

Novo Lindb reaffirma o brocardo “tempus regit actum”



Luciano Ferraz
advogado e professor

Pontes de Miranda desde há muito afiançava que “com antipatia não se

interpreta, ataca-se”[\[1\]](#). Referia-se o notável jurisconsulto à tarefa de interpretar a lei e o Direito para sua fiel aplicação; sustentava que o intérprete, antes de se embrenhar pelas sendas do ordenamento jurídico, deveria se despir de preconceitos e concepções, em ordem a avaliar, “de ânimo desarmado”[\[2\]](#), as situações concretas submetidas ao seu crivo.

No âmbito da administração pública brasileira, a tarefa de interpretar o Direito tem-se transformado numa espécie de profissão de fé. Multiplicam-se país afora ações judiciais e processos administrativos que se instalam em torno dos denominados “delitos de exegese”. Nem mesmo a existência de relevantes posições doutrinárias e tendências jurisprudenciais do STF, do STJ, do TCU e de outros tribunais são suficientes para garantir que interpretações realizadas pela administração pública estejam imunes às discussões processuais.

Além disso, há outro dado muito relevante nesse contexto — e que tem a ver com as fontes típicas do Direito brasileiro. A lei e a doutrina têm perdido cada vez mais espaços como fontes de orientação jurídica, afirmando-se a jurisprudência, do ponto de vista prático (e não teórico), como o principal referencial das decisões de poder no país.

Todavia, lidar com precedentes pode ser bastante mais complexo do que aparenta ser. A instabilidade e a mutabilidade das interpretações dos tribunais e a falta de coerência e de prevalência de um modo de pensar racionalizado (*ratio decidendi*) não raro promovem discussões em torno da ausência de segurança jurídica desses precedentes.

Tudo isso, é claro, sem falar na alternância de interpretações — com impactos visíveis sobre diversos aspectos da vida da administração pública. Exemplo disso pode-se ver na discussão que o STF travou em torno da prescrição das ações de ressarcimento decorrentes de atos de improbidade administrativa. Bastou uma semana para a alternância de votos de alguns dos membros da suprema corte, com impactos diretos na definição da repercussão geral respectiva.

Nesse sentido, as alterações produzidas pelo legislador democrático na Lindb, mediante a edição da Lei 13.655/18, procuraram assegurar um maior espectro de confiança e legitimidade dos agentes administrativos, cada vez mais amiudados em face dos órgãos controladores (MP e TC) e do Poder Judiciário, no momento de firmarem suas próprias convicções.

Veja-se, por exemplo, o que dispõe o artigo 24 da Lindb:

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

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

Essa norma é partidária de outras que já se encontravam previstas no ordenamento jurídico brasileiro, mas cuja aplicabilidade efetiva sempre esteve longe de se fazer realidade. Refiro-me, a modo de exemplo, à disposição do artigo 146 do CTN[3] (no âmbito tributário) e ao artigo 2º, parágrafo único, XIII da Lei 9.784/1999, que veda a aplicação retroativa de nova interpretação administrativa[4]. No mesmo sentido, o artigo 14 do CPC[5].

As disposições citadas aproximam-se, em grande medida, da regra constitucional que veda a retroatividade da lei[6], afinal, se para a aplicação de qualquer lei é imprescindível sua interpretação — toda regra, toda lei, conquanto proprietária de sentido lexical, é capaz de enunciar multiplicidade de sentidos normativos (*open texture*, no dizer de Hart), a depender — a fixação do sentido adequado — da atividade cognoscitiva do intérprete.

Portanto, não é exagerado afirmar que interpretar uma norma é a determinação do seu sentido; interpretá-la novamente, noutra giro, equivale à edição de norma nova, cuja aplicação concreta, em respeito ao princípio da segurança jurídica, deve se projetar para o futuro e não retroagir ao momento da edição da norma interpretada. *Tempus regit actum*, diz o brocardo.

Nos termos do parágrafo único do artigo 24 da Lindb, consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral *ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária*, e ainda as adotadas por *prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público*.

