

Alterações no LINDB valem para todos, não são para o controle



Fabrício Motta
procurador e professor

A Lei 13.655/18 (que altera a Lei de Introdução às Normas do Direito

Brasileiro, incluindo disposições sobre segurança jurídica na aplicação do Direito Público) nasceu embalada pelas polêmicas que a cercaram desde o primeiro embrião — enquanto projeto de lei — e que cresceram, em quantidade e importância, durante o processo legislativo.

Os leitores da ConJur puderam acompanhar, em artigos variados (incluindo alguns publicados neste espaço e na excelente coluna “Contas à Vista”), interpretações e preocupações ligadas a pontos específicos da — hoje — lei que, sem dúvida, impacta decisivamente a atividade jurídica ligada ao Direito Público. O debate doutrinário não deixou de incorporar, em boa medida, alguns extremismos próprios do nosso tempo. De qualquer maneira, sancionada e publicada a lei, é hora de começar a dedicar-lhe atenção para que possa ser interpretada e aplicada em harmonia com o ordenamento, como deve ser.

O cenário jurídico-social que impulsionou a edição da lei foi composto sobretudo de argumentos voltados à importância da segurança jurídica e da necessária reverência do Estado-administração a esse princípio na interpretação das normas de Direito Público. A esse respeito, relembro a clássica lição de Hely Lopes Meirelles:

“A interpretação do Direito Administrativo, além da utilização analógica das regras do Direito Privado que lhe forem aplicáveis, há de considerar, necessariamente, esses três pressupostos: 1º) a desigualdade jurídica entre a Administração e os administrados; 2º) a presunção de legitimidade dos atos da Administração; 3º) a necessidade de poderes discricionários para a Administração atender ao interesse público. Com efeito, enquanto o Direito Privado repousa sobre a igualdade das partes na relação jurídica, o direito Público assenta em princípio inverso, qual seja, o da supremacia do Poder Público sobre os cidadãos[...] dessa desigualdade originária entre a Administração e os particulares resultam inegáveis privilégios e prerrogativas para o Poder Público, privilégios e prerrogativas que não podem ser desconhecidos nem desconsiderados pelo

intérprete ou aplicador das regras e princípios desse ramo do Direito”[1].

Interpretada sem as devidas cautelas e contextualizações, a lição pode causar certo desconforto nos dias atuais. O interesse público depende de reconhecimento pelo ordenamento jurídico, não cabendo admitir sua busca e realização além dos limites da juridicidade. Como aduz Celso Antônio Bandeira de Mello, cuja doutrina sobre interesse público é a mais difundida na doutrina brasileira, o conteúdo jurídico do princípio do interesse público não pode ser encontrado em outro lugar senão no próprio direito positivo [2], e não é necessariamente antagônico aos interesses dos indivíduos por se tratar de uma de suas dimensões. Um dos mais reputados monografistas sobre o tema entre nós, Daniel Wunder Hachem, avança na distinção ao propor a identificação do interesse público em dois sentidos:

“(a) interesse público em sentido amplo: trata-se do interesse público genericamente considerado, que compreende todos os interesses juridicamente protegidos, englobando tanto o interesse da coletividade em si mesma considerada (interesse geral) quanto interesses individuais e coletivos (interesses específicos), quando albergados pelo Direito positivo. [...] (b) interesse público em sentido estrito: cuida-se do interesse da coletividade em si mesma considerada (interesse geral), a ser identificado no caso concreto pela Administração Pública, em razão de uma competência que lhe tenha sido outorgada expressa ou implicitamente pelo ordenamento jurídico. Pode se manifestar na forma de um conceito legal ou de uma competência discricionária. Consiste num pressuposto positivo de validade da atuação administrativa, eis que o ordenamento jurídico só autorizará a prática do ato quando presente esse interesse público em sentido estrito, hipótese em que estará autorizada a sua prevalência sobre interesses individuais e coletivos (interesses específicos) também protegidos pelo sistema normativo”[3].

Em um Estado Social e Democrático de Direito, o procedimento administrativo participativo, contando com a plena e verdadeira atuação do cidadão, é a matriz que assegura atuação legítima e eficaz da administração na identificação e defesa do interesse público[4]. O procedimento administrativo, em síntese, é o campo próprio para a identificação do interesse público a ser protegido mediante a utilização das prerrogativas eventualmente previstas no ordenamento, com necessária repercussão do conteúdo normativo dos demais princípios — motivação, em especial.

Essas considerações preliminares permitem analisar o artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, acrescido pela Lei 13.655/18:

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

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

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, despiciendo observar, se destina em princípio a todos os intérpretes e aplicadores do ordenamento nacional. Ainda assim, o artigo faz expressa referência às “esferas administrativa, controladora e judicial”. A separação das esferas administrativa e controle chama à atenção reconhecer espaço próprio à função de controle, comumente entendida como administrativa nos quadrantes clássicos da tripartição de poderes. A referência específica à esfera

controladora reforça a incidência das normas nas atividades de controle exercidas nos âmbitos administrativos interno (controle interno, previsto no artigo 74 da Constituição) e externo (controle exercido pelo Legislativo, com o auxílio dos tribunais de contas), além das atividades controladoras exercidas por qualquer instituição sem filiação específica no tradicional sistema de tripartição (Ministério Público, nas atribuições de controle exercidas fora do processo judicial).

