Segurança jurídica para a inovação pública: a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei nº 13.655/2018)*

Legal certainty for public innovation: the new Brazilian Law's Introduction Act (Law No. 13,655 OF 2018)

*Juliana Bonacorsi de Palma***

RESUMO

Este artigo busca apresentar uma leitura instrumental da recém-editada Lei nº 13.655/2018, que altera a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) e lhe confere uma nova dimensão operacional: no âmbito público, para reforço da segurança jurídica e melhoria da qualidade das decisões públicas. O artigo analisa a agenda de pesquisa e produção acadêmica que incitou o processo legislativo que resultou

* Artigo recebido em 9 de março de 2020 e aprovado em 15 de abril de 2020. DOI: http://dx.doi.org/10.12660/rda.v279.2020.82012.

** FGV Direito SP, São Paulo, SP, Brasil. E-mail: juliana.palma@fgv.br.
Mestre e doutora pela Faculdade de Direito da USP. *Master of laws* pela Yale Law School. Professora da FGV Direito SP e coordenadora do Grupo Público da FGV.

na Lei nº 13.655/2018, e também as alterações que o projeto sofreu no Congresso Nacional para demonstrar que a lei decorre de uma agenda voltada a viabilizar a inovação na administração pública. A tese central do texto é a de que a Lei nº 13.655/2018 consiste em uma *lei de planos*, públicos e privados, que viabiliza o desenho de soluções jurídicas com maior criatividade e conforto decisório. No âmbito público, fundamentalmente a previsão de ônus aos controladores e a tutela do gestor público honesto permitem a definição mais efetiva de políticas públicas, contratos, licenças e permissões, entre outras manifestações. Desse modo, pela segurança jurídica, a Nova LINDB *viabiliza a inovação pública* na medida em que pavimenta o experimentalismo na administração pública, como a assimilação de novas tecnologias em suas atividades prestacionais e o emprego de mecanismos jurídicos atípicos.

PALAVRAS-CHAVE

Lei nº 13.655/2018 — segurança jurídica — inovação pública — controle — planos

ABSTRACT

This paper tackles the recently enacted Law No. 13,655 of 2018, which changes the Brazilian Law's Introduction Act and gives it a new operational dimension: foster legal certainty and the quality of public decisions. The paper describes how academic production influenced the Law No. 13,655 of 2018's draft and its legislative history. The main argument is that the Law No. 13,655 of 2018 is a plan rule, enabling private entities and the State to design solutions with greater creativity for a best problem-solving. In public sphere, the Law legally protects honest public servants aiming at proving them comfort to decide and explore experimental public policies, contracts, licenses, permissions, among other manifestations. Therefore, the Law No. 13,655 of 2018 works for innovation in the State, such as use of technologies and anew administrative solutions.

KEYWORDS

Law No. 13,655 of 2018 — legal certainty — innovation — experimentalism — accountability — plan-rule

1. Introdução: a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro — Lei de Segurança Jurídica para a Inovação Pública

Logo após a promulgação da Constituição de 1937, foi instituída no Ministério da Justiça Comissão de revisão do Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071/1916) composta pelos professores Orozimbo Nonato, Filadelfo Azevedo — ambos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) — e Hannemann Guimarães, consultor-geral da República.[1] Resultou dos trabalhos da Comissão do Código Civil o Anteprojeto da Lei de Introdução, então aceito pelo ministro da Justiça Alexandre Marcondes Filho e submetido na íntegra para apreciação presidencial.[2] A par da passagem dos preceitos do Código Civil para uma lei especial,[3] a Comissão apresentou três importantes modificações em prol da *segurança jurídica*: (i) substituição do sistema progressivo para prazo único de aplicação da lei em todo o território nacional;[4] (ii) previsão expressa da lei repristinatória, que havia sido omitida do Código Civil; e (iii) substituição da lei nacional pela lei domiciliar,[5] sanando, assim, uma série de incertezas jurídicas na aplicação do direito nacional e estrangeiro, potencializadas no contexto de guerras.

A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro foi publicada pelo Decreto-Lei nº 4.657, em 1942, e por muito tempo figurou como a principal lei sistematicamente estudada no primeiro período das Faculdades de Direito

---

1 Cf. TENÓRIO, Oscar. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942)*. Rio de Janeiro: Jacinto, 1944. p. VII e XII.

2 Segundo anteprojeto que resultou da Comissão do Código Civil foi relativo à Parte Geral do Direito das Obrigações.

3 O então vigente Código Civil era dividido em três partes: Introdução, Parte Geral e Parte Especial. O grande mérito do anteprojeto seria passar a Introdução do Código Civil para uma lei especial. Entendia-se à época que os preceitos compreendidos na Introdução não guardavam relação necessária com o Código Civil, sendo mais eficiente ao sistema que as modificações do texto da lei especial fossem independentes das transformações dos institutos de direito civil (Ata da Reunião Inaugural, de 13 de abril de 1940).

4 Trata-se de uma modificação em benefício da segurança jurídica na aplicação do direito, como depreende da Exposição de Motivos do ministro da Justiça Alexandre Marcondes Filho: "O sistema proposto [fixação de prazo único para aplicação da lei em todo o território nacional] *põe termo às dúvidas* a que o sistema sucessivo dera margem, sendo, além disso, o mais consentâneo com os característicos de generalidade e de soberania inerente à própria lei". Destacamos.

5 "São de todos os dias, realmente, as dificuldades com que lutam nossos juízes para conhecer e aplicar as variadas leis estrangeiras, às questões de família ou de sucessão, dos súditos de outras nações, domiciliados no Brasil. Muitas vezes, da aplicação da lei estrangeira resultam tais situações de iniquidade que os juízes se veem na contingência de criar fórmulas, para fugir ao exato cumprimento das ditas leis."

no Brasil nos cursos de introdução ao direito civil e de introdução ao estudo do direito. Era, então, apelidada de LIC ou de LICC (pronunciava-se "li-qui-qui" nos corredores das Faculdades). A LICC historicamente desempenha o papel pedagógico de aproximar o aluno iniciante no curso de direito a se familiarizar com as fontes jurídicas e de trazer as primeiras informações sobre o raciocínio jurídico pelo tema da aplicação do direito, em especial questões de vigência,[6] validade[7] e efetividade[8] de leis, interpretação,[9] bem como de direito intertemporal.[10] No campo prático, tem sido operacionalizada em casos de aplicação da lei estrangeira no Brasil.[11]

Como se pode evidenciar, a LICC abrange um universo de questões muito maior que as relações privadas regidas pelo Código Civil. A sua incidência é transversal no direito, alcançando, inclusive, o direito público.

---

6 Cf., por exemplo, art. 6º da LICC: "[a] Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. (Redação dada pela Lei nº 3.238, de 1957) § 1º. Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou. (Incluído pela Lei nº 3.238, de 1957). § 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo *começo do exercício tenha t*ermo pré-fixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem. (Incluído pela Lei nº 3.238, de 1957). § 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso".

7 Cf., por exemplo, o art. 2º, LICC: "[n]ão se destinando à vigência temporária, a lei entrará em vigor até que outra a modifique ou revogue. § 1º. A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. § 2º. A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior. § 3º. Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência".

8 Cf., por exemplo, art. 1º da LICC: "[s]alvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada. § 1º. Nos Estados, estrangeiros, a obrigatoriedade da lei brasileira, quando admitida, se inicia três meses depois de oficialmente publicada. (…) § 3º. Se, antes de entrar a lei em vigor, ocorrer nova publicação de seu texto, destinada a correção, o prazo deste artigo e dos parágrafos anteriores começará a correr da nova publicação. § 4º. As correções a texto de lei já em vigor consideram-se lei nova".

9 Cf., por exemplo, art. 4º da LICC: "[q]uando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito". Cf., ainda, art. 5º da LICC: "[n] a aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

10 Em 1952, Vicente Ráo publica a primeira edição da obra *O direito e a vida dos direitos*, até hoje uma referência no estudo da Lei de Introdução ao Código Civil. Trata-se de figura interessante do direito brasileiro: ficou em exílio na França logo após a derrota da Revolução Constitucionalista — que tinha articulado na Frente Única Paulista, partido que tinha ajudado a fundar —, regressou em 1934 e ajudou a fundar a USP, alçando-se professor da Fadusp, redigiu a Lei de Segurança Nacional (Lei nº 38/1935) enquanto ministro da Justiça, atuou institucionalmente na repressão a comunistas e, com o Estado Novo, deixou as atribuições públicas e foi demitido da Fadusp por manifestações contrárias ao regime. Em 1951 se torna ministro das Relações Exteriores, o que possivelmente tenha sido determinante para a sua predileção em estudar a LICC.

11 Cf. especialmente art. 7º a art. 19 da LICC.

Em 2010, a Lei nº 12.376/2010 alterou sua nomenclatura para Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB),[12] conformando o nome à sua ampla incidência ao direito como um todo. Em 2015, o senador Antônio Anastasia apresentou o PLS nº 349/2015, iniciando o processo legislativo que culminaria na Lei nº 13.655/2018, a Lei de Segurança Jurídica para a Inovação Pública (nova LINDB).

Este artigo busca apresentar uma leitura da Lei nº 13.655/2018 quanto à sua funcionalidade: *para que uma lei de segurança jurídica nas relações com o Poder Público?* Certamente que esta pergunta admite diferentes respostas a depender da perspectiva jurídica que se adote. O artigo analisa a agenda de pesquisa e produção acadêmica que incitou o processo legislativo que resultou na Lei nº 13.655/2018, as alterações que o projeto sofreu no Congresso Nacional para demonstrar que a lei decorre de uma agenda voltada a viabilizar a inovação na administração pública. Neste texto, argumenta-se que a Lei nº 13.655/2018 consiste em uma *lei de planos*, públicos e privados, que viabiliza o desenho de soluções jurídicas com maior criatividade e conforto decisório, trabalhando, assim, para a *inovação na esfera pública*. Isso significa que o conjunto dos preceitos da lei favorece um cenário de maior previsibilidade sobre as decisões públicas e estabilidade das regras do jogo, permitindo que particulares e poder público construam planos mais efetivos. Espera-se que a análise contribua para uma melhor compreensão da Lei nº 13.655/2018 e o reconhecimento do seu potencial transformador.

2. Academia na produção da Lei nº 13.655/2018

Na pesquisa "Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na 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 recursos e aos custos do direito.[13] A *falta de diretrizes sobre o cabimento do controle judicial*

---

[12] A Lei nº 12.376/2010 é originária do PL nº 6.303, de 2005, de autoria do então deputado Celso Russomano, de seguinte justificativa: "[é] reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência que a Lei de Introdução ao Código Civil possui âmbito de aplicação mais amplo do que o mencionado em sua ementa. Para aperfeiçoar a legislação pátria, fazendo-a coincidir com a letra da lei em sua interpretação, é que apresentamos o presente projeto de lei, contando com o apoio dos ilustres Pares".

[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.

das decisões do Cade foi constatada empiricamente na pesquisa coletiva "Revisão judicial das decisões do Cade".[14] O problema de o *controlador assumir a competência administrativa e de fato a exercer*, sem esboçar grandes preocupações com as consequências de seus atos, foi bem endereçado por Eduardo Jordão, em estudo sobre a dinâmica de intervenção do TCU em editais de licitação não publicados.[15] André Rosilho e Larissa Santiago Gebrim demonstram empiricamente como as decisões do TCU sobre a validade do regime licitatório próprio da Petrobras decorrem antes de predileções jurídicas que de hermenêutica jurídica, dada a preferência do Tribunal pelo regime da Lei nº 8.666/1993 a despeito de o STF sucessivamente ter afirmado a constitucionalidade de a Petrobras dispor de regras específicas para contratar.[16]

O que todos esses trabalhos têm em comum além de pontuarem distorções no controle da administração pública? São todos decorrentes de pesquisas empíricas e imparciais, sendo grande parte deles provenientes da

br/arquivos/monografia/80_Daniel%20Wang.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2018. O trabalho posteriormente foi publicado na *Revista Direito GV* (v. 8, jul./dez. 2008).

[14] ALMEIDA, Fabricio Antônio Cardim de (Coord.). *Revisão judicial das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade)*. Belo Horizonte: Fórum; SBDP, 2010.

