

Análise acerca da aplicação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (na redação dada pela Lei nº 13.655/2018) no que concerne à interpretação de normas de direito público: operações interpretativas e princípios gerais de direito administrativo*

Analysis of the incidence of the Statute of Introduction to the Rules of Brazilian Law (in the writing given by Act nº 13.655/2018) on the interpretation of public law rules: interpretative operations and general principles of administrative law

*Rafael Maffini***

*Juliano Heinen****

* Artigo recebido em 1º de junho de 2018 e aprovado em 14 de agosto de 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v277.2018.77683>

RESUMO:

O presente trabalho pretende analisar as inovações legislativas produzidas pela Lei nº 13.655/2018, bem como suas consequências jurídicas. Tal Diploma Legal modificou o Decreto-Lei nº 4.657/1942, denominado de “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro”. Para tanto, o trabalho se dividiu em seis eixos teóricos: primeiro se disserta sobre as modificações legais que traçam parâmetros interpretativos com foco no “consequencialismo” e o “realismo” da interpretação do direito público. Por conseguinte, analisam-se as disposições relativas à segurança jurídica. Em um terceiro plano, confere-se ênfase aos mecanismos legais que franqueiam maior participação e consenso entre a administração pública e o cidadão. Ainda, tratar-se-á de analisar a reponsabilidade das autoridades públicas e dos agentes que atuam na função consultiva. Também a eficiência administrativa será objeto de estudo, percebendo o que a legislação mencionada inovou no tema. Por fim, será demonstrado como a motivação das condutas administrativas, já merecedora da devida importância, dado seu *status* de princípio constitucional, restou ainda mais prestigiada pela Lei nº 13.655/2018. Analisar-se-á dissertativamente tal legislação, essencialmente em relação aos aspectos relativos à aplicação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (na redação dada pela Lei nº 13.655/2018) no que concerne à interpretação e aplicação de normas de direito público e, muito particularmente, ao modo como, nessas operações interpretativas, se enformam certos princípios gerais de direito administrativo, a fim de se perceber analiticamente as mudanças e potencialidades feitas pela edição da recente norma.

** Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil. E-mail: rafael@rmm.com.br.

Graduado em ciências jurídicas e sociais pela Universidade Federal de Santa Maria (1998), mestre (2001) e doutor (2006) em direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professor adjunto de direito administrativo e notarial do Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da UFRGS; professor de direito administrativo no Curso de Especialização em Direito do Estado e professor permanente no Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da UFRGS; advogado em Porto Alegre, na condição de sócio diretor do escritório Rossi, Maffini, Milman & Grando Advogados; juiz substituto do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul, em vaga destinada a advogados, para o biênio 2016/18.

*** Fundação Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil. E-mail: julianoheinen@hotmail.com.

Doutorando em direito (UFRGS), mestre em direito (Unisc), professor do curso de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Faculdade Imed; professor de graduação em direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP); professor nos cursos de extensão da Escola Superior da Magistratura Federal (Esmafe). Procurador do estado do Rio Grande do Sul.

PALAVRAS-CHAVE:

Interpretação do direito público — segurança jurídica — eficiência — responsabilidade do agente público — eficiência administrativa

ABSTRACT:

The present work intends to analyze the legislative innovations produced by Legal Act nº 13.655/2018, as well as its legal consequences. This legislation modified Legal Act nº 4.657/1942, called “Statute of Introduction to the Rules of Brazilian Law”. In order to do so, the work was divided into six theoretical axes: first, it discusses the legal modifications that draw interpretive parameters with a focus on “consequentialism” and the “realism” of the interpretation of Public Law. Consequently, the provisions on legal certainty are examined. In a third plan, emphasis is placed on the legal mechanisms that lead to greater participation and consensus between the Public Administration and the citizen. Also, it will be a question of analyzing the responsibility of the public authorities and of the agents that act in the advises function. Also the administrative efficiency will be object of study, realizing what the mentioned legislation innovated in the subject. Finally, it will be demonstrated how the motivation of administrative conduct, already deserving of due importance, given its status as a constitutional principle, remained even more prestigious under Legal Act nº 13.655/2018. Such legislation will be analyzed, essentially in relation to the aspects related to the incidence of the Statute of Introduction to the Rules of Brazilian Law (in the wording given by Legal act nº 13.655/2018) regarding the interpretation of norms of Law Public and, in particular, to the way in which, in these interpretative operations, certain general principles of Administrative Law are formed, in order to understand analytically the changes and potentialities made by the edition of the recent norm.

KEYWORDS:

Interpretation of public law — legal certainty — efficiency — responsibility of the public agent — administrative efficiency

Considerações iniciais

A necessidade de organizar a sociedade perpassa pela perspectiva de que o poder público deve atuar nos limites do direito. Pode-se dizer que o Estado e, antes, o direito, são ferramentas que estabelecem compromissos. Aquele atua lastreado neste. Dessa forma, a ideia de direito relaciona-se com a ideia de conduta, de organização e de segurança jurídica,¹ fatores fundamentais na atuação do Estado.

A fim de promover consistência e coerência às normas jurídico-positivas do sistema legislativo brasileiro, foi editado o Decreto-Lei nº 4.657/1942, à época denominado de Lei de Introdução ao Código Civil. Contudo, sabia-se bem que tal conjunto de disposições normativas disciplinava as regras de outros campos do direito que não apenas aqueles decorrentes do direito civil. Então, em 2010, de modo bastante coerente, a Lei nº 12.376 alterou, entre outros aspectos, o título do mencionado decreto-lei, passando a ser chamado de: Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Ao contrário das demais normas jurídicas, que têm como objeto — mediata (princípio) ou imediatamente (regras) — o comportamento humano, a legislação mencionada tem como objeto a interpretação e a aplicação das próprias normas. Em razão disso, trata-se de regras e princípios que podem ser considerados “normas de sobredireito” ou “lei das leis”, porque trata das fontes do direito, do âmbito de vigência em termos de espaço e tempo, da sua aplicabilidade pelo intérprete etc. Mais especificamente, a lei de introdução das normas nacionais disciplina: o início da obrigatoriedade da lei; o tempo de obrigatoriedade; a eficácia global da ordem jurídica; os mecanismos de integração da norma diante das lacunas; os critérios de hermenêutica jurídica; o direito intertemporal para assegurar a estabilidade do ordenamento jurídico-positivo; a incidência do direito internacional; os atos civis praticados no estrangeiro pelas autoridades consulares brasileiras etc.

No final de abril de 2018, foi publicada a Lei nº 13.655, que teve por meta, em termos gerais, ampliar as disposições normativas do Decreto-Lei

¹ Neste sentido, afirmou Federico A. Castillo Blanco, que: “[...] *sin seguridad jurídica, podríamos decir para acabar la idea, puede resultar una quimera hablar con propiedad de Estado de Derecho*” (CASTILLO BLANCO, Federico A. *La protección de confianza en el derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 1998. p. 63). Do mesmo modo, para Danilo Knijnik, “[...] a segurança jurídica é, antes de tudo, um valor subjacente a toda e qualquer compreensão de direito” (KNIJNIK, Danilo. O princípio da segurança jurídica no direito administrativo e constitucional. *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 13, p. 148, 1994).

nº 4.657/1942, especialmente em temas de segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Em verdade, proporcionou relevante e intenso câmbio na forma de aplicar o direito público, especialmente em relação à forma de exarar uma decisão administrativa, controladora ou judicial, bem como no modo como se interpreta o direito público.

Vale dizer que se objetiva analisar, neste trabalho, criticamente, aspectos pontuais das modificações operadas no cenário jurídico pela edição da Lei nº 13.655/2018, destacando-se os limites e possibilidades da mencionada mudança legislativa. De modo analítico e expositivo, objetiva-se determinar o que se pode esperar com a alteração da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Tal análise se justifica pela relevância do tema, pela intensidade do câmbio e pelo número de pessoas atingidas.

Em outras palavras, pretende-se, de modo dedutivo e expositivo, compreender como tal legislação pode influenciar no exercício das funções administrativas. Mais especificamente, objetiva-se, em relação aos aspectos relativos à aplicação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (na redação dada pela Lei nº 13.655/2018), traçar as possibilidades de interpretação de normas de direito público e, muito particularmente, ao modo como, nessas operações interpretativas, conformam-se certos princípios gerais de direito administrativo, a fim de se perceber analiticamente as mudanças e potencialidades feitas pela edição da recente norma.

1. A teleologia da legislação e seu objeto

Em uma visão de completude, ou seja, percebendo o texto dos nove artigos (*v.g.*, arts. 20 a 30)² inseridos no Decreto-Lei nº 4.657/1942 pela Lei nº 13.655/2018, consegue-se compreender com clareza a teleologia da legislação, bem como seu objeto. Ainda que se percebam outros objetivos específicos, consegue-se notar pelo menos quatro parâmetros de onde parte a lei, e o que ela pretende:

- (a) Alcance de três esferas de destinatários de suas normas: administrativa, controladora e judicial;
- (b) Determinação de que as decisões proferidas nesses três âmbitos não somente levem em conta, mas que sejam determinantes:

² Dissemos nove artigos, porque o 25 foi integralmente vetado.