Percebe-se, desta forma, que os destinatários das regras não se resumem aos órgãos de controle, notadamente tribunais de contas. Não seria absurdo interpretar que a norma se dirige inicialmente ao gestor público, posteriormente aos controladores, no exercício de suas atribuições de fiscalização, e finalmente ao Judiciário, se provocado, diante de questões não solucionadas pelas esferas iniciais.

Por essa razão, na esfera administrativa, inicialmente, “não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”. As decisões administrativas deverão avaliar concretamente as eventuais soluções possíveis, notadamente na interpretação de conceitos abertos, considerando os prós e contras da adoção de cada qual. O consequencialismo não implica desconsideração da legalidade estrita — ao contrário, é justamente no plano das soluções admitidas pelo ordenamento que a decisão deverá se inserir. Nesse particular, o dever de motivação é exigido do gestor para permitir compreender o percurso hermenêutico que empreendeu na busca da melhor solução, tornando públicas as razões que o levaram a considerar dada medida como necessária e adequada frente às demais.

A função de controle é exercida, como regra, em momento posterior. O foco do controle recai sobre todo o processo decisório, cabendo-lhe avaliar as medidas consideradas como necessárias e adequadas, diante das alternativas apresentadas na esfera administrativa. A análise das alternativas é posta no âmbito de verificação da necessidade e adequação das medidas tomadas pelo gestor, à luz do caso concreto. Como regra, não que se falar em alternativas à invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, por tratar a invalidação de consequência necessária de vício de legalidade. A rigor, a alternativa eventualmente admissível diante de vício de legalidade é a convalidação, ou seja, a prática de novo ato escoimando os vícios do ato anterior. Em outras palavras, diante de vício de legalidade, na esfera administrativa, o gestor público deverá verificar detidamente a possibilidade de convalidação dos atos praticados.

A atividade de controle, por outro lado, somente poderá examinar as eventuais alternativas que se apresentavam ao gestor por se tratar de fiscalização de conformidade — cabe ao gestor identificar as alternativas, sopesá-las e decidir; ao controle cabe a posterior verificação da decisão diante do cenário posto. Cabe interpretar o texto para dele extrair norma que não materialize compartilhamento da responsabilidade pelas escolhas públicas entre gestor público e controlador, por absoluta incompatibilidade com a Constituição.

A lição de Vanice Valle a respeito da questão é digna de nota:

“O comando normativo como proposto tem por efeito imediato, a meu sentir, realinhar todos os atores envolvidos — Administração e agentes de controle de qualquer matiz — num mesmo cenário de consideração. Estende-se à racionalidade a ser desenvolvida pelo controlador na interpretação da norma sobre gestão pública, o imperativo de considerar os mesmos elementos de constrição que se tem no cenário de decisão da Administração Pública. Isso não é reduzir o

controle, mas sim aproxima-lo da realidade que determinou a ação pública desenhada pela interpretação das normas de regência. A aproximação controladora passa a dar a partir de uma interpretação que não veja no bloqueio à ação pública o resultado via preferencial. Com essa opção legislativa, o controle passa a ter seu olhar direcionado particularmente ao juízo de ponderação que esse mesmo administrador empreende no quadro de dificuldades em que se vê. Observe-se ainda um efeito secundário desse mesmo preceito, que é aquele de reforçar a exigibilidade de que a ação da Administração seja efetivamente precedida de uma racionalidade conhecida na determinação de conteúdo que extrai da norma sobre gestão pública. No campo em especial das políticas públicas, terreno fértil à indeterminação conceitual, a determinação de sentido formulada pelo gestor na interpretação quanto a seus deveres de agir adentra a um terreno de necessária visibilidade — sem o que, ela não poderá ser considerada pelo controle como recomenda o preceito sob análise. Ganham, portanto, as instâncias vocacionadas à zeladoria da legalidade, novo instrumento para reconduzir a ação pública ao caminho da escolha racional e ponderada, reduzindo o voluntarismo e o subjetivismo”[5].

A nova lei impõe que o controle deve necessariamente considerar — e dialogar com — o ponto de vista do administrador público; há um reforço no ônus argumentativo do exercício de ambas as funções para que se discuta a partir de um mesmo ponto de partida, inserido em um mesmo cenário.

Como escreveram Élidea Graziane Pinto, Ingo Sarlet e Jessé Torres, “ideal seria que o exame de alternativas e consequências estivesse, desde a concepção das políticas públicas, profundamente enraizado no planejamento setorial e orçamentário que lastreia a legalidade e a legitimidade decisória do administrador público, sem prejuízo da verificação de economicidade ao longo da execução dos programas”[6]. Tais condutas já são exigidas dos gestores públicos; cabe aos órgãos de controle cobrar a plena obediência às normas constitucionais e legais que impõem deveres relativos às diversas dimensões do planejamento da gestão pública.

[1] (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25ª.ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000).

[2] CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo*, 27ª ed., São Paulo, 2010, p.68.

[3] DANIEL WUNDER HACHEM, A dupla noção jurídica de interesse público em direito administrativo, in *Revista de Direito Administrativo & Constitucional – A&C*, n.44, ano 11, p. 59-110.

[4] EURICO BITENCOURT NETO, *Concertação administrativa interorgânica*. Direito administrativo e organização no século XXI, São Paulo, 2017.[5]

https://www.academia.edu/36482470/O_PL_7448_17_E_O_RESGATE_DA_ESS%C3%8ANCIA_DA_JU

[6] <https://www.conjur.com.br/2018-abr-24/contas-vista-pl-7448-desequilibra-equacao-entre-custos-riscos-escolha-publica>