[15] "O autor reconhece os esforços do TCU de garantir a legalidade, a legitimidade e a economicidade da ação administrativa. Em muitos casos, compartilha ainda do seu entendimento substancial, acreditando que as opções do TCU são superiores às da Administração Pública, no sentido de mais convenientes para a realização do interesse público. De todo modo, entende também que não cabe nem a ele, nem ao TCU tomar estas decisões ou interferir nas opções da Administração ainda antes de que elas sejam publicadas. Ainda que esta solução interventiva possa às vezes se revelar substancialmente positiva, ela será sempre negativa do ponto de vista institucional." 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] Cf. ROSILHO, André; GERBIM, Larissa Santiago. Política de contratações públicas da Petrobras: o que pensam o STF e o TCU? *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 50, abr./jun. 2015. Segundo os autores: "[a]lém disso, afirmou o Ministro que, independentemente da aplicação da Lei nº 8.666/93 à Petrobras e do que afirma a Constituição no § 1 do seu art. 173, aplicam-se à companhia os princípios da administração pública (art. 37, caput, da Constituição). À luz do exposto, indaga-se: estaria implícita, no dever de observar os tais princípios da administração pública (dentre eles o da economicidade e do julgamento objetivo), a obrigação de a Petrobras divulgar a estimativa de custos, com a composição de custos unitários, independentemente do conteúdo do seu procedimento licitatório simplificado? A nosso ver, o raciocínio desenvolvido pelo Ministro está equivocado. Afinal, do princípio da economicidade e do julgamento objetivo não decorre o dever de divulgar estimativa de custos, com a composição de custos unitários. É altamente questionável que se possa extrair algum tipo de solução normativa precisa e delimitada a partir de princípios vagos e abstratos" (p. 71). Vale ressaltar que os autores também reconhecem ser o STF uma fonte de insegurança jurídica, pois, à época dos estudos, ainda não tinha adotado uma decisão definitiva em Plenário com força de *leading case*. Ibid.

Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP).[17] A Lei nº 13.655/2018 não é uma manobra de advogados de empresas que firmaram contratos de vultosos valores com o poder público para limitar o alcance do controle, como se tem aduzido. Não é correta a avaliação de que, em suas entrelinhas, a lei esconde um projeto de enfraquecimento das instituições controladoras. Ela resulta de anos de pesquisas empíricas desenvolvidas por alunos independentes e autônomos, provenientes das mais variadas instituições de ensino superior em São Paulo, no programa da Escola de Formação Pública (EFp).[18] Também decorre de pesquisas empíricas desenvolvidas na FGV Direito SP, parte delas financiadas com recursos públicos após se sagrarem vencedoras de disputadíssimos processos de seleção promovidos pelo governo federal. Mais recentemente, desenvolveu-se na Faculdade de Direito da USP o Grupo de Pesquisas de Controle da Administração Pública (GPCAP),[19] com pesquisa

[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. Suas grandes frentes de atuação concentram-se na Escola de Formação Pública (EFp) (cf. nota 6), no Curso de Direito Público, cuja edição de 2018 é dedicada aos experimentos jurídicos na gestão pública, e as *pesquisas*. 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 fundamentais ao aperfeiçoamento institucional e às garantias fundamentais são apenas pontuais exemplos. Disponível em: <www.sbdp.org.br/>. Acesso em: 17 abr. 2018. Do entrosamento entre a SBDP e dos professores e pesquisadores da FGV Direito SP nasceu o Grupo Público, centro de estudo, pesquisa e debates sobre os mais relevantes temas de direito público. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/grupos/grupo-publico>. Acesso em: 17 abr. 2018.

[18] Criada em 1998, a Escola de Formação Pública (EFp) tem a proposta de formar lideranças no direito público brasileiro, ou seja, pessoas com alta capacidade analítica de informações e cenários complexos para, criticamente, ajudar na construção de medidas de aprimoramento do direito público, qualquer que seja a posição que o aluno posteriormente ocupar. Durante o período de um ano, os alunos se dedicam integralmente ao estudo e à pesquisa, devendo elaborar uma monografia de iniciação científica nesse período sobre jurisdição constitucional. Essa produção, orientada e aprovada em banca, é de altíssima relevância. Muitos desses trabalhos ensejaram reflexões que, entre outros *inputs*, levaram ao desenho do PL da Segurança Jurídica. Parte desses trabalhos pode ser consultada na obra *Jurisdição constitucional no Brasil* (VOJVODIC, Adriana et al. São Paulo: Malheiros; SBDP, 2012).

[19] 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

empírica publicamente debatida sobre o controle das Agências Reguladoras pelo TCU. Isso sem considerar toda a produção técnica Brasil afora[20] e os diversos debates acadêmicos sobre o tema.

Há, portanto, uma linha de pesquisa sedimentada de *análise crítica do controle da administração pública*. Analisando o panorama da produção discente nessa temática mais recente, os três grandes impasses que a Lei nº 13.655/2018 visa a endereçar são empiricamente constatados:

1. *Principiologia na estrutura do controle*: as pesquisas apontam que, não raro, controladores reputam a decisão administrativa válida ou inválida com base em princípios ou conceitos jurídicos indeterminados.[21] Trata-se de um modo decisório potencializado pela larga

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.

[20] Na literatura acadêmica, a pauta do controle nessa perspectiva aplicada e crítica foi recentemente enriquecida com a publicação de trabalhos fundamentais que ajudam significativamente na compreensão do PL da Segurança Jurídica. 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. É nesta obra que 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.

[21] Cf. ROSILHO, André Janjácomo. *Controle da administração pública pelo Tribunal de Contas da União*. Tese (doutorado) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016; GUAZELLI, Amanda Salis. *A busca da justiça distributiva no Judiciário por meio das relações contratuais*: uma análise a partir dos planos de saúde. Dissertação (mestrado) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. *Contratação direta*. Análise crítica do sistema e o caso dos serviços advocatícios.

presença de princípios nos textos legais, bastando mencionar o exemplo da Lei de Improbidade Administrativa, cujo art. 11 tipifica os atos de improbidade que atentam contra os "princípios da Administração Pública".

2. *A motivação tende a não considerar as consequências concretas da decisão controladora*: no geral, os controladores adotam uma visão deliberativa limitada ao caso concreto — a *casuística* —, que não considera os impactos da decisão específica, ou do conjunto decisório, sobre a gestão pública em termos de custos, tempo, legitimidade, eficácia da política pública e isonomia perante os demais cidadãos.[22] Nessa linha, o sistema de controle é insensível aos obstáculos e às reais dificuldades do gestor.
3. *As decisões administrativas são meramente provisionais*: na medida em que atos, contratos, processos administrativos e grandes decisões de políticas públicas sujeitam-se a amplíssimo controle — sem claras balizas sobre o cabimento e a intensidade do controle —, as decisões administrativas assemelham-se a uma "primeira tentativa", cuja deliberação final depende do aval do controlador.[23]

Dissertação (mestrado) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013; GABRIEL, Yasser Reis. *Procedimentos jurídicos para estruturação de concessão de infraestrutura e o desenvolvimento brasileiro*. Dissertação (mestrado) — FGV Direito SP, São Paulo, 2016; RAMALHO, Bruno Araújo. O dever de "motivação administrativa" no contexto das escolhas regulatórias: uma análise da jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU). In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Transformações do direito administrativo*: consequencialismo e estratégias regulatórias. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2016.

[22] Cf. MARINHO, Carolina Martins. *Justiciabilidade dos direitos sociais*: análise de julgados do direito à educação sob o enfoque da capacidade institucional. Dissertação (mestrado) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009; CORRÊA, Luiza Andrade. *A Judicialização da política pública de educação infantil no Tribunal de Justiça de São Paulo*. Dissertação (mestrado) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014; VASCONCELOS, Natalia Pires de. *Judiciário e orçamento público*. Considerações sobre o impacto orçamentário de decisões judiciais. Dissertação (mestrado) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014; BRAGA, André de Castro Oliveira Pereira. *Normas abertas e regras no licenciamento ambiental*. Dissertação (mestrado) — FGV Direito SP, São Paulo, 2010; KANAYAMA, Rodrigo Luís. *Direito, política e consenso*: a escolha eficiente de políticas públicas. Tese (doutorado) — Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

[23] Cf. PIRES, Gabriel Lino de Paula. *Ministério Público e controle da administração pública*: enfoque sobre a atuação extrajudicial do Parquet. Dissertação (mestrado) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014; SAMPAIO, Mariana. *O Ministério Público do estado de São Paulo e o seu Plano Geral de Atuação*. Dissertação (mestrado) — Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2017.

Parte importante da academia jurídica brasileira, portanto, é movida pelo desejo último de *compreender o real funcionamento do controle da administração pública*. Estamos interessados em estudar as mais variadas manifestações jurídicas pelo concreto: queremos saber, por exemplo, como as instituições jurídicas exercem suas competências, como as leis controladoras são criadas, ou como ferramentas jurídicas podem favorecer um controle mais eficiente. Isso porque acreditamos que pesquisas acadêmicas possam transformar o modo como compreendemos e trabalhamos o direito. Trata-se de uma incansável tarefa de mapear os reais problemas e endereçar soluções jurídicas com base empírica — e não com base em impressões pessoais, pré-conceitos, estereótipos ou a apreciação subjetiva de autoridades.

3. Breve síntese da história legislativa da Lei nº 13.655/2018

Em 2013 foi publicada a obra coletiva *Contratações públicas e seu controle*, contendo diversas contribuições sobre temas desafiadores no campo das licitações e dos contratos administrativos. Seu derradeiro capítulo, de autoria de Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto, contém uma proposta de solução legislativa para minimizar o panorama de insegurança e aprimorar a qualidade jurídica das decisões administrativas e de seus controladores. Cinco grandes diretrizes estruturam a proposta: (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.[24] Essa é a gênese da Lei nº 13.655/2018.

[24] "[A]ssistimos a um processo contraditório: quanto mais se avança na produção de normas disciplinadoras da ação da Administração, mais se aprofunda a precarização da segurança jurídica. Quanto mais crescem processos e controles, maiores a imprevisibilidade e a incerteza. Isso tudo pode pôr em risco os ganhos da estabilidade econômica, política e institucional construída nos últimos anos. A incerteza jurídica é a porta de entrada das violações aos direitos.

A ideia recebeu o importante apoio do senador Antonio Anastasia, também este professor doutor de direito administrativo, e de seu assessor, o professor Flávio Unes.[25] O processo legislativo teve início em 9 de junho de 2015, com a apresentação da integralidade da proposta acadêmica dos professores Carlos Ari Sundfeld e de Floriano de Azevedo Marques Neto no Senado Federal.

> Em razão disso, os professores Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto elaboraram projeto de lei, que ora é acolhido, fruto de projetos de pesquisa mais amplos desenvolvidos por pesquisadores da Sociedade Brasileira de Direito Público em parceria com a Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas. O resultado desse trabalho foi publicado na obra "Contratações Públicas e Seu Controle", pela Editora Malheiros, ano 2013. O que inspira a proposta é justamente a percepção de que os desafios da ação do Poder Público demandam que a atividade de regulamentação e aplicação das leis seja submetida a novas balizas interpretativas, processuais e de controle, a serem seguidas pela administração pública federal, estadual e municipal.[26]

Seu processo legislativo percorreu os trâmites regulares das casas congressuais de modo republicano e transparente. No curso do processo legislativo da Lei nº 13.655/2018, seu texto foi inicialmente ampliado e expandido.[27]

Necessário, pois, melhorar o ferramental que permita assegurar segurança e previsibilidade, tanto na ação do Poder Público quanto na sua relação com os indivíduos. Diante desse diagnóstico, este texto propõe medidas para neutralizar, de algum modo, importantes fatores de distorção da atividade jurídico-decisória pública, afetando sua eficiência e segurança jurídica." SUNDFELD, Carlos Ari; NETO, Floriano de Azevedo Marques. Uma nova lei para aumentar a qualidade jurídica das decisões públicas e de seu controle. In: Carlos Ari Sundfeld, *Contratações públicas e seu controle*, op. cit., p. 278.

25 Flávio Henrique Unes Pereira coordenou a obra *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas. Desafios de uma sociedade democrática*, publicada pelo Senado Federal em 2015. Esta pode ser considerada o primeiro compêndio de artigos sobre o que viria a ser a Lei nº 13.655/2018, com a finalidade maior de explicar seus preceitos aos parlamentares e à sociedade em geral. Participaram do projeto Carlos Ari Sundfeld, Floriano de Azevedo Marques Neto, Egon Bockmann Moreira, Bruno Meyerhof Salama, Flávio Henrique Unes Pereira, Alexandre Santos de Aragão, Marilda de Paula Silveira, Juliana Bonacorsi de Palma, Marçal Justen Filho, Adilson Abreu Dallari, Maria Sylvia Zanella Di Piero, Marcos Perez e Fernando Dias Menezes de Almeida.