- (b1) as consequências reais da decisão;
- (b2) os fatores reais que envolvem a mencionada decisão, bem como sua operacionalização no mundo real;
- (c) Fixação de parâmetros objetivos de segurança jurídica, eficiência e participação do cidadão nas decisões exaradas especialmente na esfera administrativa;
- (d) Ampliação da relevância da motivação das condutas administrativas, em razão da elevação do ônus argumentativo que impôs às decisões relacionadas com a interpretação e revisão de condutas administrativas, suas consequências, as regras de transição e responsabilização de agentes públicos.

Esses paradigmas expressamente positivados nos arts. 20 a 30 dialogam com premissas dogmáticas e jurídico-positivas já consolidadas. Explica-se: no primeiro aspecto, tais alterações, a seguir mais bem detalhadas, vêm a reboque da incidência dos princípios constitucionais no direito administrativo,³ sejam implícitos ou explícitos.⁴ Para tanto, as alterações proporcionadas pretendem impulsionar uma harmonia entre a ordem política e a ordem social, a fim de que os anseios da coletividade sejam adimplidos pelos poderes constituídos, e que se vivencie um Estado em uma dimensão adequada à realidade. Nem tão mínimo que deixe de satisfazer adequadamente as necessidades sociais, nem tão grande que se torne ineficiente e caro.

De outro lado, a legislação em questão aguça o debate sobre o tema da separação de poderes como consequência da própria redefinição do conceito de democracia nos “Estados legislativo” e “constitucional”.⁵ Como se pode

³ Sobre o movimento de “constitucionalização dos direitos”, consultar: BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 49-118. O movimento em questão preocupa-se em conferir maiores garantias ao cidadão (BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Direitos fundamentais, democracia e constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 24-25).

⁴ Aliás, este fator alterou profundamente a relação entre a administração pública e os administrados. Para uma análise dos novos paradigmas do direito administrativo, sobretudo no tocante à centralidade dos direitos fundamentais em tal ciência, com maior destaque aos cidadãos, ver: MAFFINI, Rafael. Administração pública dialógica (proteção procedimental da confiança) em torno da súmula vinculante nº 3, do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 253, p. 159-172, jan. 2010.

⁵ Bruce Ackerman (The new separation of powers. *Harvard Law Review*, v. 113, n. 3, p. 640, jan. 2000) diz que a separação dos poderes possui três ideais: qualificar a democracia, limitar o poder em relação à liberdade e permitir a especialização profissional neste contexto.

perceber, além da questão democrática, a transição de um modelo de Estado legislativo a um Estado constitucional implica a releitura dos mitos da “soberania da lei” e “da vontade das maiorias”. Por isso que a soberania da Constituição acaba por determinar uma posição igualitária entre os poderes, os quais são exercidos a partir e nos limites das competências constitucionais. E isso se pode notar claramente nas determinações de como as decisões judiciais e controladoras devem interpretar o direito público.

2. O “consequencialismo” e o “realismo” da interpretação do direito público

O art. 20 “caput” do Decreto-Lei nº 4.657/1942,⁶ inserido, como visto, pela Lei nº 13.655/2018, é eloquente em determinar ao intérprete do direito público que ele “dialogue com a realidade”, conferindo-se ênfase nas “consequências práticas” da decisão. E não é só: essa determinação vale para o gestor público, para quem perfaz o controle da atividade administrativa e para os magistrados. Destaque-se que tal preceito legal não veda que decisões administrativas sejam exaradas com base em valores jurídicos abstratos. Aliás, “valores jurídicos abstratos” por vezes consistem em decorrências lógicas de instrumentos legítimos utilizados pelo legislador quando da estipulação de regras de competências, sobretudo nos casos de regras discricionárias e de regras portadoras de conceitos jurídicos indeterminados.⁷ O que se veda é que a utilização de tais “valores jurídicos abstratos” ocorra de modo descompromissado com as consequências práticas da decisão. Num exemplo trivial, imagine-se determinada decisão que seja tomada supostamente por ser, segundo a autoridade decisora, supostamente a mais adequada ao interesse público, sem que o administrador demonstre quais as efetivas vantagens ou desvantagens que tal decisão ensejaria, mesmo se levada em consideração tal definição de tão árdua compreensão, como é o interesse público.

⁶ Decreto-Lei nº 4.657/1942, art. 20 “caput”: “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”.

⁷ Sobre o tema, ver: GRAU, Eros. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 200; SOUSA, António Francisco de. *Conceitos indeterminados no direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994; e MORENO, Fernando Sainz. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madri: Civitas, 1976.

Esses dois paradigmas (“realismo” e “consequencialismo”) são ainda realçados nos dois dispositivos seguintes (arts. 21 e 22). O primeiro dispositivo — art. 21 — determina que toda decisão que venha a anular um ato, contrato, ajuste, processo administrativo deva “indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas”. E não é só: a mencionada declaração de nulidade deverá considerar, de modo equânime, os ônus entre as partes envolvidas, decidindo de modo proporcional — parágrafo único do art. 21. Assim, parece ser inevitável a conclusão de que o art. 21 (*caput* e seu parágrafo único) contempla duas bem-vindas obrigações à administração pública, quando da invalidação⁸ das condutas administrativas: de um lado, impõe sejam explicitadas as consequências jurídicas da invalidação, a partir de modulações subjetivas (relativização em relação a quem se sujeitará aos efeitos da invalidação), objetivas (relativização em relação ao que produzirá a invalidação) e temporais (relativização em relação a quando a invalidação surtirá efeitos);⁹ de outro, impõe sejam indicadas as soluções de modo proporcional, equânime e atentas aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos, públicos ou privados, atingidos consequências desfavoráveis que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivas.¹⁰

⁸ Ainda que a regra legal comentada trate expressamente das decisões que venham a decretar a invalidação de condutas administrativas, ou seja, de extinção de comportamentos administrativos em razão de invalidades, mostra-se adequado concluir que se deve considerar subsumível também em relação às formas de extinção de condutas administrativas não relacionadas diretamente com situações de contrariedade à ordem jurídica. Assim, o art. 21 do Decreto-Lei nº 4.657/1942, com a redação dada pela Lei nº 13.655/2018, também se aplica, por exemplo, aos casos de revogação, cassação, caducidade de atos administrativos, bem como de rescisão de contratos públicos, encampação de concessão de serviços públicos e tantas outras hipóteses em que o desfazimento de condutas estatais decorra de fundamentos não diretamente relacionados com invalidez.

⁹ Sobre a modulação temporal da invalidação de condutas estatais administrativas em face da boa-fé de terceiros ou destinatários dos efeitos de condutas administrativas invalidadas, mesmo com fixação de termos futuros para o início de seus efeitos, ver: MAFFINI, Rafael. Modulação temporal *in futurum* dos efeitos da anulação de condutas administrativas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 244, p. 231-247, jan. 2007.

¹⁰ A título de exemplo, imagine-se um contrato administrativo de concessão de serviços públicos, com prazo de 10 anos, que tenha sua ilegalidade reconhecida quando já houverem transcorrido oito anos do prazo contratual, por inexistência ou ilegalidade de prévio processo licitatório. Nesse caso, se houver comprovado investimento ainda pendente de amortização quando da invalidação do contrato, a pronta interrupção do contrato ensejaria prejuízo anormal e excessivo a todas as partes envolvidas. O poder concedente (e, em termos mediatos, a sociedade) seria prejudicado, pois não teria condições de promover uma nova licitação em tempo hábil, bem como teria de indenizar o concessionário pelos investimentos já realizados e ainda não amortizados. A concessionária também seria anormal e excessivamente prejudicada, pois não teria seus investimentos amortizados, além de não estar devidamente preparada para sua desmobilização, inclusive no tocante às relações trabalhistas com seus colaboradores. Diante disso, e consideradas as particularidades de cada caso concreto,

Já o art. 22, “caput”, endereça sua prescritividade à interpretação do direito público, que sempre deverá ponderar: as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, em relação ao prejuízo que os direitos dos administrados possam sofrer. Esse “diálogo” é notoriamente bastante complexo. Contudo, releva notar a determinação, até mesmo repetitiva, de que a realidade, ou melhor, os fatores reais e pragmáticos existentes devam ser sempre levados em conta.

Nesse plano, voltam à tona com muita ênfase as teses da limitação orçamentária (calcada na velha máxima da “reserva do possível”), em relação à manutenção do “mínimo existencial”, dicotomia tantas vezes tratada quando se falou da judicialização de políticas públicas. E, atrelado a essa dicotomia, o debate acerca da vinculação às leis orçamentárias volta à cena. Afinal, tanto a “reserva do possível” quanto os obstáculos orçamentários são “obstáculos reais” a serem considerados nas decisões judiciais, administrativas ou controladoras. Ao que parece, todos esses argumentos que não vinham surtindo efeito especialmente nas cortes de justiça¹¹ ganham força normativa a partir da vigência da Lei nº 13.655/2018.

