UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARCELO RODRIGUES MAZZEI

MOTIVAÇÃO CONSEQUENCIALISTA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E DOS DIREITOS DE CIDADÃOS

Ribeirão Preto
2024

MARCELO RODRIGUES MAZZEI

MOTIVAÇÃO CONSEQUENCIALISTA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E DOS DIREITOSDES CIDADÃOS

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito na área de concentração de Direitos Coletivos e Cidadania.

Orientador: Prof. Dr. Sebastião Sérgio da Silveira.

Ribeirão Preto
2024

Ficha catalográfica preparada pelo Centro de Processamento
Técnico da Biblioteca Central da UNAERP

- Universidade de Ribeirão Preto

MAZZEI, Marcelo Rodrigues, 1979-

M477m Motivação consequencialista como instrumento de proteção do patrimônio público e dos direitos de cidadãos / Marcelo Rodrigues Mazzei. - Ribeirão Preto, 2024.
434 f. : il.

Orientador: Prof.º Dr.º Sebastião Sérgio da Silveira.

Tese (Doutorado) - Universidade de Ribeirão Preto, UNAERP, Direito (Mestrado/Doutorado), 2024.

1. Consequencialismo . 2. Motivação. 3. Decisão administrativa. II. Título.

CDD 341.2

MARCELO RODRIGUES MAZZEI

PRESSUPOSTOS DA MOTIVAÇÃO DA DECISÃO ADMINISTRATIVA CONSEQUENCIALISTA DO ART. 20 ART. 20 DO DECRETO-LEI Nº 4.657/1942.

Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Ribeirão Preto, para obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de Concentração: Direitos Coletivos e Cidadania

Data da defesa: 12 de julho de 2024.

Resultado: **Aprovado, com recomendação para publicação.**

BANCA EXAMINADORA

gov.br Documento assinado digitalmente
SEBASTIAO SERGIO DA SILVEIRA
Data: 12/07/2024 14:08:32-0300
Verifique em https://validar.iti.gov.br

Prof. Dr. Sebastião Sérgio da Silveira
Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP

Prof. Dr. Gregório Assagra de Almeida
Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP

Profa. Dra. Maria Cristina Vidotte Blanco Tárrega
Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP

gov.br Documento assinado digitalmente
MARIA GORETTI DAL BOSCO
Data: 12/07/2024 18:03:01-0300
Verifique em https://validar.iti.gov.br

Profa. Dra. Maria Goretti Dal Bosco
Universidade Federal da Paraíba (UFPB)

gov.br Documento assinado digitalmente
MARIA TEREZA FONSECA DIAS
Data: 12/07/2024 15:00:07-0300
Verifique em https://validar.iti.gov.br

Profa. Dra. Maria Tereza Fonseca Dias
Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

RIBEIRÃO PRETO
2024

Dedico a presente tese à memória de meu irmão Francisco Rodrigues Mazzei e à memória do professor Zaiden Geraige Neto.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à todas as pessoas que de qualquer modo contribuíram para o desenvolvimento da presente tese, em especial ao meu orientador Professor Sebastião Sérgio da Silveira, um exemplo positivo de docente e servidor público dedicado.

RESUMO

O objeto da pesquisa desenvolvida é o estudo e a investigação da aplicação do consequencialismo previsto no art. 20 do Decreto-Lei nº 4.657/1942 na motivação da decisão administrativa. O objetivo principal da tese, na condição de contribuição original para o âmbito do conhecimento jurídico, é estabelecer pressupostos normativos na condição de critérios objetivos que, obrigatoriamente, deverão ser observados para a aplicação nas decisões administrativas do consequencialismo previsto no art. 20 do Decreto-Lei nº 4.657/1942, sob pena de nulidade dessas decisões. Justifica a elaboração da presente tese a circunstância de que a alteração legislativa que introduziu o art. 20 da LINDB é relativamente recente (2018), carecendo de maiores estudos teóricos e empíricos quanto aos limites normativos da observância das consequências práticas na motivação da decisão administrativa (juízo de prognose do decisor). O necessário aprofundamento no tema também se justifica pelo caráter inovador da inclusão expressa do consequencialismo na estrutura normativa da motivação da decisão pública na esfera judicial, administrativa e controladora). A inclusão legislativa do consequencialismo implica necessariamente em uma adaptação da racionalidade pública fundante de diferentes órgãos e instituições, justificando, assim, maior aprofundamento teórico acerca dos pressupostos normativos da motivação consequencialista. Por fim, também justifica a presente tese que a ausência de pressupostos para a motivação consequencialista do art. 20 da LINDB permite a amplia indiscriminada da discricionariedade do decisor, o que insere parte da relevância da presente tese também no campo da teoria da decisão. O método utilizado se pautou na pesquisa documental relativa a textos técnicos-jurídicos e a decisões administrativas, controladoras e judiciais que, dentro do campo da pesquisa elaborada, contribuíssem ao presente estudo. Disso resultou a estruturação da tese em três capítulos intercomunicantes, com o primeiro capítulo abordando três importantes transições ocorridas no Direito Administrativo brasileiro que impactaram na estrutura normativa da motivação da decisão administrativa (constitucionalização do Direito Administrativo, mudança do paradigma da autoridade para a consensualidade e giro-pragmático na superação da abstração do conteúdo decisório para o primado da realidade e das consequências da decisão), tornando a motivação da decisão administrativa mais próxima do pragmatismo e consequencialismo. Já o segundo capítulo aborda a Lei nº 13.655/2018 e como as alterações legislativas por ela promovidas alocaram a motivação da decisão pública dentro do contexto pragmático e consequencialista. Por fim, o terceiro capítulo analisa os limites do consequencialismo introduzido pela Lei nº 13.655/2018, apontando os imites e critérios objetivos-normativos para uma decisão administrativa consequencialista com base no art. 20 da LINDB. O resultado obtido pela pesquisa conclui que a decisão administrativa consequencialista prevista no art. 20 da LINDB, deve observar em sua motivação quatro pressupostos (critérios-objetivos) sob pena de nulidade da decisão: a obrigatoriedade da exposição contemporânea das consequências práticas com a motivação da decisão administrativa; a proibição da utilização do consequencialismo como mero instrumento retórico de uma interpretação voluntarista contrária à lei; a prévia submissão das consequências práticas consideradas pelo decisor ao contraditório das partes envolvidas e a qualidade dos elementos empíricos cientificamente comprovados que pautam as consequências práticas do juízo de prognose do decisor.

Palavras-chave: Consequencialismo; Motivação; Decisão administrativa.

ABSTRACT

The object of the research developed is the study and investigation of the application of consequentialism provided for in art. 20 of Decree-Law No. 4,657/1942 in motivating the administrative decision. The main objective of the thesis, as an original contribution to the scope of legal knowledge, is to establish normative assumptions as objective criteria that must be observed in order to apply the consequentialism provided for in art in administrative decisions. 20 of Decree-Law No. 4,657/1942, under penalty of nullity of these decisions. Justifying the elaboration of this thesis is the circumstance that the legislative change that introduced art. 20 of LINDB is relatively recent (2018), lacking further theoretical and empirical studies regarding the normative limits of compliance with practical consequences in motivating administrative decisions (judgment of the decision maker's prognosis). The necessary deepening of the topic is also justified by the innovative nature of the express inclusion of consequentialism in the normative structure of motivation for public decisions in the judicial, administrative and controlling spheres). The legislative inclusion of consequentialism necessarily implies an adaptation of the founding public rationality of different bodies and institutions, thus justifying greater theoretical depth regarding the normative assumptions of consequentialist motivation. Finally, this thesis also justifies that the absence of presuppositions for the consequentialist motivation of art. 20 of LINDB allows the indiscriminate expansion of the decision-maker's discretion, which is part of the relevance of this thesis also in the field of decision theory. The method used was based on documentary research relating to technical-legal texts and administrative, controlling and judicial decisions that, within the field of research elaborated, contributed to the present study. This resulted in the structuring of the thesis into three interconnected chapters, with the first chapter addressing three important transitions that occurred in Brazilian Administrative Law that impacted the normative structure of the motivation for administrative decisions (constitutionalization of Administrative Law, change in the paradigm of authority towards consensuality and shift -pragmatic in overcoming the abstraction of the decision-making content to the primacy of reality and the consequences of the decision), making the motivation of the administrative decision closer to pragmatism and consequentialism. The second chapter addresses Law No. 13,655/2018 and how the legislative changes it promoted allocated the motivation for the public decision within the pragmatic and consequentialist context. Finally, the third chapter analyzes the limits of consequentialism introduced by Law No. 13,655/2018, pointing out the limits and objective-normative criteria for a consequentialist administrative decision based on art. 20 from LINDB. The result obtained by the research concludes that the consequentialist administrative decision provided for in art. 20 of LINDB, must observe in its motivation four assumptions (objective criteria) under penalty of nullity of the decision: the obligation to present the practical consequences contemporaneously with the motivation of the administrative decision; the prohibition of using consequentialism as a mere rhetorical instrument of a voluntarist interpretation contrary to the law; the prior submission of the practical consequences considered by the decision-maker to the adversary of the parties involved and the quality of the scientifically proven empirical elements that guide the practical consequences of the decision-maker's prognosis judgment.

Keywords: Consequentialism; Motivation; Administrative decision.

RESUMEN

El objeto de la investigación desarrollada es el estudio e investigación de la aplicación del consecuencialismo previsto en el art. 20 del Decreto-Ley nº 4.657/1942 en la motivación de la decisión administrativa. El principal objetivo de la tesis, como aporte original al ámbito del conocimiento jurídico, es establecer supuestos normativos como criterios objetivos que deben observarse para aplicar el consecuencialismo previsto en el art en las decisiones administrativas. 20 del Decreto-Ley nº 4.657/1942, bajo pena de nulidad de estas decisiones. Justifica la elaboración de esta tesis la circunstancia de que el cambio legislativo que introdujo el art. 20 de LINDB es relativamente reciente (2018), careciendo de mayores estudios teóricos y empíricos sobre los límites normativos del cumplimiento de las consecuencias prácticas en la motivación de las decisiones administrativas (juicio del pronóstico del decisor). La necesaria profundización del tema se justifica también por el carácter innovador de la inclusión expresa del consecuencialismo en la estructura normativa de motivación de las decisiones públicas en los ámbitos judicial, administrativo y de control). La inclusión legislativa del consecuencialismo implica necesariamente una adaptación de la racionalidad pública fundacional de diferentes organismos e instituciones, justificando así una mayor profundidad teórica respecto de los supuestos normativos de la motivación consecuencialista. Finalmente, esta tesis también justifica que la ausencia de presupuestos para la motivación consecuencialista del arte. 20 de LINDB permite la expansión indiscriminada de la discrecionalidad del decisor, lo que es parte de la relevancia de esta tesis también en el campo de la teoría de la decisión. El método utilizado se basó en la investigación documental relativa a textos técnico-jurídicos y decisiones administrativas, de control y judiciales que, dentro del campo de investigación elaborado, contribuyeron al presente estudio. Esto resultó en la estructuración de la tesis en tres capítulos interconectados, con el primer capítulo abordando tres transiciones importantes que ocurrieron en el Derecho Administrativo brasileño que impactaron la estructura normativa de la motivación de las decisiones administrativas (constitucionalización del Derecho Administrativo, cambio en el paradigma de la autoridad hacia el consensualismo y el viraje -pragmático en la superación de la abstracción del contenido de la toma de decisiones a la primacía de la realidad y las consecuencias de la decisión), acercando la motivación de la decisión administrativa al pragmatismo y al consecuencialismo. El segundo capítulo aborda la Ley nº 13.655/2018 y cómo los cambios legislativos que promovió asignaron la motivación de la decisión pública en el contexto pragmático y consecuencialista. Finalmente, el tercer capítulo analiza los límites del consecuencialismo introducido por la Ley nº 13.655/2018, señalando los límites y criterios objetivos-normativos para una decisión administrativa consecuencialista basada en el art. 20 de LINDB. El resultado obtenido por la investigación concluye que la decisión administrativa consecuencialista prevista en el art. 20 de la LINDB, debe observar en su motivación cuatro supuestos (criterios objetivos) bajo pena de nulidad de la decisión: la obligación de presentar las consecuencias prácticas contemporáneamente a la motivación de la decisión administrativa; la prohibición de utilizar el consecuencialismo como mero instrumento retórico de una interpretación voluntarista contraria a derecho; la sumisión previa de las consecuencias prácticas consideradas por el decisor al adversario de las partes involucradas y la calidad de los elementos empíricos científicamente probados que orientan las consecuencias prácticas del juicio pronóstico del decisor.