Logo, se a fonte mais saliente do Direito na modernidade, a jurisprudência, fundamentalmente a do STF

(que é o tribunal de vértice dos sistema judiciário brasileiro) sedimenta práticas administrativas num determinado sentido, mesmo que a própria jurisprudência do STF ou a de tribunais inferiores venha a se alterar para fixar nova interpretação ou, ainda, para impor novas condicionantes àquela interpretação já existe, os efeitos dessas modificações exegéticas somente se podem aplicar para o futuro, este o sentido do artigo 24 da Lindb[7].

Um exemplo dos mais significativos a justificar a incidência do artigo 24 da Lindb relaciona-se com a contratação direta de serviços privados especializados pela administração pública, com fundamento no artigo 25, II c/c o parágrafo 1º da Lei 8.666/93. São inúmeros os processos judiciais e administrativos que discutem a correta interpretação dessa espécie legislativa e a existência de uma sequência de julgados do STF não tem sido o bastante para que iniciativas de acionamento judicial e administrativo dos gestores responsáveis pelas contratações e dos respectivos contratados sejam abandonadas.

Com efeito, uma retrospectiva da jurisprudência do STF revela a seguinte sequência de julgados.

- em 24/10/1995, o STF apreciou o RHC 72.830, rel. min. Carlos Velloso, 2ª T, compreendendo que “a contratação de advogado para a defesa de interesses do Estado nos Tribunais Superiores: dispensa licitação, tendo em vista a natureza do trabalho a ser prestado, cujo preço é impossível de ser mesurado em termos de menor preço”;
- em 14/3/2006, o STF julgou o RE 466.705/SP, rel. min. Sepúlveda Pertence, 1ª T, destacando que “a contratação de serviços de advogado, definidos pela lei como ‘serviços técnicos especializados’, isto é, serviços que a Administração deve contratar sem licitação, escolhendo o contratado de acordo, em última instância, com o grau de confiança que ela própria, Administração, deposite na especialização desse contratado. É isso, exatamente isso, o que diz o direito positivo [...] o requisito da confiança da Administração em quem deseje contratar é subjetivo; logo, a realização de procedimento licitatório para a contratação de tais serviços — procedimento regido, entre outros, pelo princípio do julgamento objetivo — é incompatível com a atribuição de exercício de subjetividade que o direito positivo confere à Administração para a escolha do “trabalho essencial e indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do contrato” (cf. o parágrafo 1º do art. 25 da Lei nº. 8.666/93). Ademais, a licitação desatenderia ao interesse público na medida em que sujeitaria a Administração a contratar com quem, embora vencedor da licitação, segundo a ponderação de critérios objetivos, dela não merecesse o mais elevado grau de confiança”;
- em 15/12/2006, o STF, ao apreciar a AP 348/SC, rel. min. Eros Grau, Tribunal Pleno, novamente ponderou que “serviços técnicos profissionais especializados” são serviços que a administração deve contratar sem licitação, escolhendo o contratado de acordo, em última instância, com o grau de confiança que ela própria, administração, deposite na especialização desse contratado. Nesses casos, o requisito da confiança da administração em quem deseje contratar é subjetivo. Daí que a realização de procedimento licitatório para a contratação de tais serviços — procedimento regido, entre outros, pelo princípio do julgamento objetivo — é incompatível com a atribuição de exercício de subjetividade que o direito positivo confere à administração para a escolha do “trabalho essencial e indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato” (cf. o parágrafo 1º do artigo 25 da Lei 8.666/93). O que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança;
- em 17/4/2007, o STF julgou o HC 86.198, rel. min. Sepúlveda Pertence, 1ª T, decidindo que “a presença dos requisitos de notória especialização e confiança, ao lado do relevo do trabalho a ser

contratado, que encontram respaldo da inequívoca prova documental trazida, permite concluir, no caso, pela inexigibilidade da licitação para a contratação dos serviços de advocacia. Extrema dificuldade, de outro lado, da licitação de serviços de advocacia, dada a incompatibilidade com as limitações éticas e legais que da profissão (L. 8.906/94, art. 34, IV; e Código de Ética e Disciplina da OAB/1995, art. 7º);

- em 29/3/2012, no julgamento do INQ 3077, rel. min. Dias Toffoli, o Tribunal Pleno do STF igualmente decidiu que “o que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança. Há, no caso concreto, requisitos suficientes para o seu enquadramento em situação na qual não incide o dever de licitar, ou seja, de inexigibilidade de licitação: os profissionais contratados possuíam notória especialização, comprovada nos autos, além de desfrutarem da confiança da Administração. Ilegalidade inexistente. Fato atípico”.