Assim, as “escolhas valorativas”,¹² porque é difícil imaginar que bens como liberdade e propriedade possam ser vislumbrados em um plano abstrato, mas sim, por meio de escolhas. São essas “escolhas valorativas” que impulsionam quem decide acerca da aplicação do direito público, porque, antes de tudo, opta-se por uma ou por outra política pública protetora ou promotora desses mesmos bens. Contudo, a partir da edição da legislação mencionada, essas “escolhas” possuem parâmetros, que deverão ser expressados motivadamente, ou seja, as razões de decidir deverão ser claras no sentido de dar ênfase às consequências de optar por uma e não por outra via, bem como no que isso impacta na realidade do poder público e do cidadão.

Mentalmente, a exposição dos motivos em uma decisão judicial deverá, então, seguir determinado método. Inicialmente, o jurista (a) *compreende*

não seria despropositado que a invalidação de tal contrato determinasse que sua vigência perduraria até término do prazo contratual, ainda que impusesse ao poder público obrigações para que tal vício não se repetisse na licitação ou contratação direta futura.

¹¹ STF, AgR no RE no 559.646-PR, rel. min. Ellen Gracie, Segunda Turma, j. 7/6/2011; STF, AgR no AI no 734.487-PR, rel. min. Ellen Gracie, Segunda Turma, j. 3/8/2010; STF, AgR no RE no 367.432-PR, rel. min. Eros Grau, Segunda Turma, j. 20/4/2010; STF, AgR no RE no 410.715-SP, rel. min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. 22/11/2005; STF, RTJ 185/794-796, rel. min. Celso de Mello, Pleno.

¹² Termo cunhado por Laurence H. Tribe e Michael C. Dorf (*On reading the constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 66).

a realidade, a essência das coisas. Em um segundo momento, formata, mentalmente, um juízo, uma (b) *proposição*, sobre a realidade em comparação para com aquilo que deve se propor a decidir. Em um último estágio, o jurista se propõe a expor essa proposição mental ao mundo, o que se faz por meio da (c) *definição*.

A Constituição não diz tudo, porque ela é, nas mais das vezes, indeterminada. E, para certos casos, não existe uma “resposta correta” *a priori*. Mas a interpretação dará legitimidade e sustentabilidade para tal mister. Daí, há de se ter uma renúncia às escolhas do que gostaríamos para aquilo que socialmente é justo e real — sendo esta a teleologia da Lei nº 13.655/2018. A cada tempo o jurista tem de fazer “escolhas constitucionais” — *constitutional choices*. E essas *escolhas* devem ser feitas vendo as consequências imediatas e futuras.

Então, hoje, o limite dessas “escolhas” é dado pelas consequências e pela realidade do Estado. Vamos a alguns exemplos de aplicação dessas premissas. Sempre quando se permite que uma pessoa que aufera renda perceba medicamentos às custas do Erário, invariavelmente tal atitude causa uma subtração de recursos a quem realmente não possui condições. Se isonomia é o primado que busca a atuação igual, diante de iguais, e a atuação desigual, diante de desiguais, que assim seja feito.

Duas dificuldades surgem, de imediato, no instante em que se tenta definir qual o reduto do mínimo existencial:

- (a) qual a maneira de implementar, em um país de miseráveis como o Brasil, políticas públicas que assegurem o básico indispensável à sobrevivência digna aos cidadãos;
- (b) a impossibilidade de antemão (apriorística e teoricamente) definir o *mínimo* a que cada pessoa faz jus, uma vez que essa definição somente surge no caso concreto, *sem desconsiderar a macroperspectiva social*.

A primeira limitação que se impõe consiste na impossibilidade de definir a existência de um direito subjetivo de um membro da sociedade com uma visão do caso concreto desconexa do entorno em que se insere. É imperioso enquadrar tal necessidade em uma perspectiva geral, a fim de que o interesse de todos não seja sacrificado em face de uma demanda individual. Enfim, sopesar o custo social de uma concessão individual, cujo atendimento frustraria a própria ideia de segurança jurídica compartilhada. É imperioso, a partir da disciplina jurídica da Lei nº 13.655/2018, que se insira o ato administrativo, de

governo ou judicial em uma perspectiva coletiva, que satisfaça o bem comum, não somente uma perspectiva individual.

Não são raras as decisões administrativas e judiciais que, em face de uma visão estanque e individualizada da realidade, buscam atender uma demanda específica apresentada, a qual, em última instância, pode chegar a comprometer o todo. A proteção do interesse social perde quando se atenta somente à proteção individual.

É óbvio que não se pode exigir dos entes públicos condutas não razoáveis. Até porque a carência de recursos “[...] consubstancia limitação certa quando da definição da obrigação governamental de agir diante de uma dada realidade, seja na via judiciária, seja na via administrativa”.¹³ Os direitos prestacionais, como o direito à saúde, possuem um *custo*,¹⁴ o que delimita sua dependência financeira, intransponível pelo próprio Estado.¹⁵

Não há mais saída senão voltar-se para uma leitura *pragmática* dos direitos fundamentais. A construção ponderada das decisões judiciais, controladoras ou administrativas não deve mais ignorar a realidade em que se insere. A reflexão dos limites em que nos encontramos deve ser sopesada, “[...] com repugnância à malversação de recursos do erário, à megalomania no atendimento individualizado de demandas desarrazoadas e à tantas vezes criminosa inatividade estatal”.¹⁶

Opção implica sacrifício. Não há qualquer margem de fuga. “Em muitas situações, seja qual for a solução (isto é, ainda que seja a melhor ou a mais justa ou a que atende ao maior número), é uma opção trágica”.¹⁷ A escassez de recursos públicos impõe sacrifícios, impedindo que se resolvam todos os anseios da sociedade, *por mais imprescindíveis que sejam*. Assim, o agente público fica obrigado, à margem de sua vontade pessoal, a que faça escolhas.¹⁸ Escolhas muitas vezes trágicas.¹⁹

¹³ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de direito administrativo — parte geral, intervenção do estado e estrutura da administração*. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 604.

¹⁴ Conferir as referências feitas por Stephen Holmes e Cass R. Sunstein (*The cost of rights*. Nova York: Norton, 1999).

¹⁵ “Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado” (STF, AgR no RE nº 410.715-SP, rel. min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJU de 3.2.2006, p. 76).

¹⁶ Raquel Melo Urbano de Carvalho, *Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 611.

¹⁷ GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos — direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 159.

¹⁸ CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. *Tragic choices — the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*. Nova York; Londres: W. W. Norton & Company, 1978.

¹⁹ A realização dos fins sociais deverá necessariamente acarretar o sacrifício de outros. “Assim, quando afirmados direitos que demandam prestações estatais entram em choque, é inevitável

O Estado constantemente efetua opções no limiar de um apertado orçamento. As escolhas, na sua maioria, são dramáticas, porque não se pode atender à educação e à saúde na mesma medida. Mas os níveis de saúde e de educação oferecidos *são iguais para todos*, ainda que menores do que se deveria atender. Quando o magistrado decide fornecer um medicamento, um tratamento, enfim, a um indivíduo isoladamente, promove uma desigualdade em uma situação de iguais.²⁰ Nesse “ambiente de tragédias” não há sequer espaço para a ponderação de valores, ou para que se firmem compromissos. Há apenas uma escolha, que gerará sacrifícios, *mas que jamais pode gerar desigualdades*. A racionalidade econômica deve nortear as escolhas, porque é ela quem fomenta a realidade.

Os *custos* e as *possibilidades reais* merecem ser considerados. Merecem aparecer no limiar das decisões, sob pena de se negar a realidade e se optar, aqui em uma literal tragédia, pela utopia. A utilização da norma para conferir eficácia irrestrita de direitos é conduta que abstrai os efeitos colaterais (consequências) dessa posição extrema, por deveras prejudiciais aos demais membros da sociedade. É conduta que produz uma perversa desigualdade entre aqueles que podem procurar a justiça, em detrimento daqueles que não podem.

Um novo movimento jurídico deve tomar conta, pugnando pela consideração da realidade como fator determinante, como fator primeiro, deixando-se de lado a orientação “normativista”, redutora dos próprios direitos. A impossibilidade material arrasa completamente a despreocupada e descomprometida “orientação normativista”.

Cass Sunstein e Stephen Holmes, em uma obra que se tornou um clássico mundial (*The cost of rights*), são peremptórios: os direitos somente podem ser prestados onde haja orçamento suficiente.²¹ Afinal, “[...] tomar os direitos a sério significa tomar a sério a escassez dos recursos públicos”.²²

A escolha de quem está protegido ou de quem está desprotegido não pode ser feita de forma individual, mas, sim, de forma coletiva, neste último caso. O modelo de eficiência de um direito fundamental não pode ser visto sob a ótica da maior distribuição possível. Seria simplista demais, aniquilando

uma opção, trágica no sentido de que algum não será atendido (ao menos em alguma medida)” (Flávio Galdino, *Introdução à teoria dos custos dos direitos*, op. cit., p. 159).