Palabras clave: Consecuencialismo; Motivación Decisión administrativa.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 11
1 TRÊS TRANSIÇÕES DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO QUE IMPACTARAM NA ESTRUTURA DA MOTIVAÇÃO DA DECISÃO ADMINISTRATIVA: GIRO-PRAGMÁTICO E CAMINHAR CONSEQUENCIALISTA 17
1.1 A constitucionalização do Direito Administrativo: efeitos sobre a motivação da decisão administrativa 19
1.2 A ressignificação do conceito de legalidade como juridicidade 25
1.2.1 A processualização do ato administrativo 33
1.2.2 A redução da discricionariedade administrativa pelo incremento do controle externo da Administração Pública 36
1.3 A mudança do paradigma da autoridade para a consensualidade 47
1.3.1 A configuração jurídico-normativa da consensualidade na Administração Pública através da legislação e regulamentos 66
1.3.2 O art. 26 da LINDB como cláusula geral de acordos e consensualidade administrativa 76
1.3.3 A consensualidade administrativa como expressão do direito fundamental à boa administração e a consequente ressignificando da motivação da decisão administrativa 87
1.3 Linhas gerais do pragmatismo, neopragmatismo e consequencialismo 91
1.4. Passagem gradual da abstração do conteúdo da fundamentação decisória para o primado da realidade e das consequências da decisão: o giro-paradigmático e o caminhar consequencialista. 107
2 A LEI Nº 13.655/2018 E ALTERAÇÕES DA LINDB: A MOTIVAÇÃO DA DECISÃO PÚBLICA NO CONTEXTO PRAGMÁTICO E CONSEQUENCIALISTA 118
2.1 Lei 13655/3018: gênese doutrinário e trâmite legislativo do Projeto de Lei do Senado n° 349/2015 118
2.2 Vetos ao projeto de lei nº 7.448/2017 123
2.3 Críticas gerais à Lei nº 13.655/2018 130
2.4 Consequencialismo invalidatório, motivação constitutiva e proporcionalidade 140
2.5 Contextualização dos atos de gestão pública, consequencialismo deferente e critérios gerais de dosimetria das sanções 159

2.6 Regime de transição consequencialista, vedação à irretroatividade da bipolaridade hermenêutica, coerência e segurança jurídica.....170
2.7 Incidência temporal de orientação geral, ato jurídico perfeito e consequencialismo planejado 179
2.8 Danos do processo, externalidades e consequencialismo processual 183
2.9 Sistema de responsabilização dos agentes públicos e o pragmatismo e a consensualidade frente ao direito sancionatório.....197
2.10 Consulta pública, consensualidade, legitimação pela abertura dialógica do compartilhamento da responsabilidade política e controle social 227
2.11 Dever de estabilidade de entendimento, precedentes administrativos e vedação de comportamento contraditório.....246
2.12 A recepção da Lei nº 13.655/2018 pela jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo: análises das decisões dos anos de 2021 e 2022 na busca de um diálogo empírico.....267
2.12.1 Análise das decisões do ano de 2021 quanto ao termo-chave “LINDB”.....270
2.12.2 Análise das decisões do ano de 2021 quanto ao termo-chave “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro”.....294
2.12.3 Análise das decisões do ano de 2021 quanto ao termo-chave “13.655” 299
2.12.4 Análises das decisões do ano de 2022 quanto ao termo-chave “LINDB”.....300
2.12.5 Análise das decisões do ano de 2022 quanto ao termo-chave “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro”.....314
2.12.6 Análise das decisões do ano de 2022 quanto ao termo-chave “13.655” 317
3 CRITÉRIOS OBJETIVOS E LIMITES DO CONSEQUENCIALISMO NA MOTIVAÇÃO DA DECISÃO ADMINISTRATIVA DO ART. 20 DO DECRETO-LEI Nº 4.657/1942 320
3.1 Art. 20: valores jurídicos abstratos, consequencialismo, realidade impositiva ao decisor, possíveis alternativas e proporcionalidade 322
3.2 O consequencialismo contra o ativismo: o teste de deferência do controlador 355
3.3 As consequências econômicas do art. 20 da LINDB: Houve adesão legislativa brasileira à Análise Econômica do Direito?.....364
3.4 Limites e critérios objetivos-normativos para uma decisão administrativa consequencialista com base no art. 20 da LINDB.....373

3.4.1 A obrigatoriedade da exposição contemporânea das consequências práticas com a motivação da decisão administrativa.....374
3.4.2 A proibição da utilização do consequencialismo como mero instrumento retórico de uma interpretação voluntarista contrária à lei.....375
3.4.3 A prévia submissão das consequências práticas consideradas pelo decisor ao contraditório das partes envolvidas.....376
3.4.4 A qualidade dos elementos empíricos cientificamente comprovados. Que pautam as consequências práticas do juízo de prognose do decisor.....381
CONCLUSÃO.....390
REFERÊNCIAS.....391

INTRODUÇÃO

A presente tese estabelece critérios objetivos de orientação para aplicação do consequencialismo previsto no art. 20 da LINDB, introduzido pela Lei nº 13.655/2018, na motivação da decisão administrativa. A obrigatoriedade de observância das consequências práticas na decisão administrativa que se utilizar de valores jurídicos abstratos imposta pelo art. 20 da LINDB ocasionou uma série de questionamentos jurídicos e práticos quanto à sua aplicabilidade. Questionamentos envolvendo a constitucionalidade do art. 20, bem como a sua abrangência, impacto e correta intepretação surgiram naturalmente em face da inovação da positivação do consequencialismo, que é uma das características do campo teórico do pragmatismo.

A Lei nº 13.655/2018 não é uma lei ideal. Mas ela é a lei possível. Uma lei não nasce uniforme. Ela é o resultado de um processo de depuração que ocorre mediante a incidência de uma série de interesses e entendimentos dialogados durante seu trâmite legislativo.

Da mesma forma, a Lei nº 13.655/2018 não pode ser vista como totalmente inovadora. Ela, na verdade, cumpre bem o papel que talvez não tenha sido seu principal escopo quando da apresentação do Projeto de Lei n° 349/2015 (autor Senador Antônio Anastasia): ela fomenta a discussão doutrinária e jurisprudencial. É uma lei que incomoda. Essa discussão é um dos requisitos essenciais para que uma lei no Brasil tenha eficácia na prática: a vivacidade na sua interpretação decorrente de rejeições e aceitações no processo de confrontação em sua aplicação, gerando esforço coletivo e tensões argumentativas.

A Lei nº 13.655/2018, junto com outras alterações legislativas posteriores, como a Lei nº 14.230/2021 (que alterou a lei de improbidade administrativa - Lei nº 8.429/1992) e a Lei nº 14.133/2021 (nova lei de licitações e contratos administrativos), representa um movimento de *backlash* do Poder Legislativo frente ao Poder Judiciário e órgãos de controle – em especial o Ministério Público e o Tribunal de Contas da União – oriundo da sensação do exagero acusatório, punitivo e controlador desses órgãos quanto aos demais agentes públicos. O entendimento dessa onda legislativa reformista repousou na necessidade de maior segurança jurídica ao agente público - especialmente ao gestor público – para que pudesse livremente exercer sua tomada de decisões, incluindo decisões inovadoras, sem que houvesse uma indevida substituição pela vontade do controlador ou receio de responsabilização pelo simples

exercício de sua função pública em contrariedade ao entendimento do órgão controlador.

Como o intuito difundido das alterações promovidas pela Lei nº 13.655/2018 foi justamente a promoção de maior segurança jurídica, nada mais natural que se proliferem estudos voltados ao aperfeiçoamento científico das alterações, de forma a estabelecer padrões e protocolos de atuação dos agentes envolvidos, que possam, ao longo do tempo, promover essa segurança jurídica desejada pela modificação legislativa.

Por se tratar de disposição inserida em diploma legal exegético (Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro), considerado metanorma ou norma de sobredireito por consistir em um conjunto de regras e alguns princípios para interpretação/aplicação do restante do ordenamento jurídico, a observância das consequências práticas, denominada consequencialismo, ganhou importância no estudo do Direito brasileiro, especialmente por compor, agora, a motivação dos atos decisórios nas esferas administrativa, controladora e judicial quando houver avocação de valores jurídicos abstratos.

O consequencialismo – em conjunto com o contextualismo e o antifundacionalismo - representa um dos elementos da corrente teórica do pragmatismo.

O consequencialismo preconiza que a correção ou incorreção de uma conduta ou decisão é medida pelas consequências práticas (alteração do mundo real) derivadas dessa conduta ou decisão, aferidas através de métodos cientificamente comprováveis.

Com isso, o consequencialismo atua como se fosse uma régua de correção da legislação, uma vez que as consequências de uma conduta influenciariam na aplicação da norma jurídica, contrapondo-se, dessa forma, às teorias deontológicas, que prescrevem em regra o dever-se e as suas consequências do descumprimento do binômio lícito/ilícito no próprio texto legislativo, independente das consequências práticas decorrentes da conduta legislada.

O consequencialismo introduzido pelo art. 20 da LINDB, entretanto, trouxe relevantes problemas de diferentes matizes. A relevância jurídica da presente tese reside em três pontos analíticos principais. O primeiro é que é relativamente recente a introdução expressa do consequencialismo na motivação decisória (através da Lei

nº 13.655/2018), o que demanda maior aprofundamento teórico e maiores estudos de suas características para uma correta aplicação prática. Se somente com o passar do tempo será possível verificar como o consequencialismo introduzido pela Lei nº 13.655/2018 foi absorvido e aplicado pelos integrantes do sistema jurídico, mostra-se importante o desenvolvimento de uma base teórica segura - através de estudos científicos qualificados e diversificados - para que esse desenvolvimento transcorra adequadamente. Afinal, quais seriam os limites normativos desse consequencialismo? Até que ponto e qual o procedimento que se extrai do ordenamento jurídico que condicionará o exercício do juízo de prognose do decisor quanto às consequências práticas?

O segundo ponto é que o consequencialismo, na condição de elemento filosófico do pragmatismo, não possui no direito brasileiro um aprofundado lastro histórico-institucional. O consequencialismo - dentro do pragmatismo jurídico -, embora seja amplamente estudado em território nacional, nunca representou uma característica ampla e perceptível nas atividades desenvolvidas pelas instituições jurídicas nacionais. O problema também é de ordem epistemológica ou de racionalidade pública fundante. O consequencialismo não encontra campo fértil em seu desenvolvimento pela existência de um *déficit* de racionalidade pública (epistemológico), muitas vezes, popularmente, confundida com a acepção pejorativa e equivocada de burocracia[1]. Confunde-se, bem verdade, com um excessivo formalismo. Ao invés do desenvolvimento de uma governança racional, atrela-se o exercício da função pública e execução de serviços públicos à mera subsunção rígida e inflexível em parâmetros interpretativos de artigos de lei ou regulamentos sem a preocupação com uma mínima lógica prática entre os meios e o fim. Sua positivação por meio da Lei nº 13.655/2018 implicou obrigatoriamente em uma adequação dos paradigmas interpretativos/aplicativos mais comuns no cenário jurídico nacional. Isso por si só demonstra a importância de maior aprofundamento teórico-normativo sobre o consequencialismo, envolvendo seus limites, pressupostos e características.

O terceiro ponto que subsidia a relevância jurídica da tese é que a ausência de claros limites normativos quanto à extensão da utilização da motivação decisória

[1] Na acepção weberiana, a burocracia representa um dos fundamentos da democracia moderna em face da materialização do poder legal de forma racional. O Estado racional que floresce do capitalismo moderno depende do funcionalismo especializado regido e de normas jurídicas racionais (WEBER, Max. **Economia e Sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Vol. 01. 3ª ed. Tradução: Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, p. 517-529).

consequencialista, prevista art. 20 da LINDB, amplia indevidamente a discricionariedade do decisor, que não fica restrito a regras claras de controle. A ausência possibilita a utilização indevida de *stardarts* de controle com base em valores genéricos e principiologia meramente retórica para sustentar decisões solipsistas.

A existência de parâmetros normativos claros sobre a aplicação consequencialista interdita que o órgão controlador possa substituir o gestor, especialmente quanto à opção política através da escolha das consequências práticas e da fluidez de limites quanto à prognose consequencialista.

A ausência de claros limites normativos também estimula o exercício discricionário da opção por consequências *ad hoc* ou não empiricamente comprováveis, com enfraquecimento da impessoalidade, isonomia, eficiência e moralidade administrativa. A existência de pressupostos normativos objetivos para aplicação do consequencialismo na motivação da decisão administrativa com base no art. 20 da LINDB combate a discricionariedade decisória, reduzindo o indevido subjetivismo na aplicação das normas jurídicas. Os pressupostos normativos do consequencialismo se insere também, na verdade, no campo da teoria da decisão pública.

Acerca dessas questões filosóficas, dogmáticas e de razão prática surgidas que sustentam e justificam a relevância da tese, necessário o estudo direcionado à definição de critérios objetivos que possibilitem, com segurança e previsibilidade, que o gestor público, na motivação de sua decisão administrativa, possa exercer um adequado juízo de prognose e valoração das consequências práticas na hipótese de aplicabilidade do at. 20 da LINDB.

