessa investigação jurídico-sistemática foi possível verificar e identificar que a motivação transcende a classificação restrita quanto requisito procedimental.

No campo de validade do ato, também é possível verificar que a motivação é exigível na causa do ato que corresponde ao elo lógico-jurídico entre a realidade objetiva e o ato administrativo, estabelecido pelo sujeito investido de competência decisória, passando a integrar o ato. [CAMMAROSANO, Flávio Giorgini Fusco. **Motivação e consequências das decisões: uma análise dos artigos 20 e 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Lei no 13.655/2018 – LINDB. 2021. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica PUC-SP, 2021]**

Quanto as críticas ao artigo 22, envolvem que "levar em conta os obstáculos e dificuldades reais do gestor" da margem a interpretação casuística, trazendo flexibilidade para alterar leis sem amparo no direito. Ao rebater, os juristas alegaram que as decisões tomadas na administração são para solucionar questões concretas, ou seja, a situação fática é a premissa elementar da aplicação de qualquer norma jurídica.

O controlador deve respeitar a norma, mas não há casuística no dever de adequação da interpretação a situação fática, esse é o dever de qualquer

intérprete do Direito. Já havia no Tribunal algumas decisões em que considerava obstáculos e dificuldades do gestor e exigências de políticas públicas a seu cargo⁶².

Ao final, o projeto de lei foi aprovado com sete vetos. Vamos a eles: negociação do regime de transição; ação declaratória de validade; celebração de compromisso que tenham por objeto sanções e créditos; celebração de compromisso em jurisdição voluntária para excluir a responsabilidade pessoal do agente público por vício do compromisso; detalhamento legal do que não configura erro grosseiro; obrigatoriedade de publicação, preferencialmente por meio eletrônico, das contribuições e sua análise junto com o ato normativo; apoio jurídico ao agente público na defesa de conduta praticada no exercício regular de suas competências.

A maioria das críticas ao projeto são frutos de um ponto de vista enviesado da desconfiança, com receio que o Controle perdesse grande parte da margem decisória e a impunidade se tornasse regra, o que não ocorreu, como veremos nos seguintes itens a aplicação da LINDB pelo Tribunal.

5.2 Panorama de decisões

Utilizamos aqui a pesquisa empírica realizada por meio de levantamento e análise de decisões do TCU. Feito pelo grupo de pesquisa permanente do Grupo Público da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito SP), em parceria com a Sociedade Brasileira de Direito Público. Coordenada pela Professora Mariana Vilella, no período de 2018 há 2020 analisando acórdãos que mencionavam as inovações trazidas pela LINDB.

⁶² Ao deixar de aplicar sanção a gestor de universidade pública por entender que agiu com base em orientações de área técnica (Acórdão 1881/2011); ao deixar de aplicar sanção por entender que a decisão fora tomada com respaldo doutrinário (Acórdão 2737/2016); e ao considerar que parecerista jurídico não comete erro inescusável e não incorre em culpa em sentido amplo se emitir opinião amparada em doutrina minoritária (Acórdão 1591/2011).

5.2.1 Artigo 20, *Caput*

Foi analisada uma amostra de quarenta acórdãos que mencionaram o artigo 20 como fundamentação jurídica. Essa amostra foi dividida em três grupos conforme a aplicação do tribunal: (i) nove casos o Tribunal entendeu que o art. 20 não se aplicava ao caso concreto ⁶³; (ii) em dezesseis casos houve tentativa de ponderação das consequências da decisão⁶⁴; (iii) em quinze casos foi confundido com o art. 22, mencionado de forma genérica ou omitido completamente da análise do TCU⁶⁵.

Na primeira hipótese, em que o artigo foi afastado, a suscitação em todos os processos ocorreu por responsáveis dos atos fiscalizados. Os sete relatores diferentes que julgaram os casos argumentaram que a situação fática não invocava a aplicação desse artigo, que a decisão não havia sido proferida com base em valores abstratos e sim no acervo probatório dos autos e fontes normativas.

Outra situação frequente em sede de afastamento do artigo 20 é a intenção dos recorrentes de rediscutir o mérito, por embargos de declaração, sem que haja na decisão obscuridade, omissão, contradição ou erro material.