26 Cf. Justificativa da apresentação do PLS nº 3.489/2015 no Senado Federal.

27 A Emenda nº 1 ao PLS 349/2015, de autoria do próprio autor da proposição, corrigia erro de digitação no art. 27, § 1º, da Lei. No Parecer SF nº 22/2017, de autoria da relatora senadora

No dia 19 de novembro de 2015 foi realizada audiência pública na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania no Senado (CCJ) e no dia 9 de março de 2016 a senadora Simone Tebet apresentou relatório com voto favorável à aprovação do PLS nº 349/2015 e de emenda que trazia pontuais alterações de aprimoramento do texto. No dia 29 de março de 2017, por unanimidade, o PLS foi provado pela CCJ-SF, sem recebimento de qualquer recurso. Aprovado pelo Plenário do Senado Federal no dia 19 de abril de 2017, PLS nº 349/2015 foi remetido à Câmara dos Deputados, então PL nº 7.448/2017. Na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara (CCJC), não foram apresentadas emendas ao projeto e, no dia 15 de setembro de 2017, o relator deputado Paulo Abi-Ackel apresentou parecer pela constitucionalidade da matéria. A deputada Erika Kokay interpôs recurso que, por sua vez, foi objeto de requerimento de retirada de proposição de iniciativa coletiva (8.279/2018) deferido no dia 21 de março de 2018. No dia 5 de abril, pela Mensagem 10/2018, o presidente da Câmara dos Deputados, deputado Rodrigo Maia, encaminhou o PL nº 7.448/2017 à sanção presidencial.

Às vésperas da sanção presidencial, porém, representantes de instituições de controle insurgiram-se fortemente contra o projeto da Lei nº 13.655/2018.

Além de artigos de opinião veiculados em mídia, a Consultoria Jurídica do TCU elaborou análise preliminar à proposta da Nova LINDB em tom crítico, argumentando, por exemplo, que "pela proposta, o agente público pode ser negligente, imprudente e imperito que nada lhe acontecerá, pois estará isento de responsabilidade".[28] Alegou-se, ainda, que o texto da proposta promoveria "interpretação casuística" e exigiria "o mais absoluto exercício de futurologia por parte do julgador".[29] Na sequência, a Consultoria Jurídica do TCU apresentou seu parecer final sobre o Projeto da Nova LINDB, mantendo a crítica; a "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,

Simone Tebet, uma série de emendas foram sistematizadas e direcionadas para a aprovação, como de fato se deu, destacando-se as seguintes alterações ao texto legal: (i) inclusão do art. 30 com medidas de autovinculação administrativa para conferir maior previsibilidade na atuação administrativa, em especial por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas; (ii) inclusão de critérios de dosimetria na aplicação de sanções administrativas no art. 21; (iii) previsão do dever de ressarcimento pelo agente público das despesas com sua defesa judicial se reconhecida a ilicitude em coisa julgada.

28 Disponível em: <www.conjur.com.br/dl/analise-consultoria-juridica-tcu-lindb.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2020.

29 Ibid.

trazem grande potencial para promover o efeito inverso do desejado, ou seja, mais insegurança jurídica e ineficiência".[30]

Também se opôs à proposta da nova LINDB o Ministério Público Federal, cuja Nota Técnica Conjunta nº 1/2018 defendia seu veto integral e reabertura do processo legislativo, apesar de o mesmo já se encontrar aprovado nas duas Casas Congressuais.[31] Juntam-se ao TCU e ao MPF o Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Contas (CNPGC); Associação Nacional do Ministério Público de Contas (Ampcon); Associação Nacional dos Auditores de Controle Externo dos Tribunais de Contas do Brasil (ANTC); Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (Atricon); Associação Nacional dos Ministros e dos Conselheiros-Substitutos dos Tribunais de Contas (Audicon); Associação da Auditoria de Controle Externo do Tribunal de Contas da União (AUD-TCU); Colégio Nacional de Presidentes de Tribunais de Contas; e a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra). No caso da Anamatra, a associação propôs a Adin após a edição da Lei nº 13.655/2018.[32]

Fundamentalmente, a crítica dessas instituições é formada por cinco ordens de argumentos: (i) muito embora a Lei nº 13.655/2018 determine ônus de argumentação nas fundamentações com base em princípios, ela mesma recorre a princípios e conceitos jurídicos indeterminados; (ii) os preceitos da Lei nº 13.655/2018 não se coadunam com o espírito da LINDB, não sendo esta lei o espaço adequado para recebê-los; (iii) a Lei nº 13.655/2018 tem como principal finalidade promover o enfraquecimento do sistema de controle

---

[30] Disponível em: <https://cdn.oantagonista.net/uploads/2018/04/PL-7448-2017-Inteiro-teor-Altera-LINDB-Parecer-Conjur-2018-04-20.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2020.

[31] A título exemplificativo, vale a transcrição do comentário do MPF ao art. 20 da Nova LINDB, que requer a exposição das consequências quando da decisão com base em princípios: "[o] dispositivo é de constitucionalidade no mínimo duvidosa. O parecer da CCJ, ao se referir a 'valores jurídicos abstratos' explicitou: 'podem ser entendidos como princípios'. O dispositivo claramente desprestigia a prolação de decisão, inclusive judicial, com base em princípios. Impõe, ainda, que, caso assim o seja, considere as consequências práticas dela advindas. Ora, negar a possibilidade de decisão baseada em princípios é recusar densidade normativa dessa fonte do direito. Como preceitua Celso Antônio Bandeira de Mello, 'princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico'. Daí a correta advertência do autor: 'violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma'". Disponível em: <www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/Nota%20Tecnica%201_2018.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2020.

[32] Trata-se da Adin nº 6.146/2019, que tem como *amicci curiae* o Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico (Cedau) e a OAB.

da administração pública, colocando em xeque relevantes mecanismos de combate à corrupção como a improbidade administrativa; (iv) a Lei nº 13.655/2018 emprega conceitos que não são próprios da linguagem do direito administrativo e, portanto, carecem de significado jurídico; e (v) a Lei nº 13.655/2018 é de difícil aplicação prática e carece de *enforcement*.

Em reação ao levante contrário ao texto da nova LINDB, grupo de juristas elaborou opinião em resposta à Consultoria Jurídica do TCU, sustentando não apenas a constitucionalidade e a validade de seus preceitos, como também a utilidade para a governança pública, considerando que consagra as melhores práticas em matéria de controle da administração pública já empregadas no Brasil e no plano internacional.[33] No dia 23 de abril de 2018, o TCU promoveu o evento "Diálogo Público — discussão do Projeto de Lei (PL) 7.448/2017", contando com a participação de publicistas e representantes de diferentes órgãos e instituições públicas e privadas para debate da proposta da nova LINDB. Novamente os pontos de vistas foram reafirmados, ora favoráveis, ora contrários ao texto da nova LINDB.[34]

O então presidente Michel Temer vetou sete conjuntos normativos do PL da nova LINDB que dispunham sobre: (i) negociação do regime de transição;[35] (ii) ação declaratória de validade;[36] (iii) celebração de compromisso que tenham

---

[33] O parecer é assinado por Floriano de Azevedo Marques Neto, Carlos Ari Sundfeld, Adilson Abreu Dallari, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Odete Medauar, Marçal Justen Filho, Roque Carrazza, Gustavo Binenbojm, Fernando Dias Menezes de Almeida, Fernando Facury Scaff, Jacintho Arruda Câmara, Egon Bockmann Moreira, José Vicente Santos de Mendonça, Marcos Augusto Perez, Flávia Piovesan, Paulo Modesto, André Janjácomo Rosilho e Eduardo Ferreira Jordão. Disponível em: <www.conjur.com.br/dl/parecer-juristas-rebatem-criticas.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2020. Em paralelo, busquei contribuir com o artigo "A proposta de Lei da Segurança Jurídica na gestão e do controle públicos e as pesquisas acadêmicas". Disponível em: <www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/06/LINDB.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2020.

[34] Para transcrição integral do evento, cf. TCU. *Discussão do Projeto de Lei 7.448/2017*. Principais conclusões de diálogo público realizado pelo TCU no dia 23 de abril de 2018 em Brasília, 2018. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/data/files/CD/E3/51/19/E151F6107AD96FE6F18818A8/Discussao_projeto_lei_7.448_2017.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2020. Para assistir ao evento na íntegra, cf. <www.youtube.com/watch?v=1OUTMNaHr_c&t=12925s>.

[35] Art. 23, parágrafo único, do PL 7.448/2017. São as razões do veto: "[o] *caput* do artigo impõe a obrigatoriedade de estabelecimento de regime de transição em decisão administrativa, controladora ou judicial que preveja mudança de entendimento em norma de conteúdo indeterminado quando indispensável para o seu cumprimento, todavia, o parágrafo único traz um direito subjetivo do administrado ao regime. Assim, o dispositivo reduz a força cogente da própria norma e deve ser vetado, de modo a garantir a segurança jurídica de tais decisões". Manifestaram-se favoravelmente a esse veto os Ministérios do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, da Fazenda, da Transparência e Controladoria-Geral da União e a Advocacia-Geral da União.

[36] Art. 25 do PL nº 7.448/2017. São as razões do veto: "[a] ação declaratória preconizada pelo dispositivo, cuja sentença terá eficácia para todos, inclusive podendo dispor a respeito de

por objeto sanções e créditos;[37] (iv) celebração de compromisso em jurisdição voluntária para excluir a responsabilidade pessoal do agente público por vício do compromisso;[38] (v) o detalhamento legal do que não configura erro grosseiro;[39] (vi) obrigatoriedade de publicação, preferencialmente por meio eletrônico, das contribuições e sua análise juntamente com o ato normativo;[40] e (vii) apoio jurídico ao agente público na defesa de conduta praticada no exercício regular de suas competências.[41]

---

preço e valores, poderá acarretar em excessiva demanda judicial injustificada, tendo em vista a abrangência de cabimento para a impetração da ação por 'razões de segurança jurídica de interesse geral' o que, na prática, poderá contribuir para maior insegurança jurídica. Ademais, há omissão quanto à eficácia de decisões administrativas ou de controle anteriores à impetração da ação declaratória de validade, uma vez que a atuação judicial pode se tornar instrumento para a mera protelação ou modificação dessas deliberações, representando, também, violação ao Princípio Constitucional da Independência e Harmonia entre os Poderes". Manifestaram-se favoravelmente a esse veto os Ministérios da Justiça, da Fazenda, da Transparência e Controladoria-Geral da União e a Advocacia-Geral da União.

37 Art. 26, § 1º, inc. II, do PL nº 7.448/2017. São as razões do veto: "[a] celebração de compromisso com os interessados, instrumento de natureza administrativa previsto no *caput* do artigo, não pode, em respeito ao princípio da reserva legal, transacionar a respeito de sanções e créditos relativos ao tempo pretérito e imputados em decorrência de lei. Ademais, poderia representar estímulo indevido ao não cumprimento das respectivas sanções, visando posterior transação". Manifestaram-se favoravelmente a esse veto o Ministério da Fazenda, juntamente com o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União e a Advocacia-Geral da União.

38 Art. 26, § 2º, do PL nº 7.448/2017. São as razões do veto: "[a] autorização judicial destinada à celebração de compromisso administrativo com a finalidade de excluir a responsabilidade pessoal do agente público viola o Princípio Constitucional da Independência e Harmonia entre os Poderes, ao comprometer a apreciação das esferas administrativa e de controle". Manifestaram-se favoravelmente a esse veto o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União e a Advocacia-Geral da União.

39 Art. 28, § 1º, do PL nº 7.448/2017. São as razões do veto: "[a] busca pela pacificação de entendimentos é essencial para a segurança jurídica. O dispositivo proposto admite a desconsideração de responsabilidade do agente público por decisão ou opinião baseada em interpretação jurisprudencial ou doutrinária não pacificada ou mesmo minoritária. Deste modo, a propositura atribui discricionariedade ao administrado em agir com base em sua própria convicção, o que se traduz em insegurança jurídica". Manifestaram-se favoravelmente a esse veto o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União e a Advocacia-Geral da União.