²⁰ POSNER, Richard. *Frontiers of legal theory*. Cambridge: Harvard University Press, 2001. p. 136.

²¹ Stephen Holmes e Cass R. Sunstein, *The cost of rights*, op. cit., p. 14-15.

²² Flávio Galdino, *Introdução à teoria dos custos dos direitos*, op. cit., p. 210.

a própria igualdade. *Deve ser visto na seguinte perspectiva: um direito fundamental é eficiente quando, no momento em que é implementado, não prejudica o bem-estar dos demais.*²³

3. Segurança jurídica e proteção da confiança

Além disso, a Lei nº 13.655/2018 de certa forma retoma o paradigma da segurança jurídica quando a decisão judicial, controladora ou administrativa “[...] estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito [...]” — art. 23 do Decreto-Lei nº 4.657/1942. E o art. 24, por seu turno, foca nos efeitos passados das mudanças interpretativas, ao estabelecer que “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”.²⁴

Dissemos “retoma” porque essa determinação já vinha expressa no art. 2º, parágrafo único, inciso XIII, da Lei nº 9.784/1999 (Lei do Processo Administrativo Federal), segundo o qual “nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de [...] interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação”.

Contudo, os dispositivos das duas legislações possuem sensíveis diferenças. A mais eloquente reside no fato de que a alteração da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro determina que segurança jurídica deva ser mantida quando se modificar a interpretação do direito agora também nos âmbitos judicial e controlador, e em todos os níveis federativos.

²³ Essa é a ótica de Vilfredo Pareto: a distribuição de recursos se mostra eficiente quando não for possível aumentar a utilidade de uma pessoa sem reduzir a utilidade de outrem. Nesse sentido, reclama-se que a decisão judicial pergunte se não está reduzindo o bem-estar de outrem. Conferir: FAGUNDES, Jorge. *Fundamentos econômicos das políticas de defesa da concorrência* — eficiência econômica e distribuição de renda em análise antitruste. São Paulo: Singular, 2003.

²⁴ Destaca-se a interpretação autêntica feita pelo art. 24, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 4.657/1942: “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”.

Antes, a Lei nº 9.784/1999 alcança, em princípio, somente a esfera federal,²⁵ ao menos levando-se em conta o art. 1º de tal Diploma Legal. Demais disso, a tal legislação se endereça prioritariamente à seara administrativa, mesmo quando desempenhada pelos demais Poderes do Estado, e mesmo que seja de obediência imperiosa, pelos demais Poderes, em relação à atividade administrativa.

De outro lado, enquanto a lei do processo administrativo possui foco no passado, ou seja, proíbe que a nova interpretação seja retroativa, a Lei nº 13.655/1948 foca no futuro: essa modificação deverá estar acompanhada por um “regime de transição”. E o art. 24 garante a manutenção do *direito adquirido*, garantido constitucionalmente.²⁶ Então, a flexibilidade das formas ser equilibrada pela manutenção da previsibilidade e da segurança jurídica, em relação à celeridade e eficiência dos atos administrativos.

Assim, a decisão que interpreta o direito público deverá consolidar as construções jurídicas firmadas, seja a partir da *ratio decidendi*, seja a partir do dispositivo.²⁷ Há a imposição de um “dever de coerência no decidir”, o que gera, por conseguinte, o surgimento regular de direitos subjetivos, de modo a homenagear os princípios da boa-fé e da segurança jurídica.

Mostra-se, pois, elogiável a norma jurídica inserta no art. 24 do Decreto-Lei nº 4.657/1942, com a redação dada pela Lei nº 13.655/2018, na medida em que veda a aplicação retroativa de interpretações que ensejem anulação de uma determinada conduta administrativa. Como já se teve oportunidade de dizer, a segurança jurídica não pode gerar a petrificação do direito e mesmo de suas interpretações.²⁸ Daí porque o saudoso professor Almiro do Couto e Silva enunciou que “[...] o futuro não pode ser um perpétuo prisioneiro do passado”.²⁹ Logo, um novo direito ou uma nova interpretação do direito serão bem-vindos sempre que tais modificações decorrerem de uma demanda de atualização do sistema jurídico aos novos clamores da sociedade. Todavia,

²⁵ Sobre a questão da aplicação da Lei nº 9.784/1999 em relação aos demais entes federados, ver: HEINEN, Juliano; MAFFINI, Rafael; SPARAPANI, Priscilia. *Comentários à lei federal do processo administrativo — Lei nº 9.784/1999*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 9-20.

²⁶ CF/88, art. 5º, inciso XXXVI.

²⁷ GAMBOA, Jaime Orlando Santofino. *La fuerza de los precedentes administrativos em el sistema jurídico del derecho positivo colombiano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010. p. 65.

²⁸ MAFFINI, Rafael. *Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006. p. 28.

²⁹ COUTO E SILVA, Almiro. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular os seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 237, p. 276, jul./set. 2004.

o surgimento de um novo direito ou mesmo de uma nova interpretação do direito não pode gerar a conclusão retroativa de que determinados comportamentos do poder público se mostrariam contrários à ordem jurídica — apesar de assim não se considerar quando de sua edição — por conta de novas interpretações ou orientações.

Daí a razão pela qual se mostram elogiáveis as inovações introduzidas pelo art. 24. Imagine-se, por exemplo, casos de um contrato público celebrado em razão de uma licitação portadora de uma determinada característica procedimental considerada jurisprudencial e doutrinariamente lícita quando de sua perfectibilização. Nesse caso, ulterior mudança de interpretação, no sentido de que tal característica procedimental seria juridicamente inadequada, não poderia ensejar a conclusão de que o contrato administrativo em questão deveria ser invalidado. Esse é o sentido de se estabelecer, no art. 24, que “[...] 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”, definindo-se como orientações gerais (art. 24, parágrafo único) “[...] 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”.

A solução dada pela legislação ora comentada, no que se refere aos efeitos drásticos gerados pelos câmbios interpretativos ao direito público vigente, consistiu na determinação de se fixarem as *regras de transição*. Tal instituto procura ofertar um nivelamento nos estágios de afronta a direitos, quando da retirada de benefícios, por exemplo.³⁰ Vale dizer, então, que o art. 23 do Decreto-Lei nº 4.657/1942, com redação dada pela Lei nº 13.655/2018, se preocupou em manter os efeitos da *segurança jurídica* e da *proteção à confiança legítima*: a **estabilidade das relações jurídicas** e sua **certeza**, a **previsibilidade**, a **confiança** etc. Todas essas consequências do instituto revelam seu conteúdo, ao mesmo tempo que denotam, como dito, seus efeitos.³¹

³⁰ Na sua maioria, são exemplos ofertados por Judith Martins Costa (Almiro do Couto e Silva e a Re-significação do Princípio da Segurança Jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos. In: ÁVILA, Humberto (Org.). *Fundamentos do estado de direito* — estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 123).

³¹ Sobre o princípio da segurança jurídica, ver, por todos: ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*. Entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011.

Aliás, a preocupação com segurança jurídica também é expressada no art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657/1942, com redação dada pela Lei nº 13.655/2018, segundo o qual as autoridades públicas devem maximizá-la na aplicação das normas pertinentes ao direito público, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas, instrumentos estes que “[...] terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão” (art. 30, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 4.657/1942, com redação dada pela Lei nº 13.655/2018).

4. Participação e consenso

Os arts. 26,³² 27³³ e 29,³⁴ cada qual focado no seu objeto, procuram conferir avanço a uma **administração pública consensual**³⁵ que, entre outras coisas,

Sobre o princípio da proteção da confiança, ver: MAFFINI, Rafael. Princípio da proteção da confiança legítima. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coord.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Tomo: Direito administrativo e constitucional. Coordenação de Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun e André Luiz Freire. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017; CALMES, Sylvia. *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*. Paris: Dalloz, 2001; BLANCO, Federico A. Castillo. *La protección de confianza en el derecho administrativo*. Madri: Marcial Pons, 1998 e GARCÍA LUENGO, Javier. *El principio de protección de la confianza en el derecho administrativo*. Madri: Civitas, 2002.

³² Decreto-lei nº 4.657/1942, art. 26: “Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. §1º O compromisso referido no caput deste artigo: I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; II - (VETADO); III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral; IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento”.

³³ Decreto-lei nº 4.657/1942, art. 27: “A decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos. §1º A decisão sobre a compensação será motivada, ouvidas previamente as partes sobre seu cabimento, sua forma e, se for o caso, seu valor. §2º Para prevenir ou regular a compensação, poderá ser celebrado compromisso processual entre os envolvidos”.

³⁴ Decreto-lei nº 4.657/1942, art. 29: “Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão. §1º A convocação conterá a minuta do ato normativo e fixará o prazo e demais condições da consulta pública, observadas as normas legais e regulamentares específicas, se houver”.