O enfrentamento dessa problemática decorrente dessas questões consubstancia o desenvolvimento da presente tese, voltada ao estabelecimento dos limites das consequências práticas do art. 20 do Decreto-Lei nº 4.657/1942 na motivação da decisão administrativa por meio de um ensaio dogmática de uma teoria da decisão administrativa consequencialista.

Critérios objetivos generalizáveis (replicáveis para situações análogas), que possam ser controlados, perdurando durante o tempo e que de fato sejam observados pelo decisor, são critérios aptos a promoverem a segurança jurídica por meio de determinação (conhecimento prévio do conteúdo normativo), estabilidade

(imutabilidade de determinadas normas) e previsibilidade (capacidade de antecipar as consequências jurídicas da conduta; condição de não-surpresa)[2].

O método utilizado foi a pesquisa documental de natureza quantitativa e qualitativa quanto a textos doutrinários e a decisões judiciais e controladoras que contribuíssem para o aprimoramento do estudo da tese, com ênfase nas que abordassem o desenvolvimento do princípio da segurança jurídica, as alterações da Lei nº 13.655/2018 e a estrutura normativa que envolve a motivação da decisão administrativa dentro do Direito Administrativo brasileiro.

O primeiro capítulo aborda três transições do Direito Administrativo brasileiro que impactaram na estrutura da motivação da decisão administrativa. A constitucionalização do Direito Administrativo, a ressignificação do conceito de legalidade como juridicidade e a mudança do paradigma da autoridade para a consensualidade trouxeram balizas dogmáticas que permitiram a introdução do pragmatismo e consequencialismo ao direito administrativo, permitindo uma passagem gradual da abstração do conteúdo da fundamentação decisória para o primado da realidade e das consequências da decisão em um giro-paradigmático.

O segundo capítulo analisa os artigos introduzidos pela Lei nº 13.655/2018 na Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro (LINDB), ressaltando como elas afetaram a motivação da decisão pública dentro de um contexto pragmático e consequencialista. Dentro do capítulo, para contextualização metodológico-empírica que permita compreender como as alterações promovidas pela Lei nº 13.655/2018 foram recepcionadas, promoveu-se uma análise quantitativa de decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo no período dos anos de 2021 e 2022 acerca da citação de dispositivos inseridos pela Lei nº 13.655/2018. Com isso, através da análise das decisões judiciais obtidas pelos critérios adotados, pode-se chegar aos fundamentos teóricos e dogmáticos apresentados pelas decisões judiciais analisadas.

No terceiro e último capítulo foram expostos fundamentos teóricos e dogmáticos do pragmatismo jurídico, bem como a estrutura normativa do art. 20 da LINDB. A partir de uma análise crítica da observância das consequências práticas da decisão, empreendeu-se reflexões sobre o consequencialismo como teste de

[2] Humberto Ávila ainda destaca uma contraposição entre determinação versus cognoscibilidade (perspectiva material quanto à finalidade da segurança); mutabilidade (estabilidade) versus confiabilidade (perspectiva material dinâmica e intertemporal) e previsibilidade versus calculabilidade (perspectiva material com vista ao futuro). (ÁVILA, Humberto Bergmann. **Segurança jurídica**: Entre a permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 122/126).

deferência do controlador ao controlado em contraponto ao um possível ativismo, além da questão se houve a adesão legislativa pelo art. 20 da LINDB quanto a preceitos da corrente da Análise Econômica do Direito (AED), concluindo-se a partir das novas balizas matriciais do pragmatismo jurídico-administrativo introduzido pela existência de quatro critérios objetivos-normativos que limitam o juízo de prognose para uma decisão administrativa consequencialista com base no art. 20 da LINDB.

1 TRÊS TRANSIÇÕES DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO QUE IMPACTARAM NA ESTRUTURA DA MOTIVAÇÃO DA DECISÃO ADMINISTRATIVA: GIRO-PRAGMÁTICO E CAMINHAR CONSEQUENCIALISTA

Para que se possa desenvolver a presente tese para definir critérios objetivos de orientação para aplicação do consequencialismo previsto no art. 20 da LINDB na motivação da decisão administrativa, é necessário primeiro entender como algumas transformações ocorridas no Direito Administrativo brasileiro impactaram na estrutura da motivação da decisão administrativa.

O motivo é elemento do ato administrativo[3], consistente no pressuposto de fato e no pressuposto de Direito que fundamentam o ato administrativo[4].

Os motivos são externados através da motivação. A motivação, que se diferencia dos motivos, é a instrumentalização (formalização) da exposição dos motivos, sendo necessária tanto para atos vinculados quanto para atos discricionários. A ausência da motivação (exposição dos motivos), implica na nulidade do ato administrativo, visto que a motivação constitui "garantia da legalidade[5]" legitimando formalmente e materialmente o ato[6], pois "permite a verificação, a qualquer momento, da legalidade do ato, até mesmo pelos demais Poderes do Estado[7]".

A motivação, entretanto, sofreu transformações e ressignificações dogmáticas e conceituais, tal como o próprio ato administrativo.

Essas transformações representaram mudanças de paradigmas[8] – algumas em curso ainda – que de um modo ou de outro influenciaram o ato de motivar as decisões

---

[3] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p.136/137.

[4] "Motivo é o pressuposto de fato e de direito que serve de fundamento ao ato administrativo. Pressuposto de direito é o dispositivo legal em que se baseia o ato. Pressuposto de fato, como o próprio nome indica, corresponde ao conjunto de circunstâncias, de acontecimentos, de situações que levam a Administração a praticar o ato" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2002. p.202).

[5] "Deve-se considerar, também, como postulado pelo princípio da legalidade o princípio da motivação, isto é, o que impõe à Administração Pública o dever de expor as razões de direito e de fato pelas quais tomou a providência adotada. Cumpre-lhe fundamentar o ato que haja praticado, justificando as razões que lhe serviram de apoio para expedi-lo" (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.. p. 82).

[6] FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Estrutura e motivação do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007. p.91-95.

[7] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2002. p.202-203.

[8] KUHN, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. 12ª ed. Tradução: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2013. E-book.

administrativas, condicionando a atuação da autoridade no exercício do poder decisório.

Três transformações são importantes para que se possa ter uma base teórica segura para o desenvolvimento da presente tese: a constitucionalização do Direito Administrativo e suas consequências[9]; a mudança do paradigma da autoridade para o paradigma da consensualidade administrativa e a passagem gradual da abstração do conteúdo da fundamentação decisória para o primado da realidade e das consequências da decisão (giro-pragmático[10]).

Essas transformações e remodelações interpretativas ocorridas no direito administrativo brasileiro contemporâneo são relevantes para criar uma base teórica segura para o desenvolvimento da presente tese.

---

[9] "Após a Constituição de 1988, quatro foram as transformações no direito administrativo, diante do novo modelo de estado democrático de direito: (i) o princípio da supremacia do interesse público deve conviver com os princípios constitucionais e os direitos fundamentais dos cidadãos, protegendo-os e não os ameaçando; (ii) a legalidade administrativa não se restringe à vinculação à lei, pois a administração pública deve observar princípios constitucionais, os direitos fundamentais, os princípios jurídicos e os sentidos adequados a serem atribuídos às cláusulas gerais e aos conceitos indeterminados; (iii) a intangibilidade do mérito administrativo cede espaço para os graus de vinculação do administrador público serem proporcionais ao grau de controle judicial do ato praticado; por fim, (iv) a ideia de um Poder Executivo unitário deve ser substituída pelo conceito de administração pública policêntrica" (QUEIROZ DOS SANTOS, Welder e MAIA, Grhegory Paiva Pires Moreira. Segurança jurídica, transformações no direito administrativo e deveres da administração pública implementados pela Lei nº 13.655/2018. **Revista de Direito Administrativo**, v. 280, n. 3, p. 93–120, 2021.
RAMOS, Elival da Silva. A exigência de proporcionalidade no controle abstrato de normas brasileiro. **Revista Mestrado em Direito**, v. 10, jan-jun. 2010, p. 115-139, 2010. ,p. 115).

[10] Gustavo Binenbojm aponta dois *turning points* no Direito Administrativo brasileiro: o giro democrático-constitucional, consistente na prevalência dos direitos fundamentais e da democracia como elementos estruturantes do Estado Administrativo contemporâneo e o giro-pragmático, voltado para alcançar os melhores resultados práticos para os problemas da Administração Pública: "Nada obstante, os ventos que sopraram em outras partes do mundo nas últimas décadas do século XX aportaram no Brasil, finalmente, a partir da segunda metade dos anos 1980 – com a redemocratização e a reconstitucionalização – e nos anos 1990, com as políticas de reforma do Estado. Ao lado, portanto, de um giro democrático-constitucional, preocupado, sobretudo, com a legitimidade e a controlabilidade das ações administrativas, surgiu também um giro pragmático em nosso direito administrativo, como mola propulsora de mudanças voltadas ao enfrentamento de problemas concretos e à consecução de resultados práticos" (BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 61).

1.1 A constitucionalização do Direito Administrativo: efeitos sobre a motivação da decisão administrativa

O Direito Administrativo[11] brasileiro foi estruturado inicialmente com forte influência do direito europeu, em especial do iluminismo francês (Constituições francesas de 1791 e 1814), recebendo forte influência do direito norte-americano nas primeiras décadas do século XX (*judicial review* do direito norte-americano e os tribunais administrativos – semelhantes às agências reguladoras -originados do *Interstate Commerce Act* de 1887). A existência do Estado estruturado é o pressuposto histórico essencial do Direito Administrativo[12], que disciplina a atividade jurídica estatal[13].

A influência francesa é vista claramente na primeira Carta Constitucional, a Constituição Imperial de 1824, outorgada dois anos após a declaração de independência do Brasil para com Portugal[14].

Com forte tendência do constitucionalismo liberal e monárquico, houve a previsão de uma separação entre Poderes peculiar, existindo a divisão entre Poder Legislativo, Poder Moderador, Poder Executivo e Poder Judicial (art. 10), mas com absoluta concentração de poder nas mãos do Imperador, que era inviolável e sagrado, não sujeito a responsabilidade alguma (art. 99[15]), além de ser Chefe do Poder Executivo (art. 102) e representar o próprio Poder Moderador (art. 98), que era responsável pelo equilíbrio e harmonia entre os Poderes, interferindo nos demais Poderes através de medidas autocráticas de restrição de competências (art. 101).

---

[11] "A denominação 'Direito Administrativo' surgiu pela primeira vez na Itália, a encabeçar um livro de ROMAGNOSI (Principii fondamentali di Diritto Administrativo, 1814) e, no mesmo ano, foi usada na França na obra de FOUCART (Précis de Droit Public et Administratif)" (MASAGÃO, Mário. **Curso de Direito Administrativo**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 31-32).

[12] LIMA, Ruy Cirne. O conceito fundamental do Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 12, p. 59-64, abril-junho de 1948. p. 59.

[13] MASAGÃO, Mário. **Curso de Direito Administrativo**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 20.

[14] "O direito constitucional e o direito administrativo têm origem e objetivos comuns: o advento do liberalismo e a necessidade de limitação do poder do Estado. (...) O direito administrativo, por sua vez, desenvolveu-se como ramo jurídico autônomo e arrebatou a disciplina da Administração Pública. A existência de uma jurisdição administrativa dissociada da atuação judicial e o prestígio do Conselho de Estado francês deram ao direito administrativo uma posição destacada no âmbito do direito público, associando-o à continuidade e à estabilidade das instituições. Somente após a 2ª Guerra Mundial. com o movimento de constitucionalização, esta situação de preeminência iria se modificar" (BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, n. 240, p. 01-42, abr.-jun. 2005. p. 29-30).

[15] "Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolavel, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma" (redação original).

A influência francesa ressalta mais claramente no estabelecimento do Conselho do Estado (arts. 137 a 144[16]), que com alguma semelhança do modelo francês (*Conseil d'État*[17]), tinha como atribuição o aconselhamento e consultoria do Imperador[18] e o exercício de uma jurisdição administrativa[19].

Não existia, no período, uma clara distinção entre as funções administrativas, políticas e jurisdicionais, sendo marcante o desenvolvimento da jurisdição administrativa por meio do exercício da atividade de aconselhamento interventivo nos demais Poderes, derivado naturalmente da concentração de poder na figura do Imperador, que representava o poder político e o jurídico e até mesmo o próprio conceito de legalidade, atuando o Conselho de Estado, nesse cenário, como como órgão intérprete do Direito auxiliar do Imperador[20]. Essa interpretação jurídica pelo Conselho de Estado ostentava um caráter mais prático do que erudito/acadêmico[21].

Através da Lei de 11 de agosto de 1827, foram criados em São Paulo e Olinda-PE os primeiros cursos de Ciências Jurídicas[22]. Dentre as cinco iniciais cadeiras de matérias, estava inclusa a cadeira de direito público no primeiro ano e direito público

[16] O art. 32 da Lei nº 16 de 12 de agosto de 1834 revogou essas disposições, acabando com o Conselho de Estado, que foi restaurado através da Lei Imperial nº 234 de 23 de novembro de 1841, até que houve sua extinção pela Constituição de 1891, outorgada dois anos após a proclamação da República em 1889.