40 Art. 29, § 2º, do PL nº 7.448/2017. São as razões do veto: "[c]onfigura-se de todo louvável o comando do dispositivo de tornar obrigatória a publicação das contribuições oriundas das consultas públicas que precedam a edição de atos normativos. Não obstante, a extensão dessa obrigatoriedade à publicação também das respectivas análises, e de modo concomitante à edição do respectivo ato normativo, poderia tornar extremamente morosa e ineficiente a sistemática por parte dos órgãos ou Poderes, ou mesmo retardar sua implementação, indo de encontro ao interesse público e recomendando, assim, o veto do parágrafo". Manifestaram-se favoravelmente a esse veto o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União e a Advocacia-Geral da União.

41 Art. 28, §§ 2º e 3º, do PL nº 7.448/2017. São as razões do veto: "[o]s dispositivos criam direito subjetivo para o agente público obter apoio e defesa pela entidade, em qualquer esfera, decorrente de ato ou conduta praticada no exercício regular de suas competências, inclusive nas despesas com a defesa. Tal como se apresenta, fica caracterizada a não exclusividade

Esses vetos podem ser agrupados em três categorias conforme a ordem de preocupação que exprimem: a) desconfiança da consensualidade administrativa; b) vetos favoráveis ao controle do Tribunal de Contas; e c) uma leitura de eficiência nos vetos. Independentemente das razões de veto, trata-se simplesmente de uma opinião do chefe do Poder Executivo que não adere à lei e, consequentemente, não tem qualquer implicação prática sobre sua interpretação e aplicação. Ocorre que a interpretação do texto legal se destaca de seu processo — é isso o que permite a constante atualização legislativa à luz dos cenários concretos, conjunturas econômicas e sociais, bem como realidades institucionais. Sendo juridicamente viável a construção de uma solução, ainda que objeto de veto presidencial, ela será legítima. Assim, cabível a celebração de compromissos envolvendo: sanções administrativas, créditos passados, regime de transição normativa e responsabilização pessoal do agente público por vício de consentimento na consensualidade. Isso porque o art. 26, permissivo genérico à celebração de acordos na esfera administrativa, não traz qualquer restrição material ao objeto negociável.

Muitas das críticas realizadas no contexto do processo legislativo da nova LINDB decorreram de uma má compreensão de seu conteúdo, possivelmente porque seus críticos o liam por uma lente de preconcepções e desconfianças. Também havia o receio de as instituições controladoras perderem seu amplíssimo espaço decisório construído desde a promulgação da Constituição Federal, que lhes conferiu prerrogativas inéditas. Leis controladoras que sobrevieram, de autoria dos próprios controladores, sedimentaram o cenário de *desarmonia institucional*: a quase inexistência de disciplina legal sobre como avaliar a legalidade de atos, contratos e processos administrativos que levaram a fatídicos exemplos de subversão da segurança jurídica e agora passariam a ser disciplinados pela nova LINDB.

Certamente um estranhamento inicial, que não se confirmou: a nova LINDB é operacionalizada na prática jurídica.

Em consulta simples de acórdãos no âmbito do TCU, foram indicados que em 41 acórdãos houve argumentação com base na nova LINDB.[42]

---

do órgão de advocacia pública na prestação, podendo impor a cada entidade dispêndio financeiro indevido, sem delimitar hipóteses de ocorrência de tais apoios nem especificar o órgão responsável por esse amparo, o que poderia gerar significativos ônus sobretudo para os entes subnacionais". Manifestaram-se favoravelmente a esse veto os Ministérios da Justiça e da Transparência e Controladoria-Geral da União e a Advocacia-Geral da União.

42 Nessa linha, cf. VALIATI, Thiago Priess. A aplicação da LINDB pelas esferas controladora e judicial. *Jota*, 22 fev. 2019. Disponível em: <www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/aplicacao-da-lindb-pelas-esferas-controladora-e-judicial-22022019>. Acesso em: 7 abr. 2020.

No âmbito do STF, em sete acórdãos a nova LINDB foi invocada, notadamente seus artigos 20[43] e 24.[44] Em um dos casos mais emblemáticos, o art. 20 foi mencionado na ementa como pressuposto de análise consequencialista.[45] No caso, reconheceu-se *a quo* o benefício do auxílio acompanhante previsto no art. 45 da Lei de Benefícios da Previdência Social (Lei nº 8.213/1991) para aposentados por invalidez a beneficiários em geral com base nos princípios da dignidade da pessoa humana, isonomia e direitos sociais. O STF foi sensível ao argumento consequencialista de que a extensão do benefício com base em hermenêutica jurídica, e não na lei, acarretaria despesa de R$ 7,15 bilhões, segundo cálculos do Ministério da Fazenda. Por unanimidade, o STF suspendeu processos individuais e coletivos sobre a extensão de auxílio acompanhante, correspondente a 25% do valor da aposentadoria por invalidez.

No campo doutrinário, produções sobre a nova LINDB são crescentes. Entre os trabalhos mais destacados estão a edição especial da *Revista de Direito Administrativo* sobre a nova LINDB, com artigos de comentários a cada preceito da lei,[46] o livro de *Comentários à Lei nº 13.655/2018*, de Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Véras de Freitas,[47] bem como os dois tomos da obra *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro — anotada*, de 2019, organizada por Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho, Rafael Hamze Issa e Rafael Wallbach Schwind.[48]

---

43 Cf. ADI nº 5.938, julgada pelo Plenário em 29 de maio de 2019. Rel. min. Alexandre de Moraes. No caso, o Plenário decidiu pela inconstitucionalidade da expressão "quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento", incluída na CLT após reforma de 2017 no art. 394-A, sobre o trabalho da empregada em atividades insalubres. O min. Luiz Fux estabeleceu o teste de constitucionalidade com base no art. 20 da LINDB, qual seja, estimar se a supressão da parte final dos dispositivos impugnados promove, ou não, maior proteção à mulher. Cf., ainda, AR AgRg nº 2.693, julgado pelo Plenário em 31 de agosto de 2018. Rel. para o acórdão min. Rosa Weber. No caso, o STF firmou entendimento de que o advento da Lei nº 13.655/2018 não é fundamento jurídico suficiente para rescisória de coisa julgada.

44 Cf. MS nº 29.998, julgado pela Primeira Turma em 28 de maio de 2019. Rel. min. Marco Aurélio; MS nº 30.294, julgado pela Primeira Turma em 28 de maio de 2019. Rel. para o acórdão min. Alexandre de Moraes; MS nº 30.059, julgado pela Primeira Turma em 19 de março de 2019. Rel. para o acórdão min. Alexandre de Moraes; e MS nº 29.323, julgado pela Primeira Turma em 12 de fevereiro de 2019. Rel. para o acórdão min. Alexandre de Moraes.

45 Trata-se da Petição para Concessão de Efeito Suspensivo a Recurso Extraordinário — AgRg na Pet nº 8.002, julgada pela Primeira Turma do STF em 12 de março de 2019. Rel. min. Luiz Fux.

46 Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/issue/view/4255>. Acesso em: 20 jan. 2020.

47 NETO, Floriano de Azevedo Marques; FREITAS, Rafael Véras de. *Comentários à Lei nº 13.655/2018*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

48 Cf. CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro* — anotada. São Paulo: Quartier Latin, 2019. 2 v.

Em 10 de junho de 2019, foi editado o Decreto nº 9.830/2019 para disciplina da aplicação da LINDB na esfera federal. Entre as inovações, está a previsão do termo de ajuste de gestão (TAG), pelo qual agentes públicos e órgãos de controle interno firmam compromisso para correção de falhas detectadas, aprimoramento de procedimentos e para assegurar a continuidade da ação administrativa.

4. Os pressupostos da Lei nº 13.655/2018

Muito se debate, e com grande qualidade, sobre o conteúdo dos artigos da Nova LINDB.[49] Pretendo nesse espaço apresentar os *pressupostos da Nova*

[49] Cf. PEREZ, Marcos Augusto. *Cenário é desolador, mas houve uma boa notícia para o direito administrativo.* Disponível em: <www.conjur.com.br/2018-jan-04/cenario-desolador-houve-boa-noticia-direito-administrativo>; ALBERTO, Marco Antônio Moraes; MENDES, Conrado Hübner. *Por que uma lei contra o arbítrio estatal?* Disponível em: <www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/por-que-uma-lei-contra-o-arbitrio-estatal-12042018>; MOREIRA, Egon Bockmann. *A nova Lei de Introdução e o Prestígio ao Controle Externo Eficiente*. Disponível em: <www.gazetadopovo.com.br/justica/colunistas/egon-bockmann-moreira/a-nova-lei-de-introducao-e-o-prestigio-ao-controle-externo-eficiente-6133bodkb8lvvkj4hc1knle4o>; FERRAZ, Sérgio; SAAD, Amauri Feres. *Controle externo não está ameaçado pelo PL 7.448/2017*. Disponível em: <www.conjur.com.br/2018-abr-13/opiniao-controle-externo-nao-ameacado-pl-74482017>; MODESTO, Paulo. *Fake News institucional*: a crítica vazia ao projeto de lei 7.448/2017. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/colunistas/paulo-modesto/fake-news-institucional-a-critica-vazia-ao-projeto-de-lei-7488-2017>; PESSÔA, Samuel. *Nova Lei de Introdução às Normas do Direito*. Disponível em: <www1.folha.uol.com.br/colunas/samuelpessoa/2018/04/nova-lei-de-introducao-as-normas-do-direito.shtml>; MACEDO, Fausto. *Novo salvacionismo*. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/novo-salvacionismo/>; KANAYAMA, Ricardo A. *Por que o PL 7.448/2017 vai trazer segurança jurídica na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa?* Disponível em: <www.conjur.com.br/2018-abr-13/sejam-bem-vindas-mudancas-lindb-sociedade-brasileira-agradece>; ARAGÃO, Alexandre Santos. *Alterações na LINDB modernizam relações dos cidadãos com Estado*. Disponível em: <www.conjur.com.br/2018-abr-13/alexandre-aragao-alteracoes-lindb-modernizam-relacoes-estado>; FREITAS, Rafael Véras de. *O artigo 28 do PL 7.448/2017 e a responsabilidade administrativa*. Disponível em: <www.conjur.com.br/2018-abr-18/rafael-freitas-pl-74482017-responsabilidade-administrativa>; ISSA, Rafael Hamze. *Aprovação do PL 7.448/2017 representará uma importante melhora institucional*. Disponível em: <www.conjur.com.br/2018-abr-16/rafael-issa-pl-744817-representa-melhora-institucional>; JUSTEN FILHO, Marçal. *PL 7.448/2017 e sua Importância para o direito brasileiro*. Disponível em: <www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-do-justen/pl-7448-2017-e-sua-importancia-para-o-direito-brasileiro-18042018>; SCAFF, Fernando Facury. *Quem controla o controlador?* Considerações sobre as alterações da LINDB. Disponível em: <www.conjur.com.br/2018-abr-17/quem-controla-controlador-notas-alteracoes-lindb>; APPY, Bernard; NETO, Floriano de Azevedo Marques. *Segurança jurídica*. Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,seguranca-juridica,70002271134>. Importante documento que explica o PL da Segurança Jurídica com argumentos técnicos é o parecer *Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria do TCU ao PL nº 7.448/2017*, com os seguintes signatários: Floriano de Azevedo Marques Neto, Carlos Ari Sundfeld, Adilson Abreu Dallari, Ives Gandra da Silva Martins, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Odete Medauar, Paulo Henrique

LINDB, ou seja, o conjunto de ideias que conferem identidade à proposta a partir da minha leitura dos preceitos.

4.1 A administração pública interpreta — e sua interpretação tem peso

A administração pública é a maior intérprete do direito. A afirmação é verdadeira não no sentido de *ultima ratio* interpretativa, mas considerando a extensão da máquina pública e suas múltiplas atribuições. É inigualável o tamanho da burocracia e a quantidade de funções públicas que o legislador a impõe, tanto que a função administrativa apenas é definível residualmente. Administrar não é aplicar a lei de ofício. *Administrar é interpretar* normas públicas para aplicação em casos concretos. Especialmente no caso brasileiro, em que as leis dirigidas à administração são pouco detalhistas e prenhes de indeterminação jurídica, a interpretação é uma tarefa indissociável da implementação.