³⁵ Ou se pode chamar, ainda, de “administração pública concertada”, “soft administration” etc.

é marcada pela adoção de acordos, parcerias e múltiplas outras formas de pactuação que ligam o Estado à sociedade civil, para a satisfação das necessidades públicas.³⁶

Então, o ideal de consensualidade deve alcançar também a administração pública, na medida em que se possa avançar nesse tema, deixando para trás a “administração pública autoritária”.³⁷ E, nesse aspecto, ganha relevância a ampliação dos negócios jurídicos feitos pelo poder público com o cidadão: um fenômeno que enaltece as relações consentidas em detrimento das prescritas. Aliás, a hierarquia tende a ser substituída, assim, pelos acordos internos, realizados entre órgãos ou entes da estrutura orgânica administrativa.³⁸ Logo, é imperiosa a criação de espaços para participação nas escolhas administrativas, no que se pode considerar uma decorrência da noção de “administração pública dialógica”.³⁹

De outro lado, o art. 29 fomenta a participação do cidadão na construção da decisão de atos normativos ou administrativos em cada poder. Veja que o conceito moderno de democracia⁴⁰ exige a ampla participação do cidadão, fomentando a legitimidade das decisões administrativas. E essa legitimidade deve ser vista em vários patamares da ação administrativa,⁴¹ como no acesso,

³⁶ GAUDIN, Jean-Pierre. *Gouverner par contrat: l'action publique en question*. Paris: Presses de Sciences Politiques, 1999. p. 14.

³⁷ ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*. Contributo para o estudo da atividade privada na administração pública. Coimbra: Almedina, 1999. p. 42 e ss.

³⁸ Exemplo disso é o *contrato de gestão*, a qualificar um determinado órgão ou ente como agência executiva, na forma do art. 37, §8º, da CF/1988.

³⁹ Sobre a noção de “administração pública dialógica”, ver: Rafael Maffini, Administração pública dialógica (proteção procedimental da confiança) em torno da súmula vinculante nº 3, do Supremo Tribunal Federal, op. cit., sobretudo para se destacar que “Dentre os inúmeros componentes de tal moderna leitura do Direito Administrativo, destaca-se aqui um aspecto que, *ultima ratio*, pretende sobrelevar o papel do cidadão nas relações jurídico-administrativas. Em efeito, na perspectiva em superação, o cidadão (ou administrado) apresentava-se ou de modo absolutamente irrelevante à construção teórica do Direito Administrativo ou de forma a figurar somente como o simples destinatário da administração pública, ou seja, alguém que tão somente ‘sofre’ a função administrativa. Quanto à posição do cidadão na teoria do Direito Administrativo moderno, busca-se um novo paradigma, em que esse, demais de obviamente ser o destinatário da administração pública, coloca-se como um importante ator no cenário das relações jurídico-administrativas, o qual terá, juntamente com o Estado, o desiderato de construir as tomadas de decisão que lhe afetam e que afetam a sociedade como um todo. Trata-se de uma decorrência do princípio da participação, o qual há de se colocar em relevante patamar no horizonte de paradigmas que se inclinam à modernização e racionalização do Direito Administrativo”. Ver, ainda: FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.

⁴⁰ Podemos dizer que a democracia pode ser concebida como um projeto moral de autogoverno coletivo, onde pretende-se uma harmonia entre os espaços públicos e privados Gustavo Binenbojm, *Uma teoria do direito administrativo*, op. cit., p. 50).

⁴¹ A CF/1988 possui vários dispositivos que enaltecem a democratização da administração pública, como o dever de transparência (art. 5º, inciso XXXIII); o direito de denunciar

na decisão, na execução⁴² e no resultado dela. Ligados a essa perspectiva estão o aumento dos níveis de transparência do poder público, bem como a processualização da administração.

5. Responsabilidade das autoridades públicas e dos agentes que atuam na função consultiva

Deve-se ter clareza na definição de responsabilidades que surgem a partir da relação jurídico-administrativa entre a administração e os administrados. Essa clareza deverá ser compreendida tanto em termos legais como em termos jurisdicionais. Dispõe o atual art. 28 do Decreto-Lei nº 4.657/1942 que “o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”. Ao que parece, esse dispositivo introduz mais um elemento dogmático (de natureza subjetiva e fundamentado no princípio da culpabilidade) na responsabilização por *decisões administrativas* ou *opiniões técnicas*.

Vamos analisar o tema, então, em dois momentos. Quanto às *decisões administrativas*, proferidas pelas autoridades públicas,⁴³ o dispositivo perfaz um alinhamento para com o entendimento relativo à responsabilização dos agentes públicos por *ato de improbidade*. Explica-se: para que se possa aplicar uma sanção disciplinada pela Lei nº 8.429/1992, reclama-se a existência de *má-fé ou desonestidade do autor do ato*. Destaca-se, neste sentido, que é imprescindível que exista, aqui, verdadeira “ilegalidade qualificada”, ou seja, que o autor do fato tenha consciência de que está a praticar as condutas tipificadas e punidas pela Lei de Improbidade Administrativa.⁴⁴

irregularidades junto aos Tribunais de Contas (art. 74, §2º); a democrática gestão da seguridade social (art. 194, inciso VII); e da saúde (art. 198, inciso III); e do ensino público (art. 206, inciso VI). DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 39.

⁴² Aqui entram as parceiras associativas. Esses acordos geram bons ganhos econômicos e cívicos (este último caso se refere à reflexão do cidadão sobre as funções de Estado).

⁴³ Lembrando que “autoridade [pública]”, segundo a interpretação autêntica feita pelo art. 1º, §2º, inciso III, da Lei nº 9.784/1999, representa “o servidor ou agente público dotado de poder de decisão.”. Comentou-se essa disposição em: Juliano Heinen, Rafael Maffini e Priscilia Sparapani, *Comentários à lei federal do processo administrativo*, op. cit., p. 20.

⁴⁴ STJ, Informativo nº 540. Ver, ainda: MAFFINI, Rafael. É inadmissível a responsabilidade objetiva na aplicação da Lei 8.429/1992, exigindo-se a presença de dolo nos casos dos arts. 9º e 11 (que coíbem o enriquecimento ilícito e o atentado aos princípios administrativos, respectivamente) e ao menos de culpa nos termos do art. 10, que censura os atos de improbidade por dano ao erário. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; NOHARA, Irene Patrícia (Coord.).

Por isto que se compreende que o ato de improbidade administrativa reclama má-fé (elemento subjetivo), em outros termos, a presença da desonestidade ou da deslealdade do acusado.⁴⁵ Em resumo, o simples não cumprimento da lei não necessariamente se configura improbidade administrativa.⁴⁶ E esse entendimento foi estendido a outras esferas punitivas pelos termos do art. 28 do Decreto-Lei nº 4.657/1942, com a redação dada pela Lei nº 13.655/2018. Logo, a responsabilidade das autoridades e gestores públicos só será admitida se a decisão administrativa proferida for por dolo ou erro grosseiro, não sendo suficiente, para tanto, a evidência de mera irregularidade ou ilegalidade do ato.⁴⁷

Assim, em matéria de responsabilização por improbidade administrativa, o art. 28 do Decreto-Lei nº 4.657/1942, com a redação dada pela Lei nº 13.655/2018, não traz maiores novidades, uma vez que em tal seara de responsabilização sempre se exigiu dolo ou culpa grave, a qual, ao menos segundo os padrões interpretativos até agora encontrados na doutrina e na jurisprudência, assimila-se à noção de erro grosseiro.

Entretanto, o mesmo não se pode dizer em relação aos outros casos de responsabilização pessoal-funcional endereçada a agentes públicos, nos quais geralmente a responsabilização fundamentava-se, ao menos até a Lei nº 13.655/2018, em dolo ou culpa, genericamente considerada e independentemente do seu grau ou natureza. Explica-se: em sede de responsabilidade civil⁴⁸ ou de responsabilidade administrativa *stricto sensu*, aplicando-se o

Teses jurídicas dos tribunais superiores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 2, t. 2, p. 29-50.

⁴⁵ STJ, Informativo nº 461. É interessante notar que o STJ já se pronunciou no sentido de que: “Impende ressaltar que a improbidade administrativa busca atingir o administrador desonesto e que age com má-fé e não o inapto” (STJ, AREsp. no 285.402, rel. min. Benedito Gonçalves, j. 3/2/2015).

⁴⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade administrativa*. Porto Alegre: Síntese, 1998. p. 129.

⁴⁷ STJ, Informativo nº 259 — para a punição por ato de improbidade, reclama-se a prova da má-fé do agente público acusado.