[17] O Conselho de Estado francês acumula uma dupla competência (jurisdicional e consultiva), promovendo a consultoria do Governo Francês e atuando como Tribunal Administrativo julgador em última instância das atividades administrativas do Poder Executivo, atuando como "guardião do princípio da legalidade dos atos administrativos" BERMANN, George A. e PICARD, Etienne. **Introdução ao Direito Francês**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 93).

[18] O Conselho de Estado, dentre outras atribuições, prestava consultoria ao Imperador para resolução sobre conflitos de jurisdição entre as autoridades administrativas e o Poder Judiciário (art. 7º, 4º da Lei Imperial nº 234 de 23 de novembro de 1841)

[19] URUGUAI, Visconde de. **Ensaio sobre o direito administrativo**. Tomo I. Rio de Janeiro: Typografia Nacional, 1862. p. 229.

[20] RUBINO DE OLIVEIRA, José. **Epítome de Direito Administrativo Brasileiro segundo o programa do curso de 1884**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2023. p. 225-243.

[21] LOPES, José Reinaldo de Lima. **O oráculo de Delfos**: Conselho Estado e direito no Brasil oitocentista. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 104-107.

[22] "Como porém convenha a todo o jurisconsulto brazileiro saber os principios elementares de direito publico, ecclesiastico, universal, e proprio da sua nação, porque em muitas cousas, que dizem respeito aos direitos do chefe de governo sobre as cousas sagradas e ecclesiaticas se estribam, convirá que se ensinem os principios elementares de direito publico, ecclesiastico, universal, e brazileiro em uma cadeira, cujo Professor com luminosa e apurada critica e discernimento assignale as extremas dos poderes civil e eclesiásticos" (Projeto de regulamento para o Curso Jurídico pelo Decreto de 09 de Janeiro de 1825, organizado pelo Conselheiro de Estado Visconde da Cachoeira - art. 10º da Lei de 11 de agosto de 1827 – redação original).

eclesiástico no segundo ano, classificando-se o Direito Administrativo como Direito Público interno[23].

Dentro do plano de ensino para os docentes com relação a cada ano letivo, na forma prevista na Lei de 11 de agosto de 1827, constava a indicação de que o docente deveria, quanto ao direito público, limitar-se ao ensino das relações sociais e deveres da massa geral da nação quanto ao soberano e deste com ela, bem como deverá aproveitar o tempo como lições "úteis", aproveitando a doutrina somente no que fosse necessário[24], reforçando uma ideologia mais "prática" do que erudita, apesar de inexistir equivalência antagônica entre erudição e praticidade[25]. O ensino e a doutrina estavam nas mãos de catedráticos e professores majoritariamente formados no continente europeu[26], especialmente em Portugal, mas com nítida predominância da influência da doutrina francesa, como Firmin Laferriére (*Cours de Droit Public et Administratif*, 1839) e Joseph-Marie Degerando (*Institutes de Droit Administratif Français*, 1836)[27].

---

[23] RUBINO DE OLIVEIRA, José. **Epítome de Direito Administrativo Brasileiro segundo o programa do curso de 1884**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2023. p. 27-34.

[24] "O perfil profissional do jurista brasileiro do século XIX o conduzia a um modelo de atuação 'eloquente', que fazia com que grande parte de sua vida jurídica ocorresse fora das páginas dos textos doutrinários – na atividade literária, retórica e política" (GUANDALINI JÚNIOR. Walter. **Raízes históricas do Direito Administrativo brasileiro**. Fontes do Direito Administrativo na doutrina brasileira do século XIX (1857-1884). Curitiba: Appris, 2019. p. 23).

[25] "4º Extremará com séria critico, e cuidado o direito natural do publico, e das gentes, para não haver confusão nas regras que tiver de ensinar, limitando-se o direito natural ao regulamento dos direitos e obrigações dos homens entre si, e o publico ás relações sociaes, e aos deveres da massa geral da nação para com o soberano, e deste para com ella. (...) 6º Será mui breve e claro nas suas exposições. Não ostentará erudição por vaidade, mas aproveitando o tempo com lições uteis, trará só de doutrina o que fôr necessario para perfeita intelligencia das materias, que ensinar, e trabalhará quanto lhe fôr possivel por terminar no mesmo anno ouvir todas as lições de direito publico. 7º Acabadas as lições de direito natural, passará o Professor ás do direito publico universal, e particular, e explicará as materias que essecialmente se comprehenderem nesta parte da jurisprudencia publica: dará uma idéa clara do que entenderam por este direito os tempos modernos, apresentando em resumo a historia desta parte da sciencia jurídica" (redação original).

[26] "Na segunda metade do século XIX surgiram entre nós vários compêndios, principalmente de professores que procuravam facilitar a aprendizagem dos alunos. Esses livros estavam à altura das publicações europeias do tempo, O primeiro foi o de PEREIRA DO REGO, professor em Recife (Elementos de Direito Administrativo Brasileiro, Recife, 1858). Seguiram-se VIEGA CABRAL (Direito Administrativo Brasileiro, Rio, 1859); VISCONDE DO URUGUAI (Ensaio sobre o Direito Administrativo Brasileiro, Rio, 1862); FURTADO DE MENDONÇA (Excerto de Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo, 1865); RIBAS (Direito Administrativo Brasileiro, Rio, 1866) e RUBINO DE OLIVEIRA (Epítome de Direito Administrativo Brasileiro, S. Paulo, 1884)" (MASAGÃO, Mário. **Curso de Direito Administrativo**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p.42).

[27] GUANDALINI JÚNIOR. Walter. **Raízes históricas do Direito Administrativo brasileiro**. Fontes do Direito Administrativo na doutrina brasileira do século XIX (1857-1884). Curitiba: Appris, 2019. p. 78.

Com a vigência da Constituição de 1891 houve o estabelecimento da jurisdição una do Poder Judiciário[28]. Dessa forma, deixou de existir a jurisdição administrativa a cargo de Conselho de Estado (que já não existia desde a proclamação da República em 1889), sendo que ""a primeira garantia que o texto revela é a de que cabe ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição, pois sequer se admite mais o contencioso administrativo que estava previsto na Constituição revogada[29]", adotando-se o modelo norte-americano de jurisdição una de competência exclusiva do Poder Judiciário[30], que vigora até hoje pela previsão da inafastabilidade da jurisdição prevista na da Constituição Federal de 1988 (art. 5º, inciso XXXV[31]).

Dentre as consequências da adoção da jurisdição una de competência do Poder Judiciário[32], pode-se destacar o controle externo dos atos administrativos pelo Poder Judiciário em face da inafastabilidade de jurisdição (incluindo o controle que envolva atos discricionários e a motivação da decisão administrativa), bem como a

---

[28] "Não tem faltado quem queira entregar as soluções das questões contenciosas administrativas ao Poder judicial. Mas esse modo de proceder traria as seguintes consequências. 1º. Violaria o grande princípio da divisão de Poderes. 2º. Faria intervir o Poder judicial na administração. 3º. Embaçaria a cada passo da administração. 4º. Mataria a sua responsabilidade envolvendo a mesma administração com o Poder judicial. (...) Accresce que o Poder judicial não está habilitado para bem apreciar razões de Estado, e de interesse público, que devem dominar nos assumptos administrativos" (URUGUAI, Visconde de. **Ensaio sobre o direito administrativo**. Tomo I. Rio de Janeiro: Typografia Nacional, 1862. p. 120/121).

[29] AFONSO DA SILVA, José. **Curso de direito constitucional positivo**. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 432.

[30] "Eis o a que se reduziria a invocação de recentes exemplos americanos, cometendo a órgãos administrativos funções de natureza judicial quanto à investigação e apreciação de fatos. Embora judiciais por natureza, índole ou matéria as determinações administrativas tomadas no exercício dessas funções não obrigam ao Judiciário, cuia competência constitucional não é susceptível de contrair-se ou mutilar-se sob a ação das leis ordinárias" (CAMPOS, Francisco. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 1943, p. 21)

[31] "No tocante ao controle da Administração, o preceito afirma a regra da unidade de jurisdição. Assegura a proteção judiciária como garantia dos direitos reconhecidos pelo ordenamento e como garantia contra a ameaça de lesão de direitos. A proteção judiciária representa um dos pilares do Estado de direito, sobretudo como corolário do princípio da legalidade que norteia a atuação dos poderes públicos" (MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 17ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 453).

[32] "O Brasil adotou, oficialmente, a partir da Constituição de 1891, o sistema da unidade de jurisdição. Registra-se, contudo, na Constituição Imperial, de 1824, a criação de um Conselho de Estado que, tal como na França em semelhante período, exercia justiça retida – dependente, portanto, do aval do Imperador. O Conselho de Estado brasileiro teve papel consultivo e nunca desempenhou atribuições jurisdicionais propriamente ditas, tendo sido suprimido pelo Ato Adicional de 1834, recriado em 1841, e definitivamente extinto com a República brasileira e sua influência norte-americana. A jurisdição una deriva do modelo anglo-saxão, tendo em vista sua origem no Reino Unido e nos Estados Unidos, sendo também adotada em países como China, Japão, Índia e Israel. Como corolário do acolhimento do sistema da jurisdição una, determina o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988 que: 'a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito'. No Brasil, mesmo que haja tribunais criados em âmbito administrativo, suas decisões podem ser revistas pelo Poder Judiciário, único que produz decisões insuscetíveis de questionamento pelos demais poderes" (NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2019. E-Book).

impossibilidade de coisa julgada administrativa (imutabilidade dos efeitos da decisão administrativa[33]) por sua suscetibilidade de revisão judicial e a impossibilidade da concomitância entre processo judicial e administrativo com o mesmo objeto, haja vista a preponderância da decisão judicial frente à administrativa e o risco de decisões contraditórias[34].

Primeira Constituição republicana, a Constituição de 1891 foi modelada por Rui Barbosa com forte influência norte-americana[35]. Inserida no liberalismo político e econômico[36] que impactou na configuração estrita do conceito de legalidade, houve a opção da forma de governo pela República Federativa (art. 1º), com sistema presidencialista (arts. 41 a 46) e tríade na separação entre os Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), extinguindo-se o Poder Moderador (art. 6º, inciso II, alínea "d" e art. 15). Fortificou-se a relevância do Poder Legislativo em razão da extinção do Poder Moderador, criando-se instrumentos primitivos de *checks and balance*[37] *(*arts. 34, 48, 59 e 60). Houve a consolidação do Poder Judiciário como órgão de controle

[33] "Apesar de a coisa julgada administrativa indicar a preclusão das instâncias recursais em âmbito administrativo, no sistema uno, os efeitos da coisa julgada administrativa jamais se equiparam aos da coisa julgada jurisdicional, uma vez que vigora no art. 5º, XXXV, o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, segundo o qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito" (NOHARA, Irene Patrícia e MARRARA, Thiago. **Processo Administrativo. Lei nº 9.784/1999 comentada**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 75).

[34] "O Brasil filia-se ao sistema uno de jurisdição, cabendo apenas ao Poder Judiciário decidir com foro de definitividade acerca de conflito de interesses. Nesse contexto, tem-se que no sistema brasileiro não é justificável a concomitância entre um processo administrativo e um processo judicial que possuem o mesmo objeto, tendo em vista que, uma vez ajuizada esta última, perde-se o interesse na decisão de mérito a ser proferida pela Administração Pública, que em nenhuma hipótese poderá ser oposta àquela emanada do Poder Judiciário" (ROCHA, Sérgio André. **Processo administrativo fiscal**: controle administrativo do lançamento tributário. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 221). No mesmo sentido: "Esta Corte entendeu que a tramitação simultânea de processos administrativo e judicial é antieconômica e ignora a prevalência dos atos jurisdicionais. Note-se, por fim, que no referido leading case discutia-se situação semelhante à presente. Irrelevante, portanto, o argumento de que a instauração do feito judicial precedeu à do processo administrativo" (STF, AI 358785 AgR, Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 31/08/2010,

[35] BARBOSA, Rui. **Pensamento e ação de Rui Barbosa**. 2ª ed. Brasília: Senado Federal, 2023, p. 177-214.Ver também: MARCOS, Rui de Figueiredo. MATHIAS, Carlos Fernando Mathias e NORONHA, Ibsen. **História do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. E-book.

[36] TACITO, Caio. Evolução Histórica do Direito Administrativo. **Revista do Serviço Público**, v. 66, n. 3, p. 536-540, 1955, p. 540.