Como exemplo desse grupo examinamos detidamente o acórdão 4.479/2020 -1ª Câmara. Trata-se de um recurso de reconsideração em tomada

⁶³ Acórdãos 892/2019 – Plenário, 1.808/2019 – Plenário, 2.175/2019 – Plenário, 2.644/2019 – Plenário, 4.479/2020 – 1ª Câmara, 990/2019 – Plenário, 2.235/2019 – Plenário, 1.092/2020 – 2ª Câmara e 1.356/2020 – Plenário.

⁶⁴ Acórdãos 2.142/2018 – Plenário, 2.702/2018 – Plenário, 9.793/2018 – 2ª Câmara, 1.085/2019 – Plenário, 2.447/2019 – Plenário, 2.877/2019 – Plenário, 2.927/2019 – Plenário, 2.480/2019 – 1ª Câmara, 14.539/2019 – 1ª Câmara, 62/2020 – Plenário, 677/2020 – Plenário, 1.005/2020 – Plenário, 1.045/2020 – Plenário, 1.336/2020 – Plenário, 1.352/2020 – Plenário e 3.062/2019 – Plenário.

⁶⁵ Acórdãos 11.551/2018 – 2ª Câmara, 8.520/2019 – 1ª Câmara, 10.607/2019 – 2ª Câmara, 1.746/2018 – Plenário, 2.462/2018 – Plenário, 464/2019 – Plenário, 1.220/2019 – Plenário, 2.163/2019 – Plenário, 1.399/2019 – 1ª Câmara, 89/2020 – Plenário e 5.235/2020 – 1ª Câmara, 4.506/2018 – 2ª Câmara, 277/2019 – Plenário, 60/2020 – Plenário e 6.466/2020 – 1ª Câmara.

de contas especial, inicialmente instaurada pela Ancine em que houve captação de recursos pela Lei Rouanet e Lei do Audiovisual para projeto cinematográfico em que não foi comprovada a aplicação regular desses valores. Ao final, julgou as contas irregulares e condenou ao pagamento de multa.

Em sede de recurso, a defesa argumentou que as consequências práticas seriam deletérias para o interesse público e por essa razão não deveriam ser mantidas, acrescentando:

procedimento formal não se confunde com formalismo excessivo, ou seja, aquele apegado a interpretações literais que desconsiderem as finalidades e objetivos do procedimento; a obediência à forma deve limitar-se aos patamares suficientes para garantir a segurança jurídica e a estabilidade das relações;⁶⁶

Ao julgar o TCU afastou o artigo 20, simplesmente pelo acórdão originário não ter se fundamentado em nenhum conceito indeterminado ou principiológico, e sim na Lei de fomento audiovisual e na Lei do Pronac (Programa Nacional de Apoio à Cultura). Portanto, não sendo necessária uma análise das consequências.

Neste acórdão 1808/2019 Plenário, houve a tentativa de rediscussão do mérito fundamentado na LINDB. Oposto embargos de declaração contra acórdão condenatório proferido em processo de tomada de contas especial, alegando omissões, obscuridades. Como se observa a seguir:

23. Ademais, traz à baila a Lei 13.655/2018, que incluiu no Decreto-lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público (LINDB), especificamente os artigos 20 a 22, para requerer, ao final (peça 375):
(...)

24. Verifica-se, do teor alegado, que o embargante pretende, em verdade, promover a rediscussão do mérito deste feito, com o desfazimento das convicções que levaram ao julgamento de suas contas pela irregularidade, condenação aos débitos quantificados e à aplicação da multa do art. 57 da Lei 8.443/1992.

25. Nada obstante tal intenção não estar albergada por Embargos de Declaração, entendo cabível a análise dos argumentos ora oferecidos.

⁶⁶ https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A4479%2520ANOACORDAO%253A2020/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/2/%2520

Ao fim, houve a manutenção do acórdão recorrido.

Neste outro grupo, o TCU ponderou as consequências práticas das decisões e possíveis alternativas a disposição do gestor. Escolhemos um dos acórdãos que ilustram a aplicação adequada do art. 20.

O acórdão 1352/2020 – Plenário⁶⁷ refere-se a uma representação pelo Departamento Nacional de Auditoria do SUS, sobre possível irregularidade ocorrida na Secretaria de Saúde Municipal na gestão do ex-Prefeito. Com a transferência de recurso federal, voltado à determinada especialidade médica, para uma conta geral no fundo de saúde.