⁴⁸ Quanto à natureza da responsabilidade civil dos agentes públicos, lembre-se do disposto no art. 37, §6º, da CF, pelo qual “[...] as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. No plano federal, ademais, deve-se considerar o disposto no art. 122 da Lei nº 8.112/90 (“Art. 122. A responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros. §1º A indenização de prejuízo dolosamente causado ao erário somente será liquidada na forma prevista no art. 46, na falta de outros bens que assegurem a execução do débito pela via judicial. §2º Tratando-se de dano causado a terceiros, responderá o servidor perante a Fazenda Pública, em ação regressiva. §3º A obrigação de reparar o dano estende-se aos sucessores e contra eles será executada, até o limite do valor da herança recebida”).

princípio da culpabilidade, de modo que somente seriam possíveis tais espécies de responsabilização se houvesse a demonstração de dolo ou de culpa. Em relação aos casos de responsabilização civil ou administrativa por condutas dolosas, o art. 28 do Decreto-Lei nº 4.657/1942, com a redação dada pela Lei nº 13.655/2018, em nada inova. Mas, em relação aos casos de responsabilidade civil ou administrativa de agentes públicos por condutas culposas, o sistema jurídico brasileiro é importantemente alterado pelo art. 28 do Decreto-Lei nº 4.657/1942, com a redação dada pela Lei nº 13.655/2018. Isso porque, a partir de tal regra legal, não mais se poderá cogitar de responsabilização pessoal de agentes públicos nos casos de decisões ou opiniões técnicas culposamente equivocadas, inadequadas ou mesmo contrárias ao direito, se esta não caracterizar erro grosseiro. Logo, os agentes públicos não mais poderão ser pessoalmente responsabilizáveis por condutas, em tese, ensejadoras de reparação civil ou sanções administrativas se houver, no caso, qualquer outra espécie de culpa que não a que se enquadra na noção de erro grosseiro. Tal alteração é especialmente relevante no que diz com a responsabilização de agentes públicos por Tribunais de Contas, uma vez que, embora não se costume afirmar que se trata de uma responsabilidade de natureza objetiva, é usual endereçar-se responsabilização a gestores, simplesmente pela ocorrência de certos comportamentos, sem que se faça a devida perquirição acerca de sua culpabilidade. Agora, com o advento do art. 28 do Decreto-Lei nº 4.657/1942, com a redação dada pela Lei nº 13.655/2018, mesmo em relação à responsabilização imposta pelos Tribunais de Contas, os agentes públicos somente poderão ser pessoalmente responsabilizados se demonstrada, de modo cabal, a ocorrência de culpa ou de erro grosseiro, não mais bastando a simples indicação de condutas supostamente infracionais ou a simples indicação de culpa (imprudência, imperícia ou negligência) não caracterizadora da noção de erro grosseiro.

Por fim, quanto à responsabilização de agentes públicos em face de suas decisões, o art. 28 do Decreto-Lei nº 4.657/1942, com redação dada pela Lei nº 13.655/2018, que exige dolo ou erro grosseiro para a responsabilização pessoal dos agentes públicos, deve ser interpretado de modo articulado com outras regras, sobretudo de dosimetria, que se encontram previstas no art. 22, do mesmo Diploma Legal. Assim, para fins de responsabilização do agente público,⁴⁹ deve-se: a) considerar as circunstâncias práticas que houverem

⁴⁹ Tais parâmetros interpretativos, contidos no art. 22, do Decreto-Lei nº 4.657/1942, com redação dada pela Lei nº 13.655/2018, devem ser aplicados também quando se trata de outras espécies

imposto, limitado ou condicionado a ação do agente (art. 22, §1º); b) em caso de aplicação de sanções, considerar a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente (art. 22, §2º); c) considerar as sanções aplicadas ao agente na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

Quanto às “opiniões técnicas” — segundo caso tratado pelo dispositivo —, coloca-se um ponto final (ou no mínimo um parâmetro legal mais objetivo) na discussão acerca da responsabilidade dos pareceristas (*v.g.*, advogados públicos, engenheiros etc. que atuam na função consultiva do gestor).⁵⁰ Três importantes precedentes do Supremo Tribunal Federal abordaram o tema: o MS nº 24.073-DF, o MS nº 24.584-DF e o MS nº 24.631-DF. Em apertada síntese, no primeiro caso, o Tribunal de Contas da União (TCU) pretendia a responsabilidade solidária de um advogado da Petrobras S/A, juntamente com o administrador público que praticou o ato administrativo com base na nota técnica. Nesse processo judicial, discutia-se se o advogado público que emitiu um parecer poderia ser responsabilizado pelo Tribunal de Contas da União, por conta da opinião manifestada. A corte suprema, ao decidir o MS nº 24.073-3/DF, entendeu que o parecer não é ato administrativo, mas, sim, uma mera opinião — corroborando a tese exposta neste trabalho. Outro fundamento utilizado naquela oportunidade teve lastro na inviolabilidade das manifestações dos advogados, direito constante no art. 2º, §3º, da Lei nº 8.906/1994 (“Estatuto do Advogado”), como corolário da intangibilidade profissional. Assim, ao decidir a questão, a Suprema Corte entendeu pela irresponsabilidade do parecerista, ou seja, não se configuraria a solidariedade pretendida.

No segundo caso (MS nº 24.584-DF), discutia-se se o parecerista, inclusive se membro da advocacia pública, tinha a obrigatoriedade de comparecer perante o TCU para prestar informações. No limiar do julgamento, o min. Joaquim Barbosa abre a divergência, afirmando que, para a solução da questão, ter-se-ia de classificar o parecer em três espécies: *facultativo*, *obligatório* e *vinculante*. Entende o magistrado existir responsabilidade solidária no último

de responsabilização, ainda que não endereçadas a agentes públicos, além de serem aplicáveis em relação à revisão de condutas administrativas.

⁵⁰ Sobre a responsabilidade dos pareceristas, consultar: HEINEN, Juliano. Impossibilidade de responsabilização dos advogados públicos no exercício da função consultiva. *A&C. Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v. 14, p. 167-191, 2014.

caso, e o dever de prestar contas, especialmente ante dicção do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993,⁵¹ hipótese dos autos. E essa classificação dos tipos de parecer, ligando-a para com a existência de responsabilidade ou não do parecerista, ficou ainda mais clara quando do julgamento do MS nº 24.631-DF. Novamente, o min. Joaquim Barbosa, com base na doutrina de René Chapus, primeiramente estabeleceu a diferença entre as três espécies de pareceres, conforme exposição feita previamente. E concluiu que há responsabilidade do consultor no caso do *parecer vinculante*,⁵² sendo acompanhado pela maioria dos outros ministros. Assim, em uma análise mais detalhada a respeito, conclui-se que a Suprema Corte decidiu que:

- (a) caso o parecer seja *facultativo*, ou seja, quando ele é confeccionado por livre opção do administrador público, para o fim de aclarar uma situação e para receber subsídios técnicos, sem, contudo, ser obrigatória essa providência, não há que se pensar na responsabilização do parecerista. Sua opinião não se acopla ao ato administrativo a ser praticado, bem como não vincula o agente estatal. Esse sujeito possui liberdade para agir ou não conforme os termos do parecer;
- (b) no caso do parecer *obrigatório*, o administrador público também não está vinculado ao conteúdo do parecer. Enfim, pode bem agir contra aquilo que dispõe a opinião técnica. O que é imprescindível é a existência do parecer, ou seja, que ele seja proferido como uma fase imprescindível do procedimento;
- (c) contudo, no caso de parecer que possui caráter *vinculativo*, o STF tomou um posicionamento diferente. Decidiu, no MS nº 24.631-DF, que há *responsabilidade solidária* entre o parecerista e o administrador, porque a decisão deste fica vinculada à opinião daquele.⁵³

⁵¹ Lei nº 8.666/1993, Art. 38 [...] Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.

⁵² Baseia sua opinião fundamentando-a na doutrina do autor francês citado. Este último dispõe que o ato administrativo é nulo, por vício de incompetência, quando não se respeita o parecer que possui a característica vinculativa, de *avis conforme*, dado que não se cumpre, assim, a perfeição do ato (STF, MS no 24.631-DF).

⁵³ “CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. AUDITORIA PELO TCU. RESPONSABILIDADE DE PROCURADOR DE AUTARQUIA POR EMISSÃO DE PARECER TÉCNICO-JURÍDICO DE NATUREZA OPINATIVA. SEGURANÇA DEFERIDA. I. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada

O parecerista, assim, acaba por decidir no mesmo nível do administrador público, formatando-se, como visto, verdadeiro *ato administrativo complexo*.⁵⁴

Essa discussão, como bem pode ser visualizada pelo teor das ementas expostas, adveio a partir do momento em que o Tribunal de Contas da União (TCU) responsabilizou os pareceristas solidariamente com os administradores, impondo sanções a eles. Muito embora (e o que é mais curioso) o próprio TCU consagre jurisprudência que diga que não há que se falar em responsabilidade do parecerista quando a peça está fundamentada, defende tese jurídica pelo menos aceitável, alicerça-se em um parâmetro doutrinário e jurisprudencial etc.⁵⁵

Veja que os pareceres constituem uma análise especializada sobre determinado tema, aprofundando questões específicas do procedimento, fornecendo, em regra, alternativas ao administrador público.⁵⁶ E se assim o é, mesmo o “parecer obrigatório”, seja ele favorável ou contrário ao entendimento do gestor público, não o obriga a seguir o caminho traçado na consulta. E se ele pretender praticar o ato de forma como constava na proposta original, não necessariamente deverá submetê-lo a novo parecer — entendimento este

à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir. II. No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato. III. Controle externo: É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa.” (STF, MS 24.631-DF, rel. min. Joaquim Barbosa, Pleno, j. 9/8/2007).