[37] "Eso que llamo 'división del poder' es aquella técnica de organización constitucional que es conocida comúnmente con el nombre de checks and balances: frenos (o controles) y contrapesos. Este modelo de organización constitucional excluye tanto la especialización de la función ejecutiva, como la especialización plena y total de la función legislativa, como la independencia recíproca del Ejecutivo y del Legislativo. El modelo de la división del poder se rige por la simple idea (de Montesquieu) según la cual 'sólo el poder frena al poder'. En otras palabras, para evitar que los diversos órganos del Estado abusen de las competencias conferidas a ellos es necesario —no ya que los 'poderes' estén perfectamente 'separados' (en el sentido que hemos visto), sino, por el contrario— que a cada" (GUASTINI, Riccardo. **Estudios de Teoría Constitucional**. Tradução: Miguel Carbonell. México: Doctrina Jurídica Contemporánea, 2001, p. 66).

externo do Poder Executivo - especialmente pela extinção do Conselho de Estado –, prevendo-se a possibilidade de controle de constitucionalidade de leis e (art. 60, § 1º, alíneas “a” e “b”).

Não há no direito administrativo brasileiro a prevalência do direito administrativo norte-americano ou do direito administrativo europeu[38] (em especial o francês), mas houve uma miscigenação de sistemas (*common law*/anglo-saxão e *civil law*/romano-germânico[39]) que originou características únicas e específicas ao direito administrativo brasileiro[40].

Apresentadas essas premissas de conformação histórica do Direito Administrativo brasileiro, passa-se a analisar como a constitucionalização do Direito Administrativo pelo Direito Constitucional, a partir da Constituição Federal de 1988, alterou paradigmas existentes e consequentemente impactou na motivação das decisões administrativas[41].

---

[38] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O Direito Administrativo Brasileiro sob influência dos sistemas de base romanística e da common law. In: MOURA, Emerson Affonso da Costa; BAPTISTA, Patrícia Ferreira e MARRARA, Thiago (org.). **Estudos de Direito Administrativo Comparado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 17-38, p. 21/27.

[39] Pode-se apontar, a título de exemplo à época, que no Brasil houve a adoção do controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário pela Constituição de 1891 (influência norte-americana) em contraposição ao empoderamento absoluto do Poder Legislativo. A França à época, por exemplo, não considerava a possibilidade de instituir o controle de constitucionalidade - diversamente do que ocorria nos Estados Unidos, onde se fortalecia o controle de constitucionalidade das leis – como instrumento de limitação do exercício democrático representativo na esfera legislativa em decorrência de sua histórica e cultural resistência ao Poder Judiciário: “No dudó en apoyarse en la doctrina alemana del Estado de derecho para poner un límite a la tendencia del derecho público francés a proponer continuamente el dominio, cuasi ilimitado, del legislador representante del pueblo soberano. (…)Ya que, al contrario de lo que había sucedido en los Estados Unidos, el mismo jurista francés no veía ninguna posibilidad de lograr en Francia la práctica del control de constitucionalidad, la única esperanza de introducir una limitación eficaz a los poderes del parlamento provenía de Alemania y consistía en considerar el poder legislativo como un simple órgano del Estado, regulado por la constitución estatal y, sobre todo, desvinculado de la tradición política democrática que partía de la Revolución, del traslado a, y de la concentración en, la asamblea legislativa de los poderes y de la fuerza del mismo pueblo soberano’ (FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**: De la Antigüedad a nuestros días. Tradução: Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 144).

[40] “Em realidade, o direito administrativo brasileiro é um benfazejo fruto de um sincretismo entre os sistemas. (...) O direito administrativo pátrio soube se aproveitar e criar um mescla de influências dotada de corpo razoavelmente orgânico e articulado” (AZEVEDO NETO, Floriano Marques. O direito administrativo no sistema de base romanística e de common law. **Revista de Direito Administrativo**, v. 268, p. 55–81, 2015, p. 74-75).

[41] “O primeiro dos grandes traços – e um traço central e irradiante – é o da constitucionalização do direito administrativo. Durante longos períodos através do século XX, o direito administrativo foi teorizado e aplicado quase sem interação com o direito constitucional. Sob regimes autoritários, essa caraterística ganhou compreensivelmente nova força, devido ao arbítrio deixado ao legislador ordinário para organizar o relacionamento entre os poderes públicos e os cidadãos. Isso não sucedeu, porém, apenas sob a égide de regimes não democráticos” (CORREIA, José Manuel Sérvulo. Os grandes traços do direito administrativo no século XXI. **A&C** – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 45-66, jan./mar. 2016, p.47).

A interpretação das normas do Direito Administrativo brasileiro sofreu grande transformação pela filtragem constitucional decorrente da promulgação da Constituição Federal de 1988, em especialmente pela preponderância dos direitos fundamentais frente à Administração Pública[42] e aos próprios administrados (eficácia horizontal dos direitos fundamentais[43]):

> O fenômeno da constitucionalização do ordenamento jurídico abalou alguns dos mais tradicionais dogmas do Direito Administrativo, a saber: a) a redefinição da ideia de supremacia do interesse público sobre o privado e a ascensão do princípio da ponderação de direitos fundamentais; b) a superação da concepção do princípio da legalidade como vinculação positiva do administrador à lei e a consagração da vinculação direta à Constituição; c) a possibilidade de controle judicial da discricionariedade a partir dos princípios constitucionais, deixando-se de lado o paradigma da insindicabilidade do mérito administrativo; d) a releitura da legitimidade democrática da Administração, com a previsão de instrumentos de participação dos cidadãos na tomada de decisões administrativas (consensualidade na Administração)[44].

Dentro do escopo da presente tese, serão analisadas as transformações de paradigmas que impactaram relevantemente a motivação da decisão administrativa através da constitucionalização do Direito Administrativo, especificamente: a ressignificação do conceito de legalidade como juridicidade[45], a processualização do ato administrativo e a redução da discricionariedade administrativa pelo controle externo da Administração Pública.

1.2 A ressignificação do conceito de legalidade como juridicidade

---

[42] "El ciudadano no es in simple destinatário de la acción administrativa, no es un simple instrumento del poder, está em el origen del poder" (GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Hacia una nueva Justicia Administrativa**. 2ª ed. Madrid: Editorial Civitas S.A, 1992, p. 44-45).

[43] "O aspecto objetivo dos direitos fundamentais comunica-lhes, também, uma eficácia irradiante, o que os converte em diretriz para a interpretação e aplicação das normas dos demais ramos do Direito. A dimensão objetiva enseja, ainda, a discussão sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais – a eficácia desses direitos na esfera privada, no âmbito das relações entre particulares" (MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. E-book).

[44] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 9ª, ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021.E-book.

[45] "Atualmente, a vinculação da atividade administrativa à legalidade deve ser visualizada como vinculação ao próprio direito, por conseguinte, ao texto constitucional. A vinculação da Administração não é mais apenas em relação à legalidade, mas, sim, a um bloco de legalidade dentro do qual possui especial destaque o texto constitucional" (ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial**: o ato administrativo e a decisão judicial*.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 191).

Em face da prevalência dos direitos e garantias fundamentais e da normatividade dos princípios constitucionais, a relação entre administrado e Administração Pública sofreu importantes alterações valorativas e conceituais, superando-se paradigmas tradicionais[46].

A primeira mudança de paradigma importante que impactou a motivação da decisão administrativa foi a ressignificação do conceito de legalidade[47] como juridicidade.

Ainda na metade do século XX era comum a utilização da doutrina como fonte primária do Direito Administrativo brasileiro[48], especialmente pela ausência ou insuficiência de leis regulamentos acerca de institutos importantes, como a licitação e contratos administrativos[49]. Por tal motivo, também, é comum ao Direito Administrativo brasileiro recorrer a conceituações e institutos do Direito Civil[50], cuja identidade é mais próxima à relação privatista do que a relação de Direito Público. Há coexistência entre o Direito Privado e o Direito Administrativo sem prevalência de uma publicização ou

[46] BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, n. 240, p. 01-42, abr.-jun. 2005, p. 32.

[47] "Que el Derecho Administrativo algo tiene que ver con un Estado democrático y con una concepción substancial de los derechos de los ciudadanos, nos parece bastante obvio a los administrativistas. El Derecho Administrativo surge derechamente de la Revolución francesa y se expande enseguida por todo el continente. (...) Por preestablecer un Estado democrático, será la Ley, en cuanto expresión no de un imperante, sino de la voluntad general, la clave de bóveda del Derecho público y cuyo mandato toca al Ejecutivo ejecutar como un poder vicario". (GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Hacia una nueva Justicia Administrativa**. 2ª ed. Madrid: Editorial Civitas S.A, 1992, p. 43).

[48] José Cretella Júnior menciona a importância da filosofia dos adágios administrativos para o Direito Administrativo, reforçando no Brasil a importância da doutrina no início do século XX: "O adagiário principiológico administrativo, citado de modo assistemático, na obra dos autores, merecia tratamento sistemático-científico, integrando para sempre o embasamento filosóficoda disciplina e garantido a unidade das grandes estruturações dos Institutos, bem como o traçado rígido do regime jurídico público de cada construção empreendida" (CRETELA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo**: Princípios de Direito Administrativo. Vol. X. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 218-223).

[49] José Cretella Júnior menciona a importância da filosofia dos adágios administrativos para o Direito Administrativo, reforçando no Brasil a importância da doutrina no início do século XX: "O adagiário principiológico administrativo, citado de modo assistemático, na obra dos autores, merecia tratamento sistemático-científico, integrando para sempre o embasamento filosóficoda disciplina e garantido a unidade das grandes estruturações dos Institutos, bem como o traçado rígido do regime jurídico público de cada construção empreendida" (CRETELA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo**: Princípios de Direito Administrativo. Vol. X. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 218-223).

[50] Por exemplo, os arts. 99 a 103 do Código Civil tratam de bens públicos.

uma privatização[51], incluindo o regime contratual[52] e a avocação de cláusulas exorbitantes[53].

Se antes a doutrina ostentava importante posição como fonte do Direito Administrativo em razão da anomia regulatória pela escassez legislativa, a partir dos anos 80 e 90 houve um movimento de maior positivação dos institutos administrativos, proliferando-se leis para sua regulamentação. Pode apontar, por exemplo, a Lei nº 8.112/1990 (regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais), a Lei nº 8.666/1993 (licitação e contratos administrativos), a Lei nº 8.987/1995 (permissões e concessões de serviços e bens públicos), a Lei nº 9.784/1999 (regula o processo administrativo federal) e a Lei nº 9.637/1998 (dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais e cria o Programa Nacional de Publicização).

Passou-se da doutrina para a lei e, após a constitucionalização do Direito Administrativo[54], passou-se da lei à juridicidade na condição de conceito mais amplo

---

[51] "Um último comentário se impõe nesse passo. Há autores que se referem à mudança de alguns paradigmas tradicionais do direito administrativo como caracterizadores de uma privatização do direito público, que passa a estar submetido, por exemplo, a algumas categorias do direito das obrigações. Seria, de certa forma, a mão inversa da publicização do direito privado. Na verdade, é a aplicação de princípios constitucionais que leva determinados institutos de direito público para o direito privado e, simetricamente, traz institutos de direito privado para o direito público. O fenômeno em questão, portanto. não é nem de publicização de um, nem de privatização de outro, mas de constitucionalização de ambos. Daí resulta uma diluição do rigor da dualidade direito público-direito privado. produzindo áreas de confluência e fazendo com que a distinção passe a ser antes quantitativa do que qualitativa" (BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, n. 240, p. 01-42, abr.-jun. 2005, p. 33).

[52] CORREIA, José Manuel Sérvulo. Os grandes traços do direito administrativo no século XXI. **A&C** – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 45-66, jan./mar. 2016, p. 59.

[53] "Assimilando-se essas ideias, pode-se concluir que a solução concreta do problema há que passar por uma verificação, em cada caso, da existência de lei específica aplicável. Por outras palavras, a discussão posta nos termos genéricos 'norma de Direito privado' versus 'norma de Direito público' não esclarece o alcance concreto do Direito positivo. Assim, tem-se, como regra a potencial extensão do regime da Lei n. 8.666/93 aos contratos celebrados pela Administração; a extensão deste regime, porém, pode ser obstada por lei específica aplicável ao caso concreto; e, por fim, sempre caberá um controle de constitucionalidade do Direito aplicável a cada caso, especialmente com base nas ideias de que certos segmentos da atividade econômica empresarial poderiam ver seu regime de livre concorrência afetado pela intromissão de certas regras de Direito público e de que a inviabilidade econômica de certas contratações atentaria contra certas normas constitucionais relativas à eficiência e economicidade" (MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 291).

[54] "O Direito Administrativo é um dos mais afetados pelo fenômeno da constitucionalização. A partir da centralidade da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, a relação entre Administração e administrados é alterada, com a superação ou releitura de paradigmas tradicionais" (BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ARAGÃO, Alexandre dos Santos (Orgs.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 31-63, p. 63).

do espectro do princípio da legalidade previsto no art. 37, *caput* da Constituição Federal:

> Deve-se à introdução de três categorias de ideias, a da normatividade dos princípios, a da supremacia da ordem constitucional e a da pluralidade de fontes normativas, a transformação da então referência clássica, mas insuficiente, da qualificação de legalidade, no que se entende hoje como a de juridicidade. (...) O conceito de legalidade se valida pela conformação do agir do Estado ao ordenamento jurídico, a coleção de normas legais produzidas por seus poderes políticos legalmente investidos. Esta redundância se rompe no Estado Pós-Moderno ao redescobrir-se a importância não apenas ética, mas jurídica, dos princípios, para tanto sejam expressos ou deduzidos nas Constituições, que precedem e balizam os ordenamentos de cada país[55].