A professora da escola primária interpreta o programa curricular básico para construir uma aula mais próxima à realidade regional de seus alunos. O médico toma decisões trágicas considerando o cenário de escassez que solapa a saúde pública. O colegiado da Anvisa interpreta o texto da lei para determinar se narguilé é um produto fumígeno para fins de regulação. O Ibama analisa se expede licença ambiental para um determinado projeto de empreendimento a partir da interpretação de conceitos jurídicos indeterminados como "efetiva ou potencialmente poluidoras" e "degradação ambiental". O perito da Previdência Social interpreta as normas para conceder, ou não, benefícios previdenciários. O gestor público interpreta a Lei nº 8.666/1993 para ponderar se uma determinada situação é hipótese de dispensa de licitação.

Ao editar uma lei, o Congresso cria competências à administração pública. Esta, por sua vez, precisa interpretar o texto da lei e todas as demais normas correlatas para que possa executá-las. É natural que o *comando de interpretação*

---

dos Santos Lucon, Marçal Justen Filho, Roque Carrazza, Gustavo Binenbojm, Fernando Dias Menezes de Almeida, Alexandre Santos de Aragão, Fernando Facury Scaff, Jacintho Arruda Câmara, Vera Cristina Caspari Monteiro, Egon Bockmann Moreira, José Vicente Santos de Mendonça, Marcos Augusto Perez, Flavia Piovesa, Paulo Modesto, André Janjácomo Rosilho, Eduardo Ferreira Jordão, Vitor Rhein Schirato e Carlos Eduardo Bergamini Cunha. Disponível em: <www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/Parecer-apoio-ao-PL-7.448-17.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2018.

seja dirigido primeiramente ao gestor público, e não ao controlador. Ocorre que a competência primária de implementação da lei é da administração, tendo ela a preferência da interpretação. Em um estado democrático de direito, presume-se que a administração pública esteja em melhor posição técnica e de rotina para interpretar normas públicas. Esta é a base das teorias da deferência, ou seja, das ideias de que o controlador deve respeitar a decisão pública.[50] No Brasil, a teoria mais difundida é a da insindicabilidade do mérito administrativo, segundo a qual o conteúdo da decisão administrativa não pode ser revisto pelo controlador.[51]

Não por outra razão o art. 22, *caput*, da nova LINDB determina que na interpretação de normas sobre gestão pública devem ser considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências de políticas públicas a seu cargo. Esse é o modo de interpretação, próprio da esfera administrativa. A competência administrativa pode se deslocar para a esfera controladora quando o revisor se colocar na posição do gestor. Neste caso, decidindo no

---

[50] *Testes de deferência* são comuns nos sistemas de direito administrativo. No caso dos Estados Unidos, por exemplo, o teste básico de deferência foi firmado em *Skidmore v. Swift* (323 U.S. 134 1944), em que a medida da deferência judicial às decisões administrativas corresponde ao "peso" que elas apresentam em função da qualidade da justificativa apresentada. Mais famoso é o teste de deferência firmado em *Chevron* (*Chevron U.S.A., Inc. v Natural Resources Defense Council*, 467 U.S. 837 1984). O precedente visa a conferir balizas ao controle judicial de decisões administrativas ao avaliar se a interpretação da lei pela administração pública merece deferência. A decisão deferência de *Chevron* é obtida após a interpretação dada pela Agência passar pelo crivo judicial em duas fases: (i) o texto da lei é claro e não ambíguo? (*Chevron step-1*) e (ii) a administração construiu uma interpretação inteligível da lei? (*Chevron step-2*). Em 2001, a Suprema Corte estabeleceu em *Mead* que a deferência de *Chevron* se aplicaria apenas às decisões administrativas "com força de lei" (*Chevron step-0*), o que basicamente corresponde a normas que resultem do processo normativo. Nessa linha, a deferência de *Chevron* não caberia nos casos em que a administração interpretasse "grandes leis", ou seja, leis de aplicação geral em toda burocracia. Tampouco estariam abrangidas as interpretações de preceitos que não correspondam ao "escopo de jurisdição administrativa" (*City of Arlington v. FCC*, 569 U.S. 11-1545 2013). Para todos os casos em que não se aplicar o teste de deferência de *Chevron*, caberá o teste de deferência de *Skidmore*. Há vastíssima literatura sobre a deferência à interpretação dada pela administração pública às leis. Cf. JORDÃO, Eduardo. Entre o prêt-à-porter e a alta costura: procedimentos de determinação da intensidade do controle judicial no direito comparado. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, v. 52, jan./mar. 2016.

[51] Recentemente o STF decidiu no RE nº 632.853 que o mérito de decisões administrativas não pode ser revisto salvo se absolutamente contrário à lei ou ao correspondente processo administrativo. Essa construção, assim como as experiências internacionais, reconhece que a administração pública interpreta os textos normativos e o faz com preferência, pois: (i) a lei expressamente confere competências decisórias à autoridade administrativa, e não à autoridade pública e (ii) a autoridade administrativa está em melhor posição interpretativa, dada a sua especialização temática — por formação temática ou pela rotina de trabalho em massa com o assunto. A interpretação administrativa não deve ser ignorada, mas, antes, compreendida e ser merecedora de *diálogo institucional*.

lugar do gestor, ele *deve assumir a competência por inteiro*, e não pela metade da parte que mais lhe favorece (prerrogativas e formação do conteúdo decisório). Isso porque a tomada de decisão é marcadamente afetada por uma série de variáveis que caracterizam o funcionamento institucional em que se aloca a autoridade competente. Assim, as circunstâncias fáticas da gestão pública que afetam a interpretação administrativa devem também ser consideradas pelo controlador.

Na prática, dever de considerar os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências de políticas públicas é um *comando de sensibilização do controlador* à realidade da burocracia pública brasileira: esses elementos de fato não devem ser ignorados, mas contemplados na hermenêutica jurídica, que não é pura. O ponto é particularmente relevante quando consideramos que a administração pública é a principal instituição de Estado responsável por garantir direitos fundamentais. Mais do que qualquer outra instituição de Estado, é a administração que interage diretamente com os cidadãos e, por meio da prestação de serviços públicos, implementa as políticas públicas a seu cargo. Não são raros os casos de *decisões trágicas*, em que o gestor precisa fazer escolhas difíceis diante de um quadro estrutural dramático, como falta de pessoal ou de recursos públicos.

A nova LINDB reconhece que a administração pública interpreta e confere "peso" a essa interpretação. Argumentos "superficiais e leves" — fundamentados em valores jurídicos abstratos ou com motivação insuficiente — não podem, desse modo, afastar a interpretação administrativa. Na medida em que apenas uma decisão controladora "pesada" pode afastar a interpretação administrativa, a nova LINDB prevê ônus argumentativos ao controlador.

Ônus argumentativos não se confundem com vedações ou proibições. O controlador pode tomar a decisão que julgar ser a mais acertada, mas, para fazê-la validamente, terá que demonstrar os elementos do raciocínio empregado que a lei especifica. Os ônus argumentativos que a Lei nº 13.655/2018 apresenta se encaixam em dois blocos de cenários argumentativos:

(i) *Decisão com base em valores jurídicos abstratos*

a. Ônus de argumentar pela consequência *prática*. Trata-se dos casos em que o controlador não se apoia em regras, mas em princípios ou conceitos jurídicos indeterminados para extrair comandos concretos sem previsão normativa explícita. Insere-se aqui também a teoria dos poderes implícitos. Os controladores poderão continuar a decidir

com base nos princípios da administração pública, mas terão que considerar as consequências práticas de sua decisão.[52]

b. Ônus de motivar qualificadamente, também no caso em que se decidir com base em valores jurídicos abstratos, inclusive a invalidação. Uma motivação qualificada apresenta, de acordo com a Lei nº 13.655/2018, os seguintes elementos: (1) adequação da medida controladora — *ela cabe no caso concreto?*; (2) identificação das alternativas — *quais são as possibilidades de resolução do caso concreto?*; e (3) necessidade da medida — na comparação, *ela é a menos onerosa?* Trata-se da explicitação do teste da proporcionalidade com a adaptação de suas fases ao contexto do controle da ação administrativa.[53]

(ii) *Decisão de invalidação da ação administrativa*

a. Ônus de *argumentar pelas consequências jurídicas e administrativas*, no caso de invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa. Por se tratar da desconstituição de ação administrativa, a nova LINDB traz uma sujeição de maior envergadura ao controlador, devendo expor tanto os efeitos jurídicos de sua decisão quanto o impacto sobre a gestão pública.

b. Ônus de *construir método de superação das irregularidades* que seja proporcional, equânime e sem prejuízo aos interesses gerais. Segundo a lei, a simples declaração de invalidade torna a decisão controladora inválida quando a situação concreta permitir que o controlador aponte como o vício de validade apontado pode ser superado, ou seja, quais são as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional, equânime e sem prejuízo aos interesses gerais.

c. Ônus de motivar a v*edação à desproporcionalidade* nos termos do parágrafo único do art. 21: impedimento à imposição de ônus ou perdas anormais ou excessivas, considerando as especificidades do caso concreto. Na medida em que o dever de proporcionalidade decorre

---

[52] Sobre a definição de consequências práticas e sua operacionalização à luz da nova LINDB, 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. passim.

[53] Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB. Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *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, p. 30-33, nov. 2018.

de vários textos legais e da própria Constituição, reafirmamos que a nova LINDB não limita a atividade de controle, mas cria o ônus de considerar o dever de proporcionalidade nos parâmetros nele definidos.

(iii) *Decisão sobre a regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa*

a. Ônus de considerar as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente, nos termos do art. 22, *caput*, da Nova LINDB, de modo que todas as dificuldades enfrentadas na gestão pública devem ser sopesadas pelo controlador.

Sobre os ônus presentes na Lei nº 13.655/2018, algumas considerações merecem reflexão. Primeiramente, também os ônus se apoiam em conceitos jurídicos indeterminados, o que foi lido pelos críticos como uma contradição: como constranger fundamentações principistas e fluidas com base em diretrizes igualmente vagas e superficiais? A nova LINDB não é contrária a princípios ou a conceitos jurídicos indeterminados, mas coloca em perspectiva *o modo como* são empregados. Considerando a complexidade da gestão pública e a natural impossibilidade de previsão de todas as circunstâncias concretas, o recurso à indeterminação mostra-se fundamental.[54] Ademais, esses preceitos serão acolhidos na LINDB, que tem uma técnica de redação imprecisa por se tratar de uma "superlei" que terá amplíssima aplicação. Veja, por exemplo, o art. 5º da LINDB: "[n]a aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum". Que diferença de redação legislativa há entre o texto da Lei nº 13.655/2018 e o art. 5º da LINDB?

Uma segunda reflexão corresponde à lógica dos ônus argumentativos: por que a Lei nº 13.655/2018 cria essa ordem de sujeições aos controladores? A preocupação aqui está no fato, constatado empiricamente, que não raro o controlador assume a competência administrativa. O deslocamento da

[54] Tome-se o exemplo do art. 22, segundo o qual as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente devem ser consideradas na análise da regularidade de comportamento ou de validade de ação administrativa. Entre as circunstâncias práticas, podem-se considerar a escassez de recursos, a ausência de orientação interpretativa ou a divergência jurisprudencial sobre o assunto em questão, o excesso de demanda e a inviabilidade de atendimento geral, a ausência de autorização necessária de outra repartição pública, o desfalque de servidores públicos por adesão a plano de demissão voluntária etc. Como próprio da complexidade da gestão pública, os exemplos são tão diversos e peculiares que é inviável definir de antemão todas as circunstâncias práticas.

competência da esfera administrativa para a esfera controladora implica não apenas a transferência de poderes decisórios e suas prerrogativas, mas também de todas as sujeições que incidem sobre o gestor público. Todos os ônus anteriormente relacionados são operacionalizados na gestão pública. Quando o controlador se coloca na posição de gestor para revisar o conteúdo de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, é oportuno que esteja na exata posição em que se encontra o gestor público. Do contrário, perde a sociedade: a ação administrativa pode ser desconstituída sem o mesmo peso de sua construção ou a interpretação qualificada do gestor é substituída pela controladora sem as mesmas características de tecnicidade e aplicação que fez com que o legislador originalmente conferisse a competência e a preferência interpretativa à administração. Em síntese, o Brasil precisa de decisões de peso.