Ainda, deve ser conferido o seguinte precedente: “ADVOGADO PÚBLICO - RESPONSABILIDADE — ARTIGO 38 DA LEI Nº 8.666/93 — TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO — ESCLARECIMENTOS. Prevendo o artigo 38 da Lei nº 8.666/93 que a manifestação da assessoria jurídica quanto a editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes não se limita a simples opinião, alcançando a aprovação, ou não, descabe a recusa à convocação do Tribunal de Contas da União para serem prestados esclarecimentos” (STF, MS 24.584-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, j. 9/8/2007).

⁵⁴ Especificamente no caso das licitações, onde o parecer da consultoria jurídica do órgão que promove o certame é obrigatório, o voto do ministro-relator lastreou-se na doutrina de Marçal Justen Filho (*Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 367-368).

⁵⁵ TCU, Acórdão no 1.427/2003, 1ª Câmara.

⁵⁶ FRIER, Pierre-Laurent; PETIT, Jacques. *Précis de droit administratif*. Paris: Montchrestien, 2010. p. 283.

que se aproxima das disposições normativas do art. 28, ora analisado. Logo, não se visualiza qualquer possibilidade de responsabilização do experto que atua na função consultiva, dado que sua opinião não é vinculante, e, portanto, permite ao gestor público atuar com liberdade de acolher ou não a solução jurídica ofertada.

Ainda quando os pareceres detiverem *natureza vinculante*,⁵⁷ ou seja, o gestor fica atrelado ao conteúdo da opinião técnica, conclui-se que, no caso de o parecer conservar o caráter opinativo, e outro ato lhe conferir natureza vinculante, somente este terá a especificidade prescritiva, jamais o parecer. Este, como dito, manterá o escopo enunciativo, até porque a autoridade pública pode ou não dar o condão vinculante ao parecer — existe, aqui, verdadeira margem de opção neste aspecto. Neste caso específico, não se visualiza a possibilidade de qualquer responsabilização, salvo dolo ou fraude do parecerista.

No caso de a consulta ser vinculativa de pronto (de *per si*, por ela mesma), deve se aplicar à espécie, por analogia, as disposições contidas no art. 133, do Código de Processo Civil, e no art. 630, do Código de Processo Penal, permitindo somente a responsabilidade do agente público que profere uma opinião jurídica quando se evidenciar que agiu com dolo, fraude ou erro grosseiro. Logo, o art. 28 é bastante condizente com a interpretação sistemática proposta.

Caso se entenda que parecer vinculante produziria uma prescrição, ou seja, um padrão de conduta, estaríamos diante de ato de natureza normativa — ainda que este último conceito seja aqui percebido de maneira ampla. Esta espécie de consulta acaba, então, por se traduzir como um verdadeiro ato que gera efeitos no dever ser. E, se assim o é, em nossa opinião, incidiriam à espécie as mesmas dificuldades em se punir um sujeito que legisla.

6. Eficiência administrativa

O que a legislação em vigor e ora analisada busca é meio de compatibilizar o texto constitucional à realidade de um país carente e os instrumentos de ação pública que, implementados, conduzam à maior efetividade possível das políticas sociais. Essa compatibilização não deve se dar exclusivamente no

⁵⁷ Sobre a classificação dos pareceres adotada pelo STF, consultar: CHAPUS, René. *Droit administratif général*. Paris: Montchrestien, 2001. t. 1, p. 444 e ss.

Judiciário, nem mesmo à margem do estrito controle de juridicidade e muito menos com invasão da discricionariedade, tornando o Poder Judiciário, em uma última análise, como um “mero carimbador de decisões políticas”.⁵⁸

Atualmente, a administração pública é uma organização complexa. Além de ser titular de atividades típicas de Estado, atua, direta ou indiretamente, no setor financeiro, agrícola, industrial, econômico etc. Nos dias atuais, diferentemente de tempos passados, a abordagem da administração e sua relação com a sociedade traz consigo a necessidade de incorporar a estrutura e a atividade dela, ou seja, atua, muitas vezes, por meio de instrumentos próprios da empresa privada, como o rendimento dos serviços, avaliação de seus custos etc. Para tanto, exige-se da gestão pública contemporânea uma competência técnica dos funcionários. Ela, é claro, deve ser mais avançada, mais especializada, mais variada. A sociedade reclama por efetividade das ações de Estado,⁵⁹ na mesma medida em que essa eficiência é percebida em outros setores da sociedade. Isso desperta a atenção ao estudo de como reconstruir, sempre e sempre, a organização administrativa e seu modo de atuação. E se assim o é, essa reconstrução perpassa pela revisão dogmática do próprio direito administrativo.

7. O prestígio da motivação

Em todos os aspectos anteriormente destacados nestas primeiras linhas sobre as alterações promovidas pela Lei nº 13.655/2018 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, percebe-se um aspecto comum, qual seja, o evidente prestígio ao princípio da motivação. Com efeito, tendo-se inegavelmente ampliado o espectro decisório das autoridades (administração, controladora ou judicial), no tocante à interpretação, revisão, estipulação de efeitos práticos etc., igualmente inegável é a necessidade de que tais autoridades desempenhem suas funções de modo a cumprirem adequadamente o ônus argumentativo de justificação de suas tomadas de decisão.

A título de exemplo, destaca-se o art. 20, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 4.657/1942, com a redação dada pela Lei nº 13.655/2018, o qual estabelece que decisões que levem em conta valores jurídicos abstratos e considerem as

⁵⁸ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial das políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 86.

⁵⁹ Expressão vista em *sentido amplo*.

consequências práticas da decisão sejam motivadas com a demonstração da “[...] necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas”. Destaca-se, igualmente, o disposto no art. 21 do Decreto-Lei nº 4.657/1942, com a redação dada pela Lei nº 13.655/2018, o qual preceitua a necessidade de indicação expressa das consequências jurídicas e administrativas das decisões de invalidação de condutas administrativas, enquanto o art. 21, parágrafo único, preceitua a necessidade de indicação das “[...] condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos”.

A obrigação de motivar conduz a administração a explicar por escrito as razões da sua decisão.⁶⁰ A exposição dos motivos melhora significativamente a transparência, o controle e o padrão democrático das funções administrativas. Com isso, facilita-se a melhor compreensão da atuação administrativa.⁶¹ Com a adoção de um padrão democrático (art. 1º “caput” da CF/1988) pelo Estado brasileiro, tornou-se inerente à atuação administrativa a motivação dos atos praticados. Trata-se de cumprir uma agenda necessariamente focada no dever de transparência e, claro, de implementação de direitos e de garantias fundamentais como da ampla defesa, do contraditório, do direito de acesso à informação pública etc.

A motivação pode ser considerada, em termos sintéticos, a explicitação dos fatos e fundamentos que deram suporte à prática do ato.⁶² É a maneira com que o órgão administrativo explica as razões pelas quais tomou certa decisão, na mesma linha com que um juiz apresenta ao jurisdicionado os motivos pelos quais a sentença tem um determinado resultado. A partir desse contexto, o administrado pode ter conhecimento claro do conteúdo da decisão administrativa, bem como veicular eventual espécie de controle sobre ele. Logo, pode auferir a compatibilidade das razões de fato e de direito

⁶⁰ O princípio da motivação liga-se com o princípio da decisão, mas com este não se confunde, na medida em que o segundo impõe o dever de o poder público se pronunciar sobre todos os assuntos da sua competência que lhe sejam apresentados pelos administrados (art. 9º, do Código do Procedimento Administrativo português). AMORIM, João Pacheco de; GONÇALVES, Pedro Costa; OLIVEIRA, Mário Esteves de. *Código do procedimento administrativo comentado*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 125-131.

⁶¹ Pierre-Laurent Frier e Jacques Petit, *Précis de droit administratif*, op. cit., p. 314.

⁶² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 973.

expostas na decisão administrativa, para com, respectivamente, a realidade e o ordenamento jurídico vigente. Não raras vezes, a ausência de motivação escamoteia práticas de desvio de finalidade. Assim, a exposição de motivos acaba minimizando essas práticas ilícitas.

Em verdade, ainda que nenhuma norma tratasse do tema, o princípio da motivação seria típico princípio implícito, derivado do devido processo legal — art. 5º, LIV, CF/1988. Tomás-Ramón Fernández,⁶³ em interessante estudo, adverte que a motivação afasta o ato discricionário da arbitrariedade. Para o autor, aquilo que está despido de uma explicação de motivos cairia no campo do arbitrário.