A constitucionalização do Direito Administrativo vinculou diretamente a atividade administrativa às normas constitucionais e ao ordenamento jurídico como um todo (bloco de juridicidade[56]), não mais se restringindo somente à legislação ordinária[57]:

> Superado o positivismo estrito ou legalista, as Constituições promulgadas a partir da metade do século XX aderiram ao que, na cultura jurídica, convencionou-se chamar de pós-modernismo ou pós-positivismo, de maneira a ajustar a ideia de legalidade à conformidade com o Direito, movimento a grassar no direito administrativo, o qual passa a fundar-se em preceitos oriundos dos tradicionais princípios gerais do direito e, mais recentemente, daqueles resultantes dos imperativos da vida coletiva, como é o caso da eficiência na ação administrativa[58].

---

[55] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **O Direito Administrativo no século XXI**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 203-204.

[56] "O ordenamento confere ao administrador um poder de decisão, mas predetermina as situações e condições, canalizando-o a uma só direção. Por isso na doutrina se diz que há matérias de reserva legal absoluta, em que o vínculo da Administração ao bloco de juridicidade é máximo. Se houver uma só solução, como consequência da aplicação de uma norma, ocorre o exercício do poder vinculado" (MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 21ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 103).

[57] "O princípio da juridicidade corresponde ao que se enunciava como um 'princípio da legalidade', se tomado em sentido amplo, ou seja, não se o restringindo à mera submissão à lei, como produto das fontes legislativas, mas de reverência a toda a ordem jurídica. (...) O importante é observar-se aqui a juridicidade, ou seja: uma vez cometida ao Estado, qualquer atividade administrativa pública passa a estar sujeita integralmente ao Direito, variando, embora, o conteúdo e a extensão dessa vinculação" (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. E-book).

[58] NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Administração pública e o princípio constitucional da eficiência. **Revista de Direito Administrativo**, v. 241, p. 209–240, 2005, p. 239.

Remodelou-se a interpretação da dimensão dos princípios da legalidade[59] e da reserva da lei[60] (conteúdo formal e material), uma vez que normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais passaram a ter aplicação imediata (art. 5º, § 1º):

> Supera-se, aqui, a ideia restrita de vinculação positiva do administrador à lei, na leitura convencional do princípio da legalidade, pela qual sua atuação estava pautada por aquilo que o legislador determinasse ou autorizasse. O administrador pode e deve atuar tendo por fundamento direto a Constituição e independentemente. em muitos casos, de qualquer manifestação do legislador ordinário. O princípio da legalidade transmuda-se, assim, em princípio da constitucionalidade ou, talvez mais propriamente. em princípio da juridicidade. compreendendo sua subordinação à Constituição e à lei, nessa ordem[61].

A eficácia direta dos direitos fundamentais provocou uma mudança radical na relação entre administrado e o próprio Estado, transformando a tradição da superioridade da Administração sustentada na premissa de representar o interesse geral, enquanto o administrado representaria um mero interesse particular, Agora o administrado ocupa posição jurídica de titular de direitos fundamentais, não servindo

---

[59] Na verdade, há posicionamentos sobre uma crise do princípio da legalidade (erosão na legalidade) na atuação administrativa, onde sobrelevam importância algumas questões flexibilizadoras da legalidade concernentes à indeterminação de normas em branco aptas a serem densificadas pela Administração Pública; à deslegalização e ao poder regulamentar de órgãos técnicos como as agências reguladoras e à derrogação administrativa. Sobre o assunto: OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Almedina: Lisboa, 2003, p. 893-908; SUNDFELD, Carlos Ari. A Administração Pública na era do Direito Global. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, ano I, vol. 1, nº. 2, maio, 2001. Disponível em: https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31987-37499-1-PB.pdf. Acesso em: 20 jun. 2022; SUNDFELD, Carlos Ari e VIEIRA, Oscar Vilhena (Coord.). **Direito Global**. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 167; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 182 e STF, ADI 4874, Relator(a): Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 01/02/2018.

[60] "Na verdade, o sentido da vinculação da Administração Pública à juridicidade não consiste numa prévia revelação de toda a atuação administrativa pelo legislador. Com efeito, há diversas situações em que a Administração Pública está autorizada a agir diretamente pela Constituição ou a tomar decisões em espaços de discrição e livre apreciação abertos pela própria lei." (BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 302-303). Nesse sentido: "Em conclusão, um Estado de juridicidade plena – de legalidade, de legitimidade e de licitude – um Estado de Justiça, como o aspira Juan Carlos Cassagne, não pode prescindir dessa interação horizontal e sadia com a sociedade, o que deverá refletir-se em sua atuação, de modo que ações suasórias sempre precedam ações dissuasórias e estas, as sancionatórias: a face imperativa do Poder só deve aparecer quando absolutamente necessário e no que for absolutamente indispensável" (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Novas mutações juspolíticas**: em memória de Eduardo García de Enterría, jurista de dois mundos. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 191).

[61] BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, n. 240, p. 01-42, abr.-jun. 2005, p. 32.

mais a mera invocação pela Administração Pública de representação dos interesses gerais frente à primazia dos direitos fundamentais[62].

Após um Estado Liberal de Direito (1981) preocupado com as liberdades individuais e restrição do arbítrio do estado absolutista[63], enxergando o princípio da legalidade com vinculação negativa[64] (a Administração Pública pode fazer tudo que a lei não proíbe), passando-se por um Estado Social de Direito (1934) onde o Estado passou a intervir mais intensamente nas áreas econômicas e sociais, especialmente na condição de prestador de serviços públicos que fortalecerem a posição do Poder Executivo[65], onde a legalidade passou a ser vista como aplicar a lei de ofício[66] (a Administração só pode fazer aquilo que a lei determina[67]) ou legalismo[68] (*fatispécie* do texto de lei), chega-se ao Estado Democrático de Direito (1988), onde a legalidade passou pelo entendimento do controle do arbítrio estatal[69], da garantia da prevalência

---

[62] GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Hacia una nueva Justicia Administrativa**. 2ª ed. Madrid: Editorial Civitas S.A, 1992, p. 49-54.

[63] JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**. Tradução Femando de los Ríos. México: Fondo de Cultura Económica (FCE), 2000, p. 438-439.

[64] "A partir da Constituição de 1891 instaurou-se o Estado Liberal de Direito preocupado com as liberdades do cidadão. Em decorrência dessa preocupação, o princípio da legalidade tinha sentido restrito: a Administração pode fazer tudo que a lei não proíbe (era o princípio da vinculação negativa, que praticamente se identifica com o princípio da autonomia da vontade)" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O Direito Administrativo Brasileiro sob influência dos sistemas de base romanística e da common law. In: MOURA, Emerson Affonso da Costa; BAPTISTA, Patrícia Ferreira e MARRARA, Thiago (org.). **Estudos de Direito Administrativo Comparado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 17-38, p. 27).

[65] Como a criação do Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP) pelo Governo Federal através do Decreto-Lei nº 579/1938, seguindo-se pelo Decreto-Lei nº 200/1967 (descentralização e desconcentração administrativa) e por propostas de governança pública, gerencialismo e privatizações/delegações (permissões, autorizações e concessões), como ocorreu com a EC nº 19/1998: "O aparelho estatal foi reduzido e a 'Administração Pública burocrática' foi substituída pela 'Administração Pública gerencial' a partir da Reforma Administrativa instituída pela Emenda Constitucional 19/1998. Enquanto a Administração Pública burocrática se preocupa com os processos, a Administração Pública gerencial é orientada para a obtenção de resultados (eficiência), sendo marcada pela descentralização de atividades e pela avaliação de desempenho a partir de indicadores definidos em contratos (ex.: contrato de gestão ou de desempenho)" (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 9ª, ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021.E-book).

[66] FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 2ª ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1950, p. 13.

[67] "A lei manda; a administração obedece" (RUBINO DE OLIVEIRA, José. **Epítome de Direito Administrativo Brasileiro segundo o programa do curso de 1884**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2023, p. 65).

[68] SANTOS DE MENDONÇA, José Vicente. Direito administrativo e inovação: limites e possibilidades. **A&C** – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 17, n. 69, p. 169-189, jul./set. 2017, p. 175.

[69] "A chave de abertura do Direito Administrativo se identifica, em suma, com a vigência do princípio de legalidade que serve de limite ao arbítrio do poder e identifica a fronteira da competência da Administração Pública, diferenciando as áreas próprias do poder discricionário e do poder vinculado. A etapa seguinte do âmbito do Direito Administrativo se identifica quando o conceito externo de legalidade se aprofunda no reconhecimento de que a norma de competência do administrador não é um cheque em branco, mas deve ser ajustada em função do fim específico a que se destina a atividade

dos direitos fundamentais e da busca da eficiência concreta da atividade administrativa[70] e prestação de serviços públicos, especialmente por delegações[71].

Dessa forma, a atuação administrativa tem por finalidade precípua a busca e o atendimento ao interesse público[72], representada a finalidade, por força da juridicidade, na observância da norma jurídica conformadora da atuação administrativa (vinculação).

O dever de vinculação da Administração Pública à juridicidade[73] e o conceito de legalidade do Estado Democrático de Direito permitem entender que a motivação da decisão administrativa, mesmo que não prevista expressamente no texto constitucional[74], encontra, especialmente pela intepretação dos incisos X e XI do art.

---

administrativa" (TACITO, Caio. Transformações do Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, v. 214, p. 27–34, 1998, p. 28).

[70] "O mundo da aplicação da lei de ofício é um lugar seguro para o agente público. Segue-se fria e acriticamente o comando legal e evitam-se problemas. (...) Esse mundo, porém, não existe. Talvez nunca tenha existido. O sonho de vinculação rigorosa à vontade dos representantes do povo reunidos em assembleia mostrou-se simplesmente utópico e até mesmo indesejável. A lei não contém toda a ação administrativa. Sabe-se hoje que administrar, e.g., implica funções proativas de prestação de serviços públicos; abrange, ainda, considerações complexas sobre como regular setores da economia; e envolve, também, decisões difíceis em âmbitos deixados em aberto pelo legislador" (BINENBOJM, Gustavo e CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, p. 203–224, 2018, p. 204-205). No mesmo sentido: "A concepção liberal e formalista do princípio da legalidade, por exemplo, destaca-se como dogma central do direito administrativo. Na célebre lição de Hely Lopes Meirelles, apoiado em Guido Zanobini: 'Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza'. Em consequência, a atuação administrativa será considerada válida se corresponder aos estritos termos da lei. Ocorre que a referida concepção de legalidade nunca correspondeu efetivamente à realidade, sob pena de se considerar que toda atuação administrativa foi, até o momento, mecânica e sem qualquer cunho criativo, limitando-se a executar aquilo que já estaria exaustivamente previsto na lei. Desta forma, o legislador, por maior que seja sua pretensão de exaurir determinado assunto, não tem condições de prever todas as possibilidades que porventura serão apresentadas no complexo mundo fático". (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A releitura do Direito Administrativo à luz do pragmatismo jurídico. **Revista de Direito Administrativo**, v. 256, p. 129-163, 2011, p. 141).

[71] "A mais recente etapa das transformações administrativas -a desafiar a sabedoria dos intérpretes - é produto da recente legislação em que se cuida de traçar as linhas mestras da Reforma do Estado, a que se vem dedicando o atual Governo. Na perseguição do que se convencionou chamar de Administração Pública Gerencial, a implantação progressiva e crescente do processo de privatização inaugura um sistema peculiar de fiscalização e controle estatal sobre a eficiência dos serviços privatizados e a eficácia do próprio serviço público" (TACITO, Caio. Transformações do Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, v. 214, p. 27–34, 1998, p. 32).

[72] O desvio de finalidade está conceituado no art. 2º, parágrafo único, alínea "e" da Lei nº 4.717/1965 (Lei da Ação Popular). Ver ainda: "O atendimento de interesses meramente privados, em desacordo com a ordem jurídica, configura 'desvio de finalidade' ou 'desvio de poder' (*détournement de pouvoir*) que acarreta a nulidade do ato administrativo (ex.: superior hierárquico que determina a relotação do subordinado por simples desavença particular)" (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 9ª, ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021.E-book).

[73] Por exemplo, o inciso I do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784/1999 (processo administrativo federal) prevê que nos processos administrativos serão observados, dentre outros, os critérios de atuação conforme a lei e o Direito, entendendo-se "Direito" como ordenamento jurídico.