A sequência das decisões do STF deixa ver uma coerência quase absoluta acerca da compreensão jurídica do conteúdo da hipótese de contratação de serviços técnicos especializados, sem licitação (artigo 25, II da Lei 8.666/93). Assentavam-se os julgados em quatro pontos essenciais: (a) o caráter predominantemente subjetivo da contratação; (b) a ausência de critérios objetivos de comparação no universo dos contratados potencialmente elegíveis; (c) a confiança do gestor como fator de fundamentação da escolha; (d) a notória especializado do escolhido. Além disso, o preço sempre teve de ser compatível com os praticados pelo contratado no mercado^[8]. Nenhum outro requisito era exigível pela jurisprudência da suprema corte para que os administradores pudessem se valer da hipótese de inexigibilidade de licitação.

Em 26/8/2014, sob a batuta do ministro Roberto Barroso, todavia, a 1ª Turma do STF (não o Tribunal Pleno) revisitou a matéria no julgamento do INQ 3.074, aduzindo, desta feita, outros requisitos para que a contratação direta, sem licitação, pudesse se legitimar. Na ocasião, o órgão fracionário do STF compreendeu que “a contratação direta de escritório de advocacia, sem licitação, deve observar os seguintes parâmetros: a) existência de procedimento administrativo formal; b) notória especialização profissional; c) natureza singular do serviço; d) demonstração da inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e) cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado. Incontroversa a especialidade do escritório de advocacia, deve ser considerado singular o serviço de retomada de concessão de saneamento básico do Município de Joinville, diante das circunstâncias do caso concreto. Atendimento dos demais pressupostos para a contratação direta. Denúncia rejeitada por falta de justa causa”.

Como se vê, foi no julgamento do INQ 3.074 pela 1ª Turma do STF (e não pelo Plenário), que pela primeira vez fizeram-se explícitos os requisitos da “natureza singular do serviço” (que passou a decorrer não apenas da notória especialização do contratado, mas da própria identidade do serviço — e isso é uma mudança relevante de entendimento), e da “demonstração da inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público”, que nem sequer comparece na Lei 8.666/93 como uma condicionante da contratação. O acórdão representativo dessa decisão foi publicado em 3/10/2014 — e o tema ainda está em discussão no RE 656.558, rel. min. Dias Toffoli, submetido à sistemática da repercussão geral.

Considerando-se a disposição do artigo 24 da Lindb, portanto, seria no mínimo equivocada a invocação das bases do INQ 3.074 do STF para inquirar contratações administrativas ocorridas em período anterior

a 3/10/2014 (data da publicação do acórdão), seja na esfera administrativa, controladora ou judicial. É que o legislador, mercê do princípio da segurança jurídica, impôs a todos (administração, órgãos de controle e Poder Judiciário), quanto à validade de ato ou contrato, o dever de levarem em conta “as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas”, considerando-se como tal “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”.

Tempus regit actum!

[1] PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, Tomo I, p. 5.

[2] Idem, Ibidem.

[3] Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.

[4] Art. 2º, parágrafo único: Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: [...] XIII – interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

[5] Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

[6] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Os princípios da proteção à confiança, da segurança jurídica e da boa-fé na anulação do ato administrativo*, Fórum Administrativo, n. 100, junho/2009, Editora Fórum, 2009.

[7] De se notar, ainda, que o artigo 5º, XXXVI da Constituição e o artigo 2º, parágrafo único, XII da Lei 9.784/99, garante ao réu de ações penais ou penaliformes, também ao acusado em nível administrativo, a retroatividade da norma e da interpretação que lhe seja mais benéfica.

[8] Nesse sentido, a Orientação Normativa 17/2009 da AGU: “É obrigatória a justificativa de preço na inexigibilidade de licitação, que deverá ser realizada mediante a comparação da proposta apresentadas com preços praticados pela futura contratada junto a outros órgãos públicos ou pessoas privadas”.

Date Created

18/10/2018