Concluiu-se com fundamento no artigo 20 que a devolução desse valor à sua origem geraria como consequência prática o prejuízo da consecução das metas do planejamento vigente. Decisão apropriada em nosso ponto de vista, uma vez que o recurso já estava em aplicação segundo objetivos de uma nova gestão.

Para exemplificar o grupo três, temos o acórdão 10.607/2019 – 2ª Câmara⁶⁸, em que ocorreu uma confusão do Relator ao fazer menção ao artigo 20, mas o conteúdo do dispositivo ser do artigo 22. O caso aborda tomada de contas especial de convênio para implantação de sistema de esgoto no município em que se investiga execução do projeto. Tendo sido inexistente desvio ou irregularidade na condução pelo município, atingindo 99,90% do objeto pactuado.

Segue trecho em que houve o equívoco:

41. Ainda que as falhas, cometidas em outra gestão e não detectadas pela Funasa à época da execução, tivessem sido constatadas e notificadas ao responsável, a sua correção

⁶⁷

https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1352%2520ANOACORDAO%253A2020/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520

⁶⁸

https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A10607%2520ANOACORDAO%253A2019/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520

exige recursos técnicos e financeiros. Conforme lembra a unidade técnica, trata-se de município pequeno e com orçamento reduzido relativamente ao vulto da obra.

42. Lembro, a propósito, que, segundo o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB, na interpretação das normas de gestão pública, serão **considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor**.

Alinhando-se à LINDB, o TCU editou a resolução 315/2020. Pois enxergou a necessidade que suas determinações fossem mais eficientes frente aos controlados, que a implementação delas fosse mais viável. Exigindo do próprio corpo técnico que apresentasse critérios mais claros nas suas determinações e recomendações, que avaliassem o contexto organizacional do destinatário para que os comandos possam ser praticados mesmo por quem tem pouca competência técnica. Realidade muito comum num país de grandes contrastes, em que não se tem a mesma qualidade de servidores num município interiorano, quanto numa capital.

Essa resolução foi a mais relevante em termos de acomodação da nova Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro pelo TCU, depois de um início conturbado que muitas vezes se chocaram o órgão na sua vivência vislumbrou a necessidade da premissa defendida pela LINDB, que é a melhora na qualidade das decisões.

5.2.2. Artigo 22, *Caput* e § 1º

Como já dito, o artigo 22 busca pela contextualização do direito as circunstâncias do caso concreto. O presente trabalho tem foco no artigo 22, *Caput*, §1º, esse recorte busca a contextualização na interpretação do Direito Público e na atividade do controle.

O controlador, diante da motivação qualificada do gestor poderá avaliar se aquelas alegações são de fato reais, se limitam ou impedem a consecução das políticas públicas. O artigo 22, na prática tem relação com o artigo 28, ambos

tratam da responsabilização e evitam responsabilizar o gestor que comete o chamado “erro honesto”⁶⁹.

O TCU poderia usar o artigo 22, § 1º para afastar a tipicidade das condutas dos agentes, mas a pesquisa demonstra que esse intuito é a exceção. No período em que a pesquisa foi feita apenas 1 de 108 processos a tipicidade foi afastada com base no art. 22.

Este único é o acórdão 70/2020 Plenário⁷⁰ de uma representação sobre possíveis irregularidades ocorridas em pregão eletrônico para contratação de consultoria para empresas do setor elétrico. Em que não foram respeitadas (i) contagem de prazo para recebimento de impugnações no edital; (ii) descumprimento de prazo para resposta a pedido de impugnação.

O Relator afastou o erro grosseiro da conduta do pregoeiro por não serem irregularidades de grande vulto para prejudicar a licitação. “Em que pese a irregularidades constatadas no Pregão Eletrônico 35/2013, não foi evidenciada a má-fé na conduta dos gestores.”. Utilizou o artigo 22, §2º argumentando que não houve gravidade na conduta, e afastou aplicação da multa.

Um caso relevante, mas posterior a pesquisa foi acórdão 1151/2021⁷¹ Plenário, sobre recurso de revisão interposto contra acórdão que julgou contas irregulares do convênio celebrado com o município de Araguaína/TO para fomentar o turismo, no valor total de R\$345.000,00, sendo trezentos mil reais da União.