[74] "No Brasil, nos trabalhos de elaboração da Constituição de 1988, houve tentativa de introduzir a regra da motivação como princípio da Administração, mas não permaneceu no texto definitivo, ficando

93 – direcionados, originalmente, ao Poder Judiciário - supedâneo normativo constitucional de existência:

> Parece-nos que a exigência de motivação dos atos administrativos, contemporânea à prática do ato, ou pelo menos anterior a ela, há de ser tida como uma regra geral, pois os agentes administrativos não são "donos" da coisa pública, mas simples gestores de interesses de toda a coletividade, esta, sim, senhora de tais interesses, visto que, nos termos da Constituição, "todo o poder emana do povo (...)" (art. 1º , parágrafo único). Logo, parece óbvio que, praticado o ato em um Estado onde tal preceito é assumido e que, ademais, qualifica-se como "Estado Democrático de Direito" (art. 1º, caput), proclamando, ainda, ter como um de seus fundamentos a "cidadania" (inciso II), os cidadãos e em particular o interessado no ato têm o direito de saber por que foi praticado, isto é, que fundamentos o justificam. (...) Acresce que, se os próprios julgamentos proferidos pelo Poder Judiciário devem ser fundamentados, pena de nulidade (art. 93, IX, da Constituição e Código de Processo Civil, art. 458, II), e as decisões administrativas dos Tribunais terão de ser motivadas (inciso X do citado art. 93), a fortiori deverão sê-lo os atos administrativos oriundos de quaisquer dos outros Poderes[75].

Com isso, a motivação passou a ser garantia constitucional dentro do Estado Democrático de Direito[76] por meio do controle de juridicidade, vez que a motivação legitima a decisão administrativa, possibilitando o controle externo de seus pressupostos (desvio de finalidade ou desvio de poder[77]), além garantir a devida transparência e eficiência da atividade administrativa[78].

---

explícita só a exigência de motivação das decisões administrativas dos tribunais (art. 93, X). No âmbito administrativo paulista, a motivação é a regra, pois a Constituição do Estado (1989) a menciona entre os princípios da Administração (art. 111). A ausência de previsão expressa, na Constituição Federal ou em qualquer outro texto, não elide a exigência de motivar, pois esta encontra respaldo na característica democrática do Estado brasileiro (art. 1º da CF), no princípio da publicidade (art. 37, caput) e, tratando-se de atuações processualizadas, na garantia do contraditório (inc. LV do art. 5º)" (MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 21ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 136).

[75] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 410.

[76] "Motivação não se restringe nem se confunde com o significado correspondente ao vocabulário 'fundamentação' (esta é a simples indicação da específica norma legal que supedaneou a decisão adotada). Motivar é muito mais que isso. Para José Roberto Dromi, a motivação é uma exigência do Estado de Direito, ao qual é inerente, entre outros escudos dos administrados, o direito a uma decisão fundada, motivada e com explicitação dos motivos" (FERRAZ, Sérgio. **Tratado de Direito Administrativo Brasileiro**. Parte geral. Vol. 01. Belo Horizonte: Editora Forum, 2022, p. 277).

[77] TACITO, Caio. O princípio de legalidade: ponto e contraponto. **Revista de Direito Administrativo**, v. 242, p. 125–132, 2005, p. 127.

[78] "No Estado Democrático de Direito as competências estatais pressupõem necessariamente a justificação de seu exercício, especialmente quando afetam a esfera jurídica do cidadão. (...) É mediante a análise da fundamentação do ato administrativo que se mostra viável a verificação de sua racionalidade perante a ideologia constitucional" (FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Estrutura e motivação do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 101-102).

1.2.1 A processualização do ato administrativo

A segunda mudança de paradigma decorrente da constitucionalização do Direito Administrativo que impactou a motivação da decisão administrativa foi a a processualização do ato administrativo[79], consistente na transformação do paradigma da concentração do ato unilateral para o ato decorrente de um processo administrativo dialógico e participativo[80].

A sujeição da Administração ao ordenamento jurídico como um todo, incluindo a normatividade constitucional, promoveu reflexos importantes na motivação da decisão administrativa, especificamente pela processualização na produção do ato administrativo (decisão) pela incidência das garantias e direitos fundamentais[81] e do próprio regime democrático[82].

O art. 5º, inciso LV garante aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, o direito ao contraditório e à ampla defesa[83], bem como aos meios e recursos a eles inerentes[84]. O devido processo legal encontra previsão no inciso LIV do art. 5º e a inadmissibilidade da prova ilícita no inciso LVI do art. 5º. Todas essas garantias também são direcionadas à relação processual, seja judicial ou administrativa[85].

---

[79] CARNAES, Mariana. **Processo Administrativo Negocial**: balizas normativas para efetivar a negociação no âmbito regulatório. Londrina: Thoth, 2022, p. 21-23.

[80] "O Direito Administrativo contemporâneo tende ao abandono da vertente autoritária para valorizar a participação de seus destinatários finais quanto à formação da conduta administrativa." (TACITO, Caio. Direito Administrativo participativo. **Revista de Direito Administrativo**, v. 209, Rio de Janeiro, p. 1–6, 1997, p. 02).

[81] Enunciado nº 03 da I Jornada de Direito Administrativo do Conselho da Justiça Federal (CJF): Não constitui ofensa ao artigo 9º do Decreto-Lei n. 3.365/1941 o exame por parte do Poder Judiciário, no curso do processo de desapropriação, da regularidade do processo administrativo de desapropriação e da presença dos elementos de validade do ato de declaração de utilidade pública.

[82] BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). **A Constitucionalização do Direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Editor Lumen Juris, 2007. p. 743-782, p. 770-771.

[83] "A motivação coaduna-se com a ampla defesa, pois as pessoas só poderão bem impugnar determinado ato se tiverem conhecimento de suas razões. Ela possibilita o cumprimento do devido processo legal (*due processo of law*)" (NOHARA, Irene Patrícia e MARRARA, Thiago. **Processo Administrativo. Lei nº 9.784/1999 comentada**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 103).

[84] "Ora, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito é a integração do particular na esfera pública, segundo normas jurídicas preestabelecidas. As pessoas privadas detêm o direito de conhecer, participar, influenciar e controlar a atividade da Administração. O processo administrativo é justamente um dos meios através dos quais se dá o exercício da cidadania, garantido pelo contraditório" (MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo**: princípios constitucionais e a Lei 9.784/99. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 226).

[85] COSTA, José Marcelo Ferreira. O aspecto semântico do processo e do procedimento no direito administrativo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, v. 237, p. 341–364, 2004, p. 355.

O ato administrativo, antes produzido de forma unilateral e sem participação dos interessados, passa, a partir da Constituição Federal de 1988, a depender de um processo administrativo que garanta que sua produção observe os direitos e garantias fundamentais das partes interessadas[86]:

> O dever de fundamentação formal e suficiente dos atos decisórios estatais, especialmente aqueles emitidos em processo judicial ou administrativo, tem como finalidade dar concretude ao princípio da juridicidade e da precedência da norma de Direito aplicável aos casos objeto de atuação do Estado, a impedir o arbítrio e qualquer forma discriminatória contra o cidadão. Tanto o princípio da proteção jurídica do cidadão ou de qualquer pessoa quanto o sistema de controle dos atos estatais somente podem ser garantidos quando a decisão do Estado mostrar-se objetiva e fundamentadamente. É a fundamentação do ato decisório que torna possível ao interessado submeter-se a ele, ciente de que se acha resguardada, de qualquer forma, a sua segurança jurídica e, ainda, se permitindo que ele aceite o conteúdo do ato e a aplicação do Direito ao caso em que figura como parte[87].

Deixou-se o ato administrativo de derivar de mero procedimento unilateral de criação[88] (sequências de atos sem possibilidade de participação externa) para derivar de um processo[89], com regras preestabelecidas e garantias dos interessados a serem obrigatoriamente observadas[90]

---

[86] "A ausência de previsão expressa, na Constituição Federal ou em qualquer outro texto legal, não elide, contudo, a exigência de motivar nas atuações administrativas processualizadas, visto configurar decorrência necessária da garantia do contraditório. Nas atuações administrativas norteadas pelo contraditório, tal como determina o inc. LV da CF, impõe-se a motivação das decisões" (MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993. p. 111).

[87] ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, v. 209, p. 189–222.Rio de Janeiro, P.214

[88] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo administrativo federal - Comentários à Comentários à Lei n 9.784, de 29.1.1999*, 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.19.

[89] DALLARI, Adilson Abreu. Processo administrativo como instrumento de segurança jurídica. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; NOHARA, Irene Patrícia e MARRARA, Thiago (Org.). *Direito e Administração Pública: Estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. São Paulo: Atlas, 2013. p.685-689.

[90] "Procedimento administrativo é a sequência de atividades da Administração, interligadas entre si, que visa a alcançar determinado efeito final previsto em lei. (...) Justamente pelo fato de o procedimento ser constituído pela prática de vários atos e atividades, não somente de administradores públicos como também de administrados e terceiros, sua formalização se consuma, em geral, através de processo administrativo, este indicativo das relações jurídicas entre os participantes do procedimento, tendo, pois, verdadeira natureza teleológica e valendo como instrumento para alcançar o objetivo final da Administração. (...) Moderna doutrina, com base no direito europeu, tem desenvolvido os estudos sobre a procedimentalização da atividade administrativa, como o caminho que a Administração deve percorrer para alcançar os seus fins, sob o comando de alguns parâmetros normativos que vinculam agentes e interessados. Por intermédio dos procedimentos administrativos, fecha-se o círculo autoritário da ação estatal, desenvolve-se a cooperação administrativa e se lhes atribui a marca de veículo de democratização e de inserção do cidadão no seio do Estado" (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, 34ª ed. São Paulo: Atlas, 2020. E-book). No mesmo sentido: SCHIRATO, Vitor Rhein. Legitimidade processual e tipos de processo administrativo. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 62, p. 83-123, jul./ago. 2010. p. 120.

> Ao lançar mão da fórmula litigantes em processo administrativo o texto da Constituição acabou por consagrar que a atividade administrativa, o exercício da função administrativa, não é atividade que se realize isolada dos interesses e pretensões dos administrados. (...) Sob o pálio do direito fundamental ao processo administrativo (é disso que se trata, pois inserido no núcleo pétreo do rol de direitos fundamentais do cidadão), o ato administrativo deverá ser, em regra, o resultado necessário de um processo administrativo. Note-se que o que se extrai do art. 5º, LV da CF/1988, não é apenas uma restrição à prerrogativa da Administração em editar atos administrativos de forma unilateral e autoritária. (...) O sentido que extraímos da prescrição constitucional vai muito além. Ao nosso ver, ela obriga que todo ato seja praticado no ambiente da processualidade. Estabelece um dever para a Administração de promover e facilitar a participação processual dos interessados[91].

A processualização conduziu a uma remodelação da motivação da decisão administrativa[92], que deve ser clara, objetiva e congruente para conhecimento do administrado[93], haja vista a essencialidade desse ônus como decorrência do exercício do contraditório[94], ampla defesa e do devido processo legal[95], reforçando a eficiência no controle dos atos estatais para combate ao arbítrio[96].

---

[91] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A superação do ato administrativo autista. In: MEDAUAR, Odete e SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.) *Os caminhos do ato administrativo*. p. 89-113. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 109/110.

[92] Vasco Pereira da Silva destaca a centralidade da relação jurídica administrativa (Administração/administrado) típica do Estado Democrático de Direito em substituição do foco central no ato administrativo unilateral, de cunho autoritário e típico do Estado Liberal (PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1996. p. 149/298)

[93] MEDAUAR, Odete. A processualidade no direito administrativo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993. p. 144.

[94] "Dentre os desdobramentos do contraditório, encontra-se a exigência de motivação, para justificar o teor do ato emitido. A exigência de motivação para grande número de decisões modifica a regra anterior, dominante por várias décadas, de não-exigência de motivação, e possibilita reforço e extensão do controle jurisdicional sobre a Administração Pública" (MEDAUAR, Odete. Constituição de 1988: Catalizadora da Evolução do Direito Administrativo? In: **Revista do Advogado**, nº 99, ano XXVIII, São Paulo, Associação dos Advogados de São Paulo, setembro de 2008. p. 100-107. p. 104).

[95] O devido processo legal administrativo compreende mesmo os princípios que informam a feitura do ato administrativo, tais como o da razoabilidade e o da proporcionalidade, de tal modo que ele traz não apenas a principiologia do processo, mas extrapola a forma e compromete a substância do provimento administrativo. Afinal, o que é reto e justo constitui a essência da legitimidade de qualquer comportamento, seja ele havido numa relação ou num ato administrativo unilateral. (...) O que é certo que é a cláusula do devido processo legal, em sua concepção substantiva e não apenas formal, integra a principiologia que informa a atividade administrativa de qualquer entidade e de qualquer dos ramos do Poder Público" (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo***,* v. 209, p. 189–222.Rio de Janeiro, p. 205/206).

[96] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Discricionariedade administrativa das autoridades reguladoras e aplicação das normas punitivas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 254, p.95-107, 2010. p.98.

1.2.2 A redução da discricionariedade administrativa pelo incremento do controle externo da Administração Pública

A terceira mudança de paradigma decorrente da constitucionalização do Direito Administrativo que impactou a motivação da decisão administrativa foi a redução da discricionariedade administrativa pelo incremento do controle externo da Administração Pública.