O art. 20, o art. 21 e o art. 22 da Lei de Segurança Jurídica devem ser lidos como *testes de deferência*. Se diante de uma concessão de serviço público o controlador não conseguir indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas ou não puder indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional, equânime e sem prejuízo de interesses gerais, então ele não deverá invalidar, pedir sua invalidação ou celebrar ajuste de conduta. Não podendo o controlador cumprir com os ônus argumentativos, a interpretação administrativa merece deferência e a ação administrativa deve ser preservada.[55]

[55] "Ao invés de impor, no caso, a leitura e interpretação jurídica que ele mesmo faria neste contexto de indeterminação, o controlador deverá então cogitar da existência de uma álea de razoabilidade, ou um leque de interpretações razoáveis, todas as quais lícitas. Dito de outro modo, o art. 22 da LINDB impõe que, num contexto de indeterminação jurídica real, o controlador se limite a avaliar a razoabilidade da escolha interpretativa realizada pelo administrador público. O controlador, portanto, deverá prestar deferência a esta escolha interpretativa razoável da administração, mesmo que ela não corresponda à escolha interpretativa específica que ele próprio (controlador) faria, se coubesse a ele a interpretação em primeira mão. Isso significa que o art. 22 pode ser entendido como fundamento normativo específico, no nosso direito, para a adoção da deferência judicial (ou, mais amplamente, deferência do controlador) às interpretações razoáveis da administração pública." JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB. Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. *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, p. 78, nov. 2018.

4.2 Confiança no gestor público honesto para inovar na gestão pública

Eis um pressuposto central na Lei nº 13.655/2018: *o gestor precisa de maior segurança para decidir*.

Não é de hoje que estudiosos da burocracia e de direito administrativo apontam para um quadro de *paralisia decisória* na esfera pública. Gestores públicos devem decidir, mas não querem assinar atos e contratos. Temem serem pessoalmente responsabilizados porque o controlador teve uma interpretação distinta da sua e, assim, reputou a decisão como um *ato ilícito*. Receiam ter de enfrentar inquéritos administrativos, serem questionados, prestarem esclarecimentos, serem constrangidos a assinar termos de ajustamento de gestão ou termos de ajustamento de conduta, figurarem no polo passivo de ações civis públicas de improbidade administrativa, virarem autoridades coatoras, lidarem com processos administrativos disciplinares, não fazerem jus aos benefícios da categoria e serem retaliados entre seus pares.

O risco a que os gestores públicos se sujeitam é alto. Se um ato seu for reputado irregular — por regras ou por princípios —, os controladores podem aplicar uma ou várias das seguintes consequências jurídicas, a depender do caso concreto:

1. Perda de bens ou valores;
2. Ressarcimento integral do dano;
3. Perda de função pública;
4. Suspensão de direitos políticos;
5. Multa;
6. Inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança;
7. Advertência;
8. Suspensão;
9. Demissão;
10. Destituição de cargo em comissão ou de função comissionada.

O rol de sanções não apenas é pesado como é fato que os incentivos legais para que os controladores atentem à dosimetria são baixos. Assim, por exemplo, o TCU pode aplicar a sanção de inabilitação para exercício de cargo em comissão ou função de confiança se a maioria absoluta de seus membros considerarem "grave a infração cometida".[56] A Lei de Improbidade

[56] Cf. art. 60 da Lei nº 8.443/1992.

Administrativa, por sua vez, determina como parâmetros decisórios apenas "a extensão do dano" e o "proveito patrimonial obtido pelo agente".[57] A Lei da Ação Civil Pública não traz qualquer critério de dosimetria.

E qual gestor público está sujeito a esse leque de sanções que pode ser discricionariamente aplicado pelo controlador? *Qualquer gestor*. Aqui está o erro fundamental da responsabilização dos agentes públicos: agentes honestos e desonestos, agentes que cometeram irregularidades imbuídos de má-fé, agentes que terminaram por cometer uma irregularidade acreditando estar melhor zelando pelo interesse público, enfim, todos estão sob a mesma régua da responsabilização. *A legislação não tutela o gestor público honesto*.

Gestores públicos honestos, que arrisco afirmar serem a maioria na administração pública, constrangem-se em tomar decisões inovadoras ou que contrariem orientações controladoras simplesmente porque discordam da interpretação dada pelos controladores. Pode-se explicar esse comportamento a partir do *efeito dissuasório* gerado pela legislação que não discrimina a intenção na ação administrativa. Constatando casos em que seus pares foram responsabilizados porque o controlador entendeu que sua atividade era irregular, a despeito de se tratar de um *erro honesto*, o gestor de boa-fé muda seu comportamento como estratégia de sobrevivência no funcionalismo público.

A Lei de Segurança Jurídica não está preocupada com o gestor de má-fé. Para este, foi construída toda uma legislação de controle. Interessa-se, isso sim, pelo gestor de boa-fé, cujo comportamento honesto não é tutelado pelo direito e termina por receber o mesmo tratamento jurídico do sujeito mal-intencionado. Por um lado, há o componente de justiça ao cidadão honesto que atua no poder público e busca exercer as suas competências dentro da legalidade e do modo mais eficiente possível. Porém, os fins da tutela do agente público honesto vão muito além da pessoa do gestor.

O primeiro foco de atenção corresponde ao *bom funcionamento da máquina pública*. As decisões públicas são diretamente impactadas pelo modo como o direito disciplina a responsabilização dos gestores. Todo o processo decisório torna-se mais burocrático, custoso, demorado e complexo. A autoridade decisória precisa "construir a sua segurança jurídica" e, para tanto, irá movimentar diversos órgãos com pedidos de análises, pareceres e demais documentos, mesmo para decisões mais simples. Os pareceres e as peças técnicas, por sua vez, tendem a se limitar a indicar qual é o comportamento

[57] Cf. art. 12, parágrafo único, da Lei nº 8.429/1992.

esperado do controlador diante da decisão a ser tomada. *A gestão pública é pautada pelo controlador*, quando, na verdade, deveria se orientar para a construção de soluções mais criativas, céleres e eficientes a partir da literatura e dos documentos que os gestores considerem mais apropriados.

Ainda, sem a tutela dos gestores honestos, a administração não conseguirá *atrair bons quadros*. Estudos empíricos apontam que cargos de provimento efetivo no baixo e médio escalão burocrático são itinerantes: tão logo seus servidores sejam aprovados em concursos promovidos pelos controladores, desfalca-se o Executivo.[58] A atração de bons quadros não se dá apenas pelo valor da remuneração, mas também pelo conforto decisório.

Por fim, a tutela do gestor público honesto viabiliza o *experimentalismo na administração pública*.[59] Seguro de que não será responsabilizado, salvo por dolo ou erro grosseiro, o gestor público pode *inovar* na gestão pública. O Legislativo confiou à administração pública competências por estar ela na melhor posição para exercê-las do modo mais eficiente possível. Dentro dos parâmetros de legalidade, tem o gestor público plena autonomia para trazer soluções jurídicas inovadoras, que devem ser devidamente motivadas. Assim, poderá redigir uma nova cláusula contratual, estabelecer métodos inovadores para implementação de políticas públicas[60] ou conferir a determinadas entidades atribuições que não lhe eram originárias, mas recentes transformações justificam que estejam nelas alocadas. Na inovação, espera-se o erro, desde que não seja grosseiro, pois é assim que problemas são identificados e endereçados. Incrementalmente, a gestão pública se torna melhor.

---

[58] Cf. FONTAINHA, Fernando de Castro et al. *Processos seletivos para contratação de servidores públicos*: Brasil, o país dos concursos? Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2014. Cf., particularmente, os casos relativos ao INSS e ao Ministério da Saúde relatados em p. 72 e ss.

[59] Pela teoria da governança experimentalista ("XG"), que tem Charles Sabel como seu maior representante, as decisões públicas são vocacionadas a resolver problemas concretos, mas não há muita clareza e informações para se ter uma compreensão integral dos casos concretos apresentados. Assim, a governança experimentalista propõe um *método de construção da decisão* galgado em três pressupostos: (1) *processo de aprendizagem* — a decisão é construída ao longo de um processo de interação e de troca de informações entre seus destinatários ao longo de sua implementação. É na experiência concreta que as informações vêm à tona e problemas podem ser mais facilmente diagnosticados para serem melhorados; (2) *adaptação decisória* — as decisões devem ser adaptadas conforme as características de seu destinatário; e (3) *melhor posição para decidir* — as instituições podem estar em melhores posições para decidir a depender do contexto no qual se insiram. Cf. SABEL, Charles; SIMON, William. Minimalism and experimentalism in the administrative state. *Geo. L. J.*, v. 100, 2011.

[60] O Laboratório de Políticas Públicas da Fundação Getulio Vargas (LAB FGV), conduzido por alunos de graduação, que tem se dedicado a criar alternativas de inovação pública. Disponível em: <http://labfgv.com.br>. Acesso em: 19 abr. 2018.

A nova LINDB foi construída tendo em vista o gestor público honesto. Trata-se de um ponto de partida diametralmente oposto das leis de controle — em grande medida, o rigor dos textos se justifica pelo fato de terem sido escritos com o agente ímprobo em mente. A lei precisa recompensar os comportamentos de honestidade como medida de incentivo para que se mantenha o padrão ético na gestão pública. Esta lei é um primeiro passo nesse sentido ao fazer a necessária dissociação entre gestores públicos honestos e desonestos; para estes, toda a sistemática de controle se verifica integralmente para que seja pessoalmente responsabilizado. Basicamente, a *tutela do gestor público honesto* está sedimentada em duas frentes: (i) depositar confiança na pessoa do gestor — por essa razão ele não será *pessoalmente responsabilizado*, mas sua ação poderá ser corrigida (recompensa) e (ii) conferir segurança para que ele efetivamente decida do melhor modo possível na sua avaliação técnica, podendo inovar na gestão pública e mesmo contrariar os entendimentos controladores, desde que fundamentadamente.

A proposta apresentada é de responsabilização pessoal do agente público por suas decisões ou opiniões técnicas apenas no caso de dolo ou erro grosseiro (art. 28). Mas seria o controle conivente com o erro? Gestores desidiosos ou imprudentes seriam beneficiados com a Lei de Segurança Jurídica? Não. Em caso de "erro grosseiro", o agente público será pessoalmente responsabilizado. Toda e qualquer irregularidade respaldada (em doutrina e jurisprudência, ainda que minoritárias) não configura erro grosseiro. Toda a decisão ou opinião técnica que reflita orientação geral, reconhecida entre os pares do gestor e sua comunidade técnica, não configura erro grosseiro. Toda decisão fundada em interpretação razoável, mesmo que posteriormente ela não venha a ser aceita na esfera controladora, não configura erro grosseiro.[61]

A Lei de Segurança Jurídica se apoia no critério de dosimetria previsto no art. 128 do Estatuto dos Servidores Públicos[62] (Lei nº 8.112/1990) para

[61] Em estudo específico sobre a responsabilização do gestor público por irregularidades ou ilegalidade cometidas de modo não intencional, cf. DIONISIO, Pedro de Hollanda. *O direito ao erro do administrador público no Brasil*. Rio de Janeiro, GZ, 2019. O autor apresenta os seguintes critérios na análise da tolerância do "erro" do gestor, sem ensejar sua correspondente responsabilização: (i) análise retrospectiva, aproximando-se de um estudo de caso em que regime jurídico, contexto e fatores reais integrem essa análise; e (ii) verificação dos parâmetros para determinação da culpa grave a partir do grau de diligência exigida pelo cargo ocupado, quais sejam: urgência da decisão a ser tomada, importância da decisão e presença de circunstâncias fáticas que tenham limitado a ação administrativa em concreto. Ibid., p. 130-153.

[62] É o texto do art. 128 da Lei 8.112/90: "[n]a aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais".

estabelecer um *mínimo de dosimetria* na aplicação de sanções. Toda e qualquer decisão de responsabilização deverá necessariamente considerar a natureza e a gravidade da infração, os danos que dela provierem para a administração, as circunstâncias agravantes ou atenuantes, bem como os antecedentes do agente.