⁶⁹ O ordenamento não define o que seria o erro honesto. No entanto, o artigo 28, §1º que foi vetado, o conceituava. Para fins didáticos vamos utilizá-lo: § 1o Não se considera erro grosseiro a decisão ou opinião baseada em jurisprudência ou doutrina, ainda que não pacificadas, em orientação geral, ou, ainda, em interpretação razoável, mesmo que não venha a ser posteriormente aceita por órgãos de controle ou judiciais”.

⁷⁰ https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A70%2520ANOACORDAO%253A2020/DTRELEVANCIA%2520desc%2520C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/2/%2520

⁷¹ https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1151%2520ANOACORDAO%253A2021/DTRELEVANCIA%2520desc%2520C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520

Houve a prestação de contas ao Ministério do Turismo, mas sem documentos essenciais para apreciação o procedimento não foi aprovado, seguindo para a instauração no TCE, sendo condenado ao pagamento de multa.

Em sede de recurso de revisão o Relator argumentou o seguinte:

7. É notório que, em passado recente, o Ministério do Turismo enfrentava uma falha sistêmica nos processos de trabalho de aprovação, concessão e fiscalização dos convênios. Assim, penso ser por demais rigoroso sancionar servidores envolvidos em atividades que não acarretaram diretamente as irregularidades apuradas. (...)

10. Parece-me que a situação se adequa ao disposto no art. 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB, que assim dispõe:

"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."

11. Nota-se, pelo dispositivo acima transcrito, que as circunstâncias com as quais se defronta o gestor em seu cotidiano e as possíveis consequências práticas devem sempre ser consideradas pelo órgão de controle externo ao avaliar a sua conduta.

12. Assim, no caso concreto, as limitações enfrentadas pelo Ministério do Turismo não podem ser olvidadas ao se deliberar acerca da falha imputada ao recorrente.

A decisão contrasta com julgados anteriores, mas é claro que a LINDB teve impacto direto para mudar o critério de responsabilização, alterando a jurisprudência do Tribunal.

6. CONCLUSÃO

Nas últimas décadas, houve o fortalecimento e expansão do controle, em razão do amadurecimento da própria gestão administrativa pós Constituição Federal de 1988. Outro viés, fomentou a ampliação do controle, foram os frequentes escândalos de corrupção na história recente brasileira (mensalão em 2005, operação satíagraha 2008, operação lava-jato 2014, caso JBS em 2017), que geravam comoção pública e exigia-se uma resposta das autoridades. Nesse contexto, a resposta foi fiscalização ostensiva e formalismo nos processos.

Em consequência, ocorreu uma ineficiência administrativa. Em parte, porque os gestores não atuavam mais na busca da melhor solução para o interesse público, mas levando em conta sua preservação pessoal. Pois, tomar decisões polêmicas pode expor a riscos frente ao controle. Essa paralisação decisória dos gestores foi chamada de “apagão das canetas”.

A LINDB foi concebida para minimizar o panorama de insegurança e aprimorar a qualidade jurídica das decisões administrativas e de seus controladores. Com o objetivo de criarem balizas claras e límpidas, para que o gestor pudesse ter mais segurança ao tomar decisões, compreendendo suas dificuldades, dando condições mínimas de previsibilidade.

Sendo a segurança jurídica um valor principiológico constitucional (artigo 5º, XXXVI CF), ela está por detrás e sustenta qualquer outra garantia fundamental. Por isso, a LINDB propõem mecanismos para a promoção dela, buscando a confiabilidade dos cidadãos, do setor privado e da própria administração.

Esse mecanismo, nos artigos que são o escopo desse trabalho, vedam a tomada de decisão fundamentada em valores jurídicos abstratos, sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão (artigo 20). Pois, um princípio como “moralidade administrativa” é facilmente eivado e manipulado, dando uma aparente racionalidade em uma decisão fundada apenas na vontade. Dando ensejo, a instauração de ações de improbidade sem fundamento legal.