O conteúdo de uma motivação deve ser preenchido pelas razões de fato e de direito.⁶⁴ Contudo, o detalhamento de cada qual dependerá de inúmeros fatores, sendo mediado pela razoabilidade. Será o caso concreto que validará a necessidade de a decisão ser mais ou menos minudente.⁶⁵ O ato administrativo que nega, limita ou afeta direitos ou interesses do administrado deve indicar, de forma explícita, clara e congruente, os motivos de fato e de direito em que está fundado (art. 50, “caput” e incisos, e §1º, todos da Lei nº 9.784/1999). Não atende a tal requisito a simples invocação da cláusula do interesse público ou a indicação genérica da causa do ato.⁶⁶

Conclusões

Inegável a relevância da Lei nº 13.655/2018 ao direito público brasileiro. Bem verdade que nem possui todas as virtudes propagadas por quem a ela endereçou ufânicos encômios, como se fosse apta a inaugurar o estado de direito em nosso país. Nem contempla todos os defeitos levantados por quem nela encontrou mecanismos de impunidade. Aliás, a ciência não convive bem com tal grau de passionalidade. De qualquer sorte, em linhas gerais, parece tratar-se de Diploma Legal bem-vindo, sobretudo quanto aos seus

⁶³ FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Arbitrariedad y discrecionalidad*. Madri: Civitas, 1991. p. 107. No mesmo sentido: “[...] la falta de fundamentación implica no sólo vicio de forma sino también y principalmente, vicio de arbitrariedad, que como tal determina normalmente la nulidad del acto” (GORDDILO, Augustin. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: F.D.A., 2004. t. 3, p. X-17).

⁶⁴ A exemplo do que dispõe o art. 3º, da Lei francesa de 11 de julho de 1979.

⁶⁵ São admitidas, em certos casos, decisões sucintas, desde que se possam compreender os motivos delas (CE, 11 jun. 1982, *Min. De l’Intérieur/Rezzouk*).

⁶⁶ STJ, MS no 9.944-DF, rel. min. Teori Albino Zavascki, 1ª Seção, j. 25/5/2005.

desideratos expressados na sua ementa, quais sejam, propiciar maior segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Cumpre a todos quantos se preocupam com o direito público cientificamente a busca pela exata compreensão de suas normas. Nesse sentido, o presente ensaio traz uma análise inicial e prospectiva dos efeitos da Lei nº 13.655/2018 no direito brasileiro, da qual se extraem as seguintes considerações:

- Tal deve ser o objetivo do intérprete: alcançar a realidade social e modificá-la no tocante às imperfeições apresentadas. A interpretação que deve ser realizada não pode, de forma alguma, confundir-se com o exercício arbitrário do poder de tomar decisões e fazer escolhas, pois elas devem estar vinculadas, como já se salientou, aos preceitos fundamentais e aos direitos humanos.
- Cabe refletirmos que, se não houvesse a escassez dos bens, não haveria por que se ter economia. Mas essa escassez existe, o que inflite um conflito entre valores (bens). A pergunta que se deve fazer é: como resolver a ponderação? Os juristas normalmente encontram respostas no vazio da *proporcionalidade*, no vácuo da *ponderação*, na metafísica *razoabilidade*. Contudo, a posição jurídica é por deveras ampliada se assim posta, uma vez que se trata não de uma ponderação, de uma proporcionalidade ou de uma razoabilidade, mas sim, em última análise, de uma simples *opção*. O jurista opta, sim, entre dois valores: ou protege a vida de um, em detrimento de se alocar recursos a muitos, ou se opta pela coletividade em detrimento do direito subjetivo de um só. Está posta a opção, sem maiores floreios, nua. Dessa forma, a decisão a ser tomada deve levar em conta: (a) a desigualdade provocada; (b) os reflexos econômicos gerados, extremamente deletérios aos demais membros da sociedade.
- Bem por isso que não se pode reputar o direito público como um simples “sistema de proteção jurídica” do cidadão, mas muito mais como um direito da organização administrativa e da promoção do desenvolvimento e bem-estar social. Por isso que o direito administrativo deve ter foco no cidadão, e não na autoridade.
- A compreensão das coisas faz com que estas sejam representadas, seja o que elas forem. Até porque os conceitos não são algo dito, mas algo pensado, ou seja, são uma representação mental da essência das coisas. Assim, a *proposição* alocada na motivação dos atos judiciais nada mais é do que um juízo sobre as coisas, nada mais é do que a representação que o magistrado ou os membros das Cortes de Contas fazem da realidade.

- O êxito da Lei nº 13.655/2018, no tocante à obtenção de um estado de segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, será tanto maior quanto mais adequadamente as autoridades administrativas, controladora e judicial motivarem suas decisões.

Referências

ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. *Harvard Law Review*, v. 113, n. 3, p. 642-727, jan. 2000.

ALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. *Tragic choices — the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*. Nova York; Londres: W. W. Norton & Company. 1978.

AMORIM, João Pacheco de; GONÇALVES, Pedro Costa; OLIVEIRA, Mário Esteves de. *Código do procedimento administrativo comentado*. Coimbra: Almedina, 2006.

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*. Entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional — ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 49-120.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Direitos fundamentais, democracia e constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BLANCO, Federico A. Castillo. *La protección de confianza en el derecho administrativo*. Madri: Marcial Pons, 1998.

CALMES, Sylvia. *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*. Paris: Dalloz, 2001.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de direito administrativo — parte geral, intervenção do estado e estrutura da administração*. Salvador: Juspodivm, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012.

CASTILLO BLANCO, Federico A. *La protección de confianza en el derecho administrativo*. Madri: Marcial Pons, 1998.

CHAPUS, René. *Droit administratif général*. Paris: Montchrestien, 2001. t. 1.

COSTA, Judith Martins. Almiro do Couto e Silva e a re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos. In: ÁVILA, Humberto (Org.). *Fundamentos do Estado de Direito — Estudos em Homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005.

COUTO E SILVA, Almiro. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular os seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 237, p. 35-78, jul./set. 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2015.

DORF, Michael C.; TRIBE, Laurence H. *On reading the constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*. Contributo para o estudo da atividade privada na administração pública. Coimbra: Almedina, 1999.

FAGUNDES, Jorge. *Fundamentos econômicos das políticas de defesa da concorrência — eficiência econômica e distribuição de renda em análise antitruste*. São Paulo: Singular, 2003.

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Arbitrariedad y discrecionalidad*. Madri: Civitas, 1991.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial das políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.

FRIER, Pierre-Laurent; PETIT, Jacques. *Précis de droit administratif*. Paris: Montchrestien, 2010.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos — direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GAMBOA, Jaime Orlando Santofino. *La fuerza de los precedentes administrativos em el sistema jurídico del derecho positivo colombiano*. Bogotá: Universidad Extrenado de Colombia, 2010.

GARCÍA LUENGO, Javier. *El principio de protección de la confianza en el derecho administrativo*. Madri: Civitas, 2002.

GAUDIN, Jean-Pierre. *Gouverner par contrat: l'action publique en question*. Paris: Presses de Sciences Politiques, 1999.

GORDDILO, Augustin. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: F.D.A., 2004. t. 3.

GRAU, Eros. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2003.

HEINEN, Juliano. Impossibilidade de responsabilização dos advogados públicos no exercício da função consultiva. *A&C. Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v. 14, p. 167-191, 2014.

HEINEN, Juliano; MAFFINI, Rafael; SPARAPANI, Priscilia. *Comentários à lei federal do processo administrativo — Lei nº 9.784/1999*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights*. Nova York: Norton, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Dialética, 2002.

KNIJNIK, Danilo. O princípio da segurança jurídica no direito administrativo e constitucional. *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 13, p. 122-152, 1994.

MAFFINI, Rafael. *Administração pública dialógica (proteção procedimental da confiança) em torno da súmula vinculante nº 3, do Supremo Tribunal Federal*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 253, p. 159-172, jan. 2010.

_____. É inadmissível a responsabilidade objetiva na aplicação da Lei 8.429/1992, exigindo-se a presença de dolo nos casos dos arts. 9º e 11 (que coíbem o enriquecimento ilícito e o atentado aos princípios administrativos, respectivamente) e ao menos de culpa nos termos do art. 10, que censura os atos de improbidade por dano ao erário. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; NOHARA, Irene Patrícia (Coord.). *Teses jurídicas dos tribunais superiores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 2, t. 2, p. 29-50.

_____. Modulação temporal *in futurum* dos efeitos da anulação de condutas administrativas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 244, p. 231-247, jan. 2007.

_____. Princípio da proteção da confiança legítima. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coord.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Tomo: Direito administrativo e constitucional. Coordenação de Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun e André Luiz Freire. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

_____. *Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

MORENO, Fernando Sainz. *Conceptos jurídicos, interpretacion y discrecionalidad administrativa*. Madri: Civitas, 1976.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade administrativa*. Porto Alegre: Síntese, 1998.

POSNER, Richard. *Frontiers of legal theory*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

SOUSA, António Francisco de. *Conceitos indeterminados no direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994.