4.3 O funcionamento da administração pública pode contar com maior segurança jurídica para gestores, cidadãos e controladores

A Lei de Segurança Jurídica previu uma série de mecanismos para promoção da segurança jurídica, buscando garantir previsibilidade, estabilidade e a confiança legítima dos cidadãos na administração pública:

1. *Regime de transição para interpretação ou orientação nova*. A mesma lógica na *vacatio legis*, também presente entre os regulamentos, será aplicada a decisões que estabeleçam novas interpretações ou orientações que afetem direitos ou criem condicionamentos simplesmente porque *têm estrutura normativa*. Na medida em que consequências de responsabilização podem se suceder pela inobservância desses novos entendimentos, o regime de transição mostra-se fundamental para que o destinatário promova o necessário para com eles cumprir. De mais, o instituto tem inspiração na *modulação de efeitos* em ações de inconstitucionalidade conforme previsão expressa na Lei da Adin[63] (Lei nº 9.868/1999) e em farta jurisprudência do STF.[64]
2. *Vinculação às orientações gerais da época para revisão de validade*. O art. 24 da nova LINDB se baseia em tradicionalíssimo brocardo jurídico de direito intertemporal: *tempus regit actum*. O arcabouço normativo é dinâmico, de contínua construção, e responde a contingências de

[63] É o texto do art. 27 da Lei nº 9.868/1999: "[a]o declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista *razões de segurança jurídica* ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado". Destacamos.

[64] Cf. BEICKER, Flávio. O STF e a dimensão temporal de suas decisões. A modulação de efeitos e a tese da nulidade dos atos normativos inconstitucionais. In: Adriana Vojvodic et al., *Jurisdição constitucional no Brasil*, op. cit.

época. Sobre um mesmo fato pode incidir um conjunto de preceitos e orientações gerais[65] em um momento inicial (t0) e outro conjunto marcadamente distinto em momento posterior (t1). É esperado que as normas jurídicas e as orientações mudem no transcurso de tempo, pois isso é um reflexo direto do maior fluxo de informações disponíveis, da experiência acumulada a partir de casos concretos e das características conjunturais da época. A Lei nº 13.655/2018 versa exatamente sobre um ato perfeito, válido e eficaz praticado no momento inicial (t0). Poderia ele ser controlado em momento posterior (t1) considerando as novas normas e orientações que sobrevieram, produzindo efeitos *ex tunc*?[66] É isso o que está em discussão. A lei apenas explicita o que já é regra no direito: atos, contratos, ajustes, processos e normas administrativas perfeitos e eficazes são regidos pela lei do seu tempo em qualquer circunstância, seja ela de elaboração, controle ou desconstituição. O tempo para estabelecer o conjunto de normas e orientações é o mesmo para todas as situações futuras e corresponde àquele em que se deu a *perfeição*, ou seja, o momento em que a produção de atos, contratos, ajustes, processos e normas administrativas tiver se completado. Aliás, esse é o mandamento legal do art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição Federal: "a lei não prejudicará o direito adquirido, o *ato jurídico perfeito* e a coisa julgada".[67] Certamente que a lei está em seu sentido material, como se depreende da leitura da regra da legalidade no art. 5º, inc. II, da Constituição. Isso impede que decisões administrativas consolidadas sejam revistas diante da mudança de composição de um órgão colegiado administrativo, por exemplo.[68]

---

[65] O PL define orientações gerais como "as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público" (art. 24, parágrafo único).

[66] Sobre o art. 24 da nova LINDB, cf. CÂMARA, Jacintho Arruda. Irretroatividade de nova orientação geral para anular deliberações administrativas. *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 passim.

[67] A própria Lei da Adin garante a segurança jurídica com relação à eficácia das medidas cautelares, considerando os efeitos deletérios da imediata aplicação desta decisão pelo Supremo. Assim, a medida cautelar tem efeitos *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que, no caso concreto, deve-se conceder eficácia retroativa (art. 11, § 1º, Lei nº 9.868/1999). De qualquer modo, os efeitos *ex tunc* são excepcionais. Ainda, esta é a regra para a declaração de constitucionalidade; estando em questão da declaração de validade, ainda mais certo que os efeitos não sejam retroativos em garantia da segurança jurídica.

[68] Não por outra razão as leis de processo administrativo limitarem o direito de revisão de atos ilegais para garantia da segurança jurídica. Na esfera federal, o art. 54 da Lei nº 9.784/1999

4.4 A qualidade das decisões públicas pode ser melhor, favorecendo a segurança jurídica

Além das medidas que dizem respeito diretamente à segurança jurídica, a Lei nº 13.655/2018 apresenta medidas de melhoria da qualidade das decisões públicas tomadas pela administração ou pelos controladores de um modo geral. Na ponta, também elas trabalham para um cenário de maior previsibilidade e certeza na esfera pública.

a) *Permissivo genérico aos acordos*. Os acordos firmados entre poder público e particulares[69] se desenvolveram significativamente desde suas primeiras regulamentações na esfera ambiental e concorrencial ainda na década de 1990. Hoje são vastos os exemplos: *acordos substitutivos* de processo sancionador ou de sanção por compromissos (notadamente de investimento); *acordos integrativos*, por meio dos quais se negocia o conteúdo da decisão unilateral final da administração pública; *acordos processuais*, análogos à figura do negócio jurídico processual previsto no novo Código de Processo Civil; *acordos de colaboração*, destinados à obtenção de provas e informações que melhorem os processos punitivos, como o acordo de leniência; *acordos de rescisão contratual*, como os recentemente disciplinados na Lei de Relicitações (Lei nº 13.448/2017) etc. A Nova LINDB não endereça todos os acordos administrativos, mas restringe-se a *criar um permissivo genérico* para que a Administração Pública Direta e Indireta de qualquer dos entes federados celebre acordos integrativos e substitutivos, bem como

prevê a decadência do direito de revisão de atos ilegais no prazo de cinco anos, desde que deles decorram efeitos favoráveis aos correspondentes destinatários e ausente má-fé. Essa é a jurisprudência pacífica no STF (cf. RE nº 636.553/RS), devendo a Súmula nº 473/STF ser lida nos termos da orientação do Supremo. A construção da decadência do exercício do direito de revisão de atos ilegais pela administração teve grande contribuição de Almiro do Couto e Silva. Cf., do autor, *O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração de anular seus próprios atos administrativos*: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei 9.784/99), de 2004. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/bibliotecavirtual_detail.asp?cod=624>. Acesso em: 16 abr. 2018. Sobre a história legislativa, jurisprudencial e doutrinária do prazo decadencial para anulação de atos inválidos pela Administração, cf. PINTO, Henrique Motta. Introdução ao caso preservação de ato administrativo inválido. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MONTEIRO, Vera. *Introdução ao direito administrativo*. São Paulo: Saraiva; SBDP, 2008.

[69] Cf. PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na administração pública*. São Paulo: Malheiros; SBDP, 2015.

qualquer outro compromisso para resolução de controvérsias[70]. Trata-se simplesmente de conferir um tratamento jurídico mais adequado ao permissivo genérico já existente na Lei da Ação Civil Pública, em seu art. 5º, § 6º,[71] trazendo maior segurança aos gestores sobre a viabilidade jurídica do consenso em sua repartição pública e segurança aos particulares quanto às cláusulas negociadas.

Assim, acordos podem ser firmados para eliminar irregularidades (termos de ajustamento ou contratos de gestão para regularização de situação irregular dentro de um cronograma de *compliance*, p. ex.), incerteza jurídica (compromissos assumidos para viabilizar licenças ambientais, p. ex.) ou situação contenciosa (termo de compromisso que substitua processos sancionadores por compromissos de investimento, p. ex.). Para tanto, o PL requer prévia oitiva do órgão jurídico — suas Procuradorias. Também exige a realização de consulta pública a depender da situação concreta. É sempre possível que compromissos pactuados extravasem os limites dos acordos e afetem interesses de terceiros, modifiquem a organização urbanística de uma localidade ou determinem critérios para benefícios e melhorias públicas. Também a celebração do acordo pode ter sua legitimidade questionada por entidades de interesse público ou pela localidade. Em todos esses casos, é recomendável a realização de consulta pública. O texto da lei foi propositalmente aberto para que não se limitassem, *ex ante*, as hipóteses de realização de consulta pública e se deixassem outras situações relevantes novas, não disciplinadas em lei, desamparadas. A celebração de acordos deve estar fundada em razões de relevante interesse geral, afastando-se todas as razões de interesse entre as partes que caracteriza o desvio de finalidade. Por fim, a Lei nº 13.655/2018 salvaguarda os *acordos em espécie*, definidos em leis e regulamentos especiais, muito comum na esfera regulatória, que devem ser obrigatoriamente observados.

---

[70] Com esse preceito, o Brasil se aproxima das mais avançadas experiências com a consensualidade administrativa que dispõem de permissivos genéricos à celebração de acordos, como na Itália (*Legge 241/1990*, art. 11), Espanha (*Ley 39/2015*, art. 86), Portugal (Lei 4/2015, art. 57), entre outros.

[71] É o texto do art. 5º, § 6º, da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985): "[o]s órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial".

b) *Processo administrativo normativo*. Em análise empírica, constatou-se que "o Brasil é o país dos regulamentos"[72] seja pelo volume de regulamentos ante as leis, seja pelo dado de que direitos e garantias individuais são disciplinados efetivamente na esfera regulamentar. Porém, a produção normativa pela administração não é relacionada com a ideia de processo, como o são tantas outras atividades como a fiscalização, o sancionamento, a desapropriação etc. Não por outra razão a expressão "baixar" ser a utilizada para expressar o ato de produção regulamentar: "o ministro baixou a Portaria". A nova LINDB enfrenta esse problema, um legado autoritário, para estabelecer o *mínimo de processo normativo* na produção administrativa de normas: a realização de consultas públicas. Este instrumento, especialmente o de formato eletrônico, tem se mostrado o mais relevante e útil para viabilizar que os interessados se manifestem sobre o conteúdo da norma em formação e, assim, o poder público qualifique sua decisão final. Do outro lado, os interessados não serão surpreendidos com uma norma simplesmente *baixada*, trazendo maior segurança jurídica à disciplina regulamentar de direitos e deveres.

c) *Publicidade das interpretações administrativas e controladoras.* A nova LINDB prevê o *dever* de as autoridades públicas (administrativas e controladoras) criarem mecanismos para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas. Exemplificativamente, apresenta três alternativas: edição de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. Em comum há a preocupação em *organizar* e *divulgar* a interpretação que órgãos administrativos e controladores se apoiam para decidir. Explicitando as *regras do jogo*, dispõe-se de maior segurança para alinhar comportamentos e tomadas de decisões na medida em que a sistematização de interpretação termina por apresentar orientações claras de comportamentos lícitos ou ilícitos. Por isso ser fundamental que órgãos administrativos e controladores revisitem as interpretações que fundamentaram seus diversos atos decisórios e sinalizem claramente à sociedade, ao mercado e às demais instâncias de governo a ordem de entendimento adotada por meio

[72] Cf. PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atividade normativa da administração pública*. Estudo do processo administrativo normativo. Tese (doutorado) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 20 e ss.

de regulamentos, súmulas e respostas a consultas, além de outros instrumentos análogos que podem ser criados internamente para este fim.[73]

O parágrafo único do art. 30 explicita a *autovinculação* da administração e dos controladores com relação aos atos de orientação que editarem. No caso do regulamento, o dever de observância é evidente em função de ser uma autêntica norma. Nos demais casos, porém, a autovinculação é uma decorrência lógica da natureza normativa que apresentam, embora não sejam formalmente normas. Súmulas e respostas a consultas públicas geram uma expectativa de comportamento que precisa ser tutelada para garantia da legítima confiança e da segurança jurídica, evitando-se o casuísmo e o arbítrio. Trata-se dos *precedentes normativos*.[74] Para eles, o direito cria um regime especial caracterizado (i) pelo *dever de observância geral*, principalmente pelas autoridades que se encontram na instituição em que foram emanados, e (ii) pelo *rito especial para perda do caráter vinculante*: considerando que essas são decisões de relativa estabilidade e que fundamentam comportamentos de terceiros, como normas, apenas deixarão de vincular mediante novo ato de igual estatura ou superior, em que se apresente motivação específica para as razões da mudança de entendimento e o correspondente regime de transição, nos termos do art. 23. Esta regra explicita o comando do art. 2º, parágrafo único, da Lei Federal de Processo Administrativo, que veda a aplicação retroativa de nova interpretação.[75]

---

[73] A *Executive Order 13.*563, de 2011, editada durante o governo Obama, determina às Agências que realizem análise retrospectiva das normas, de modo a conferir clareza à sociedade sobre as orientações de comportamento a serem seguidas. Para tanto, as normas devem ser analisadas quanto à efetividade — verificar se são atuais, eficazes e se disciplinam o assunto suficientemente — para definir se devem ser mantidas, modificadas, simplificadas, expandidas ou revogadas.