Quanto ao artigo 22, dispõem que na interpretação e decisão sobre validade de ato sejam consideradas os obstáculos e dificuldades reais do gestor (artigo 22, §1º). O intuito desse dispositivo é trazer um viés realista para o Direito Administrativo Sancionador, exigindo que o controlador se substitua ao controlado e analise se no contexto fático houve o atendimento das políticas públicas, levando em consideração os instrumentos disponíveis e a realidade orçamentária. Enfrentando assim, a idealização dos fatos para reduzir o número de processos insubsistentes.

De forma realista e pragmática, busca-se modernizar a lei brasileira por meio da incorporação de novas ideias e soluções operacionais, sem criar interferências externas no controle público. A proposta é promover a auto contenção, a fim de evitar excessos de impulsos voluntaristas na gestão e no controle.

Compreendemos o receio dos controladores frente à lei, foram inseridos dispositivos no ordenamento que impactam diretamente na sua atuação. Para mitigar esse apreensão juristas, idealizadores, apoiadores fizeram frequentes aparições públicas em eventos, palestras e cursos de atualização voltados a esse público para desmistificar a LINDB. Podemos citar, a Escola Superior do Ministério Público⁷², com curso para capacitar os aplicadores do direito nesse tema, com a participação do Prof. Dr. Floriano de Marques Neto e Prof. Dra. Juliana de Palma; e a Escola de Gestão e Contas⁷³ em parceria com Instituto Rui Barbosa e o TCM/SP.

O objetivo nunca foi o desmanche do controle, como dito pelo TCU a priori. O intuito é simplesmente corrigir as disfuncionalidades apontadas neste trabalho, para aprimorar o controle justamente porque reconhecemos sua atuação como eixo central no universo público. Acompanhando a execução orçamentária e

⁷² <https://escola.mpu.mp.br/conteudos-educacionais/cursos/aperfeicoamento/impactos-da-lindb-no-controle-da-administracao-publica>

⁷³ <https://www.youtube.com/watch?v=5R3HNcMVcHw&t=7628s>

financeira, promovendo uma administração responsável, ética, efetiva, ágil e como instituição garantidora do Estado Democrático de Direito.

A lei é recente, e ainda precisa de acomodação até que seja implementada na cultura da administração como um todo. Ainda virão reflexos positivos pela aproximação da gestão e do controle, focados em dialogar de forma transparente. Novos horizontes se abrem para que gargalos de atuação sejam identificados mais facilmente, e com uma equipe técnica competente possam ser traçadas soluções inovadoras e criativas, com respaldo jurídico, para questões sociais complexas na tentativa de aperfeiçoar a atuação administrativa para melhor atender o cidadão e o interesse público.

REFERÊNCIAS

A pesquisa Quem Somos: a magistratura que queremos realizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB. Rio de Janeiro, novembro de 2018. <https://www.conjur.com.br/dl/pesquisa-completa-amb.pdf>.

ALENCAR, Carlos Higino; GICO JUNIOR, Ivo. Corrupção e judiciário: a (in) eficácia do sistema judicial de combate à corrupção. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 7, jan./jun. 2011.

Aragão, Alexandre Santos. Artigo 21. IN: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Coord.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas* sociedade democrática. Brasília, Senado Federal, 2015.

BERGUE, Sandro Trescastro. **Modelos de gestão em organizações públicas: teorias e tecnologias gerenciais para a análise e transformação organizacional**. Educus, 2011.

BRASIL, lei 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1942.

BRASIL, Lei nº 8.666, 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1993.

BRASIL, Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1999.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. Acordo de Cooperação Técnica que entre si celebram o Ministério Público Federal, a Controladoria-Geral da União (CGU), a Advocacia-Geral da União (AGU), o Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP) e o Tribunal de Contas da União em matéria de combate à Corrupção no Brasil, especialmente em relação aos acordos de leniência da Lei nº 12.846, de 2013. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2020/11/cgu-agu-e-pf-definem-procedimentos-para-troca-de-informacoes-sobre-acordos-de-leniencia-e-delacoes-premiadas/act.pdf>

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração burocrática à gerencial. *Revista do Serviço Público*, v. 47, n. 1, 1996.

BURG, Amanda Karolini; DAS NEVES GONÇALVES, Everton; STELZER, Joana. A revisão judicial das decisões proferidas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Revista de Direito Administrativo**, v. 278, n. 1, p. 217-243, 2019.