Dentro de uma premissa que considera impossível a eliminação total da discricionariedade[97], vez que sempre existirá uma zona de penumbra[98], a juridicidade provoca maior vinculação da motivação, reduzindo a margem de discricionariedade da autoridade administrativa para dentro de um campo de conformação dividido em graus de vinculação voltados à finalidade do interesse público descrita na lei e na Constituição Federal[99], permitindo o controle da legalidade e legitimidade do ato:

> Se os dois referenciais enunciados – a legitimidade e a legalidade – se impõem igualmente à sociedade e ao Estado, obviamente ambos deverão pautar, indissociavelmente, toda sua atuação administrativa pública, tanto a extroversa como a introversa, para conformarem a categoria síntese da juridicidade. (...) Em ambas as formas de atuação, tanto nas relações de subordinação quanto nas relações de coordenação, o que vale dizer, tanto na gestão dos interesses da sociedade (administração extroversa) quanto na gestão de seus próprios interesses operativos (administração introversa), a ação do Estado está sempre submetida a esse duplo parâmetro de aferição da juridicidade – a legitimidade e a legalidade – daí decorrendo a também dupla classificação do controle exercido sobre a atividade da Administração Pública: o controle de legitimidade e o controle de legalidade[100].

---

[97] "Nuestra época presenta, pues, una evolución respecto a la vinculación a la norma. A pesar de que toda la ideología del Estado de Derecho burgués supone, en apariencia, una tendencia a vincular cada vez más estrechamente la Administración a la ley y a hacer de ella un simple poder de ejecución, la.realidad exige que dentro del propio sistema capitalista la actuación administrativa esté informada por un margen de discrecionalidad que resultará siempre imposible de eliminar"(GUERRA, Héctor Garcini. **Derecho Administrativo**, 2ª ed. Cuba: Editorial Pueblo y Educación, 1986. p. 87)

[98] MARTINS, Ricardo Marcondes. Conceitos indeterminados à luz da proporcionalidade e da boa administração. **Revista de Direito Administrativo, Infraestrutura, Regulação e Compliance**. n. 24. ano 7. p. 347-358. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2023

[99] "En efecto, las autoridades administrativas pueden contar y cuentan, con toda normalidad, con poderes discrecionales, pero no para el cumplimiento de cualquier finalidad, sino precisamente de la finalidad considerada por la Ley, y en todo caso de la finalidad pública". (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos. **Revista de Administración Pública**,1962. p. 168).

[100] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial***,* 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. E-book.

Esse controle do ato administrativo incide principalmente quanto a possíveis restrições e limites a direitos fundamentais, onde há vinculação da Administração Pública a balizas de atuação em grau máximo/mínimo, consistente na proibição de excesso[101] (*Übermassverbot*) e proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*)[102]:

> A concepção alargada de legalidade e a exigência de vinculação à juridicidade chegam a trazer à baila o próprio questionamento do cabimento de se falar em discricionariedade administrativa, uma vez que mesmo as hipóteses de decisão discricionária seriam vinculadas. Haveria apenas diferentes graus de vinculação, algumas mais intensas, nas quais a lei determina qual é a conduta administrativa cabível, e outras menos intensas, nas quais a vinculação advém do Ordenamento Jurídico considerado como um todo e não de uma norma jurídica específica[103].

Com isso, avançou-se na superação do entendimento da insindicabilidade do mérito administrativo[104], sendo atualmente pacífico o entendimento de que o controle externo do ato administrativo realizado pelo Poder Judiciário permite o controle

---

[101] "Uno de los límites a la limitación de los derechos de mayor relevancia en las democracias constitucionales actuales es el examen de la proporcionalidad en sentido amplio. Así, considerar la validez del derecho en oportunidad de su limitación significa que, a) los derechos actúan como límites a su limitación y b) elevan una pretensión de ejercicio. Por ello, la validez de los derechos impone límites frente a un exceso (Übermaß) de restricción como así también frente a una omisión o acción insuficiente (Untermaß) que imposibilite injustificadamente su ejercicio" (CLÉRICO, Lara. El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional**. p. 125-173. Equador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008. p. 125). No mesmo sentido: "Trata-se da cláusula de proibição de excesso (*Übermassverbot*) consagrada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, ao estabelecer o pensamento da proporcionalidade como parâmetro para se evitarem os tratamentos excessivos, abusivos e inadequados, buscando-se sempre no caso concreto o tratamento necessariamente exigível" (Voto do Ministro Alexandre de Moraes na ADI 5852, Relator(a): Dias Toffoli, Relator(a) p/ Acórdão: Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 24/08/2020)

[102] "Restrições a direitos somente podem ser efetuadas em havendo estrita necessidade para a preservação de outras posições constitucionalmente protegidas. O Poder Público deve agir estritamente na busca do interesse público. A finalidade, e não a vontade, é que preside a ação da autoridade pública" (SCHÄFER, Jairo Gilberto. **Direitos Fundamentais**: proteção e restrições. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001. p. 106/107).

[103] SCHIRATO, Vitor Rhein. Algumas considerações atuais sobre o sentido da legalidade na administração pública. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (org.). **Poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 507-518. p. 515.

[104] "O controle deve sindicar, com a devida prudência, as motivações obrigatórias dos atos administrativos (vinculados e discricionários), tendo presente que toda a discricionariedade está vinculada a princípios e que inexiste, no caso dos atos vinculados, subsunção automática e acrítica das leis ao caso" (FREITAS, Juarez. **O Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**, 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. P. 476).

jurisdicional do mérito administrativo[105] (discricionariedade[106]) quando o ato claramente não atender à finalidade pública e os preceitos normativos legais e constitucionais[107]:

> O conhecimento convencional em matéria de controle jurisdicional do ato administrativo limitava a cognição dos juízes e tribunais aos aspectos da legalidade do ato (competência, forma e finalidade) e não do seu mérito (motivo e objeto), aí incluídas a conveniência e oportunidade de sua prática. Já não se passa mais assim. Não apenas os princípios constitucionais gerais já mencionados, mas também os específicos, como moralidade, eficiência e, sobretudo, a razoabilidade-proporcionalidade permitem o controle da discricionariedade administrativa (observando-se, naturalmente, a contenção e a prudência, para que não se substitua a discricionariedade do administrador pela do juiz[108].

---

[105] "A grande diferença que se verifica com relação à evolução do mérito, sob o aspecto de seu controle judicial, é a seguinte: anteriormente, o Judiciário recuava diante dos aspectos discricionários do ato, sem preocupar-se em verificar se haviam sido observados os limites da discricionariedade; a simples existência do aspecto de mérito impedia a própria interpretação judicial da lei perante a situação concreta, levando o juiz a acolher como correta a opção administrativa; atualmente, entende-se que o Judiciário não pode alegar, a priori, que se trata de matéria de mérito e, portanto, aspecto discricionário vedado ao exame judicial. O juiz tem, primeiro, que interpretar a norma diante do caso concreto a ele submetido. Só após essa interpretação é que poderá concluir se a norma outorgou ou não diferentes opções à Administração Pública. Se, após a interpretação, concluir que existem diferentes opções igualmente válidas perante o Direito e aceitáveis diante do interesse público a atender, o juiz não poderá corrigir o ato administrativo que tenha adotado uma delas, substituindo-a pela sua própria opção. Aí sim haverá ofensa ao princípio da separação de poderes" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 36ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. E-book).

[106] "O mérito está no sentido político do ato administrativo. É o sentido dele em função das normas da boa administração. Ou, noutras palavras: é o seu sentido como procedimento que atende ao interesse público, e, ao mesmo tempo, o ajusta aos interesses privados, que toda medida administrativa tem de levar em conta. Por isso, exprime um juízo comparativo. Compreende os aspectos, nem sempre de fácil percepção, atinentes ao acerto, à justiça, utilidade, equidade, razoabilidade, moralidade etc. de cada procedimento administrativo. Esses aspectos, muitos autores os resumem no binômio: oportunidade e conveniência. Envolvem eles interesses e não direitos. Ao Judiciário não se submetem os interesses, que o ato administrativo contrarie, mas apenas os direitos individuais, acaso feridos por ele" (FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 149-150)

[107] "En relación con el acto no puede olvidarse que el empleo de la discrecionalidad se limita con la idea del fin y así cualquier acto administrativo que se dicte con fines distintos a los que inspiraron al legislador al producir la norma, o en los casos en que la discrecionalidad se emplee sin la existencia de una ley previa, no podrán contravenirse los fines que el Estado se ha fijado o que ha señalado su dirección política. Un acto emanado sin esas condiciones será ilegal y carente de estabilidad jurídica" (GUERRA, Héctor Garcini. **Derecho Administrativo**, 2ª ed. Cuba: Editorial Pueblo y Educación, 1986. p. 88)

[108] BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, n. 240, p. 01-42, abr.-jun. 2005. p.32.

A positivação constitucional do princípio da eficiência também afetou o campo de discricionariedade[109], conformando as opções administrativas também quanto aos resultados em uma visão prospectiva e prognóstica de excelência[110] dentro do campo de efetividade do direito à boa administração, especificamente no que tange à característica de respeito e consecução de planejamento estatal através do fornecimento de meios, instrumentos e financiamento para implementação de direitos fundamentais.

O entendimento acerca do que é interesse público passou de mera vontade/interesse da Administração[111] (e do administrador) para vontade da Constituição Federal, em especial pela observância e concretização de direitos e garantias fundamentais[112].

[109] "Agora a eficiência é princípio que norteia toda a atuação da Administração Pública. O vocábulo liga-se à ideia de ação, para produzir resultado de modo rápido e preciso. Associado à Administração Pública, o princípio da eficiência determina que a Administração deve agir, de modo rápido e preciso, para produzir resultados que satisfaçam as necessidades da população. Eficiência contrapõe-se à lentidão, a descaso, à negligência, à omissão – características habituais da Administração Pública brasileira, com raras exceções" (MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**, 21ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.127).

[110] "A discricionariedade, no Estado Democrático, quer dos atos administrativos, quer dos atos judiciais, está sempre vinculada aos princípios fundamentais, sob pena de se traduzir em arbitrariedade e de minar os limites indispensáveis à liberdade de conformação com o racional característica fundante do sistema administrativo" (FREITAS, Juarez. Controle dos atos vinculados e discricionários à luz dos princípios fundamentais. In: GERMANO, Luiz Paulo Rosek e GIORGIS, José Carlos Teixeira (Org). **Lições de Direito Administrativo**: estudos em homenagem a Octavio Germano. p. 13-38. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 36).

[111] MIRAGEM, Bruno. **Direito Administrativo Aplicado**: A Nova Administração Pública e o Direito Administrativo, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.323/324.

[112] "O interesse público, de acordo com o que já expusemos, consiste em um daqueles enunciados performáticos dentro dos quais cabe qualquer coisa. Isso porque nossa tradição doutrinário-jurisprudencial consolidou o entendimento em que o interesse público é aquilo que a administração diz que é. Daí a metáfora de o Estado agir como Midas, transformando em interesse público tudo que ele toca. Assim, por não se tratar de direito fundamental, o interesse público não pode ser utilizado como parâmetro válido para se ponderar direito fundamental. (...) Os direitos fundamentais são essencialmente direitos contra o poder público (governo). A própria existência dos direitos fundamentais seria colocada em risco caso fosse admitida restrição contra eles, sob o argumento de que tal restrição traria benefício geral para a maioria da sociedade, ou então para o próprio governo, ou ainda a preservação do interesse público" (ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 204).

Interesse público constitucionalmente legitimo, portanto, representa observar e concretizar direitos fundamentais de ofício pela Administração Público[113]. Esse entendimento atua na contemporânea significação normativa dos princípios clássicos do Direito Administrativo[114], como o princípio da supremacia e indisponiblidade[115] do interesse público sobre o interesse privado[116], bem como na interpretação da extensão das prerrogativas da Administração Pública (regime exorbitante e privilégios)[117] e indisponibilidade do interesse público[118]:

> Estas particularidades, dentre outras, revelam com eloquência que, na tábua de valores constitucionais, os direitos fundamentais despontam com absoluto destaque e centralidade. Portanto, parece-nos de meridiana clareza que concepções que não atribuem a merecida preeminência a estes direitos – como as subjacentes ao princípio da supremacia do interesse público, seja na sua versão forte, seja na sua alternativa mais débil -, devem ser descartadas, não só porque moralmente perigosas, como também pela sua

[113] "Trata-se de impregnar a atividade administrativa com o espírito da Constituição, de modo a propiciar a realização efetiva dos princípios e valores ali consagrados. Se é fundamental consagrar uma Constituição democrática e norteada à realização de certos valores, isso não basta para produzir um Estado democrático ou a efetivação dos valores desejados. A transformação concreta da realidade social e sua adequação ao modelo constitucional dependem primordialmente do desenvolvimento de atividades administrativas efetivas. (...) A compatibilidade com