[74] Cf. LUVIZOTTO, Juliana Cristina. *Os precedentes administrativos e a vinculação da atividade administrativa*. Tese (doutorado) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

[75] É o texto do art. 2º, parágrafo único, inc. XIII: "[i]nterpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação".

5. Lei nº 13.655/2018: um projeto sobre planos

A insegurança jurídica é um dado da realidade: ela jamais poderá ser vencida. Também a insegurança jurídica é um estado de sentimento, sendo subjetivamente valorada. Impossível estabelecer uma métrica na medida em que a eleição de cenários de insegurança jurídica é política. Em função de suas diversas consequências negativas, historicamente o direito tem buscado métodos para enfrentá-la. Talvez a estratégia mais difundida para lidar com a insegurança jurídica seja a codificação ou a criação de leis maximalistas, na esperança de que a disciplina jurídica minuciosa confira previsibilidade e uniformidade de atuação. No entanto, a segurança jurídica pela via normativa é limitada. Principalmente no atual cenário de transformações conjunturais catalisadas por novas tecnologias, nunca haverá plena regulamentação de todas as situações concretas e, além disso, o tempo da produção normativa é demasiadamente moroso. Por essa razão a nova LINDB se voltar fundamentalmente aos comportamentos de agentes públicos, controladores e pessoas que interagem com o poder público.

Desmitificando a Lei nº 13.655/2018, constatamos que ela não é uma conspiração de advogados contratados por concessionárias de serviços públicos para limitar o controle. A lei não cria qualquer mecanismo para que a administração se esquive do controle e na maior parte dos seus preceitos esclarece, aprofunda e generaliza experiências já em curso na gestão pública. A nova LINDB é reconhecidamente um projeto para aprimorar a segurança jurídica e melhorar a qualidade das decisões públicas. Porém, segurança jurídica não é um fim em si mesmo — sobre o que, afinal de contas, é a nova LINDB?

A nova LINDB pretende ser uma *metanorma* nas relações com o poder público, de modo que particulares possam fazer os seus planos e, por sua vez, também o direito desenhe planos de articulação institucional para o alcance de finalidades públicas.[76]

Se uma pessoa quiser abrir um negócio, precisará se planejar. Certamente irá constatar que depende de autorizações públicas para iniciar suas atividades e, para obtê-las, terá que ajustar seu plano de negócios às normas que regulam sua atividade. Com as medidas de segurança jurídica previstas

[76] As reflexões aqui apresentadas encontram substrato filosófico na teoria dos planos, de Scott Shapiro. Cf. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

na lei, terá maior segurança sobre o conjunto de normas e orientações que disciplinam a sua atividade (art. 30, *caput*). Também não correrá o risco de que seu pedido de autorização seja negado pela autoridade competente "por razões de interesse público", sem saber o que pode fazer para ajustar seu planejamento e viabilizar o empreendimento (art. 20). Tampouco se verá na situação em que o concorrente obteve a autorização e seu pedido foi denegado, em igualdade de condições (art. 30, *parágrafo único*). Será possível celebrar um acordo para viabilizar a autorização, comprometendo-se a satisfazer as metas definidas consensualmente com a autoridade dentro de um cronograma de investimentos e *compliance* (art. 28). Anos após seu negócio estar em operação, o empresário não será surpreendido com a cassação de sua autorização porque a nova composição do colegiado entende que os requisitos não foram plenamente satisfeitos (art. 24). Caso sobrevenha nova interpretação sobre o limite de um componente químico do seu produto, será deferido regime de transição para que este empresário adapte seu negócio sem afetar empregos, investimentos ou mesmo a vida da empresa (art. 23). Do mesmo modo, poderá apresentar seu ponto de vista sobre proposta de norma em discussão no governo que impacte negativamente sua atividade (diminuindo as margens de lucro e tornando mais difícil a inovação tecnológica, por exemplo), ajudando, assim, a construir uma regulação de maior qualidade.

Se essas medidas de segurança jurídica não estiverem previstas, talvez o melhor plano seja *desistir do plano*. Ou, querendo insistir no plano, deverá internalizar problemas burocráticos, litígios administrativos e judiciais, bem como ofertas de corrupção para minimizar esses problemas. O custo final será repassado ao consumidor.

Leis também são planos.[77] Para satisfazer certo fim público, o legislador pode claramente determinar o caminho. Contudo, o mais frequente é que ele faça uso de fórmulas abstratas e delegue competências àquele que possuir determinadas características que o colocam na melhor posição para tomar decisões. Se a lei atribuir a um órgão administrativo a competência de modelar contratos de concessão e estabelecer o modo pelo qual um determinado serviço público será prestado, há clara subversão do plano legislativo original quando o controlador toma para si a decisão de modelagem da concessão, ainda que em parte.[78] A insegurança jurídica está exatamente nesta subversão:

---

[77] Ibid., p. 127.

[78] Ibid., p. 347. Essa dinâmica, intitulada pelo filósofo de "*God's-eye view*" é fundada na autopercepção dos agentes públicos (no original, "*legal officials*") como depositários de

quando o espaço da administração conferido por lei não é respeitado, há incerteza: (i) sobre quem vai decidir; (ii) sobre as regras com que irá se decidir; (iii) sobre o que irá decidir; (iv) sobre o tempo em que a decisão irá perdurar; e (v) sobre a ordem de impacto da decisão. Tudo isso torna o sistema imprevisível, instável, incalculável e de consequências incertas. Porém, a pior consequência é a impossibilidade de se *fazer planos de articulação institucional* — qualquer tentativa legal de se estabelecer o espaço do administrador será, ao final do dia, frustrada.[79]

Na minha visão, que não é compartilhada pela Lei nº 13.655/2018, seria plenamente cabível que a LINDB recebesse preceitos que demarcassem com maior clareza o espaço do gestor e o espaço do controlador, com a previsão de institutos já identificados internacionalmente. Como exemplos, podem-se citar a determinação de reservas de administração, testes de deferência mais intensos, regras de articulação institucional, estabelecimento de um momento claro a partir do qual o controle de processo ou ato seria cabível, responsabilização de controladores etc. A nova LINDB foi extremamente prudente e não fez qualquer previsão nesse sentido.

A nova LINDB supera a questão que provoco — espaço da administração e do controle — para focar no resultado final: coerência, transparência e maior fluxo de informações para que as ações públicas sejam mais previsíveis e estáveis. Por essa razão, tamanha ênfase na motivação qualificada. Os ônus de fundamentação não são constrangimentos aos controladores, mas antes respostas que devem ser fornecidas em função do tipo de decisão que será tomada — *por quem quer que seja*, administração ou controlador. Esses são ônus que permitem o diálogo institucional e o endereçamento concreto por meio de ajuste de comportamentos, alteração normativa, revisão de atos, procedimentos e contratos etc. A ideia não é ignorar a interpretação administrativa. A lei parte do pressuposto de que a competência originalmente designada à administração acaba se deslocando para os controladores e eles devem cumprir com o grau de fundamentação que essa competência requer. Por essa razão, os controladores são instados a considerar variáveis de gestão na motivação, como os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as

---

confiança, enquanto aqueles que receberam a competência legal padecem de confiança. O *God's-eye view* subverte o plano original estabelecido em lei, sendo sintomático de um sistema legal de desconfiança. Diante desse cenário, coloca-se aos "metaintérpretes" que se determine quem deve ser confiado para fazer o quê.

[79] É o que se verifica no caso da judicialização à saúde, cujas tentativas legislativas se mostraram, em maior ou menor medida, frustradas ao final do dia.

exigências de políticas públicas a seu cargo. Portanto, nada mais correta a avaliação de que a Lei nº 13.655/2018 reforça e qualifica o controle.

Por outro lado, a nova LINDB deposita confiança no gestor público honesto para inovar, corrigindo histórica injustiça de colocar sob a mesma régua de responsabilização agentes públicos honestos e desonestos. Essa medida é fundamental para que também os gestores façam planos na gestão pública: planos de implementação de políticas públicas, planos de contratações públicas, planos de produção normativa, planos de análise de impacto etc. Em outros termos, trazendo medidas de tutela e de incentivo da honestidade na máquina pública, o agente público honesto pode manejar a discricionariedade com maior conforto decisório. Assim, a máquina pública funciona de modo mais eficiente, com criatividade e sempre atraindo bons quadros.

Esse é um projeto fundamental para melhorar o desenvolvimento brasileiro. Que a nova LINDB não pereça por má compreensão ou por lentes não republicanas de leitura — queremos todos um Brasil melhor.

Referências

ALMEIDA, Fabricio Antonio Cardim de (Coord.). *Revisão judicial das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade)*. Belo Horizonte: Fórum; SBDP, 2010.

BEICKER, Flávio. O STF e a dimensão temporal de suas decisões. A modulação de efeitos e a tese da nulidade dos atos normativos inconstitucionais: In: VOJVODIC, Adriana et al. (Org.). *Jurisdição constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros; SBDP, 2012.

BRAGA, André de Castro Oliveira Pereira. *Normas abertas e regras no licenciamento ambiental*. Dissertação (mestrado) — FGV Direito SP, Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2010.

CORRÊA, Luiza Andrade. *A judicialização da política pública de educação infantil no Tribunal de Justiça de São Paulo*. Dissertação (mestrado) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro* — anotada. São Paulo: Quartier Latin, 2019. 2 v.

DIONISIO, Pedro de Hollanda. *O direito ao erro do administrador público no Brasil*. Rio de Janeiro: GZ, 2019.

FONTAINHA, Fernando de Castro et al. *Processos seletivos para contratação de servidores públicos*: Brasil, o país dos concursos? Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2014.

GABRIEL, Yasser Reis. *Procedimentos jurídicos para estruturação de concessão de infraestrutura e o desenvolvimento brasileiro*. Dissertação (mestrado) — FGV Direito SP, Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2016.

GUAZELLI, Amanda Salis. *A busca da justiça distributiva no Judiciário por meio das relações contratuais*: uma análise a partir dos planos de saúde. Dissertação (mestrado) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

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

____. Art. 22 da LINDB. Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. *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: FGV, nov. 2018.

JURKSAITIS, Guilherme Jardim. *Contratação direta*. Análise crítica do sistema e o caso dos serviços advocatícios. Dissertação (mestrado) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB. Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *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.

KANAYAMA, Rodrigo Luís. *Direito, política e consenso*: a escolha eficiente de políticas públicas. Tese (doutorado) — Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

LUVIZOTTO, Juliana Cristina. *Os precedentes administrativos e a vinculação da atividade administrativa*. Tese (doutorado) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

MARINHO, Carolina Martins. *Justiciabilidade dos direitos sociais*: análise de julgados do direito à educação sob o enfoque da capacidade institucional. Dissertação (mestrado) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

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.

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

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atividade normativa da administração pública. Estudo do processo administrativo normativo*. Tese (doutorado) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

____. *Sanção e acordo na administração pública*. São Paulo: Malheiros; SBDP, 2015.

PIRES, Gabriel Lino de Paula. *Ministério Público e controle da administração pública*: enfoque sobre a atuação extrajudicial do Parquet. Dissertação (mestrado) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

RAMALHO, Bruno Araújo. O dever de "motivação administrativa" no contexto das escolhas regulatórias: uma análise da jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU). In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Transformações do direito administrativo*: consequencialismo e estratégias regulatórias. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2016.

ROSILHO, André Janjácomo. *Controle da administração pública pelo Tribunal de Contas da União*. Tese (doutorado) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

____; GERBIM, Larissa Santiago. Política de contratações públicas da Petrobras: o que pensam o STF e o TCU? *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 50, abr./jun. 2015.

SABEL, Charles; SIMON, William. Minimalism and experimentalism in the administrative state. *Geo. L. J.*, v. 100, 2011.

SAMPAIO, Mariana. *O Ministério Público do estado de São Paulo e o seu Plano Geral de Atuação*. Dissertação (mestrado) — Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2017.

SHAPIRO, Scott. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

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.

TENÓRIO, Oscar. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942)*. Rio de Janeiro: Jacinto, 1944.

VASCONCELOS, Natalia Pires de. *Judiciário e orçamento público*. Considerações sobre o impacto orçamentário de decisões judiciais. Dissertação (mestrado) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

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: 16 abr. 2018.