CAMMAROSANO, Flávia Giorgini Fusco et al. Motivação e consequências das decisões: uma análise dos artigos 20 e 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro—Lei nº 13.655/2018—LINDB. 2021.

CANOTILHO, José Joaquim G.; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; et al. *Série IDP - Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2018
CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 36.ed. São Paulo: Atlas, 2022.

COSTIN, Claudia. *Administração Pública*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

DE PALMA, Juliana Bonacorsi. Segurança jurídica para a inovação pública: a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei no 13.655/2018). **Revista de Direito Administrativo**, v. 279, n. 2, p. 209-249, 2020

DE PAULA, Ana Paula Paes. **Por uma nova gestão pública: limites e potencialidades da experiência contemporânea**. FGV Editora, 2005.

DIONISIO, Pedro de Hollanda. O direito ao erro do administrador público no Brasil. Rio de Janeiro: GNZ, 2019. p. 26-27

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

ESCOLA. Tribunais de Contas e a Nova LINDB. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=5R3HNcMVcHw>>. Acesso em: out 2022.

FREITAS, Juarez. Direito fundamental à boa administração. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

HAGE, Jorge. Evolução e perspectivas do combate à corrupção no Brasil. In: PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre (coord.). Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

HECK, Luis Afonso. Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy. 2017.

HOOD, Christopher. Administrative diseases: some types of dysfunctionality in administration. **Public Administration**, v. 52, n. 4, 1974.

JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitações não publicados: controlador ou administrador?. 2014.

JUSTEN FILHO, M. Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], p. 13–41, 2018. DOI: 10.12660/rda.v0.2018.77648. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77648>.

KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito; VIGO, Rodolfo Luis. Interpretação Jurídica. Revista dos Tribunais, 1 ed. 2010.

MARTINS, Humberto Falcão. MARINI, Caio. Governança Pública Contemporânea: uma tentativa de dissecação conceitual. Revista do TCU, vol 130, maio/agosto 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 136-137.

MENDONÇA, J. V. S. de. Art. 21 da LINDB - Indicando consequências e regularizando atos e negócios. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], p. 43–61, 2018. DOI: 10.12660/rda.v0.2018.77649. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77649>.

MOTTA, Fabrício. Dilema entre controle de eficiência e de legalidade é falso. **Revista Consultor Jurídico, São Paulo, jan**, 2018.

MOTTA, Fabrício.; NOHARA, Irene Patrícia. **LINDB no direito público**: Lei 13.655/2018. São Paulo: Thompson Reuters, 2019. (Coleção soluções de direito administrativo: leis comentadas. Série I: administração pública; v. 10)

NETO, Floriano de Azevedo Marques; FREITAS, Rafael Véras. Comentários à Lei Nº 13.655/2018. Belo Horizonte, editora Fórum, 2019.

O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle. Direito do Estado. 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 fev 2023. OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. **Interesse Público, Belo Horizonte, ano**, v. 22, p. 83-126, 2020.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Ativismo judicial, pragmatismo e capacidades institucionais: as novas tendências do controle judicial dos atos administrativos.

Parecer da consultoria jurídica do TCU PL 7.448/2017 <https://www.conjur.com.br/dl/analise-consultoria-juridica-tcu-lindb.pdf>

Parecer do PL 7.448/2017 TCU <https://cdn.oantagonista.net/uploads/2018/04/PL-7448-2017-Inteiro-teor-Altera-LINDB-Parecer-Conjur-2018-04-20.pdf>

Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL nº 7.448/2017 <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-juristas-rebatem-criticas.pdf>

ROSILHO, Andre Janjácomo. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. Tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da USP em 2016.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos et al. Disfunções do controle externo sobre os agentes públicos: risco, medo e fuga da responsabilização. 2020.

SECCHI, Leonardo. Modelos organizacionais e reformas da administração pública. **Revista de administração pública**, v. 43, p. 347-369, 2009.

SILVA, Almiro do Couto E. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei no 9.784/99). *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 27, n. 57, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari; NETO, Floriano de Azevedo Marques. Uma nova lei para aumentar a qualidade jurídica das decisões públicas e de seu controle. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo, Editora Malheiros, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo o novo olhar da LINDB*. Belo Horizonte, Editora Fórum.2022.

THEODORO JUNIOR, Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. 2006.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. **Revista Direito GV**, v. 4, p. 539-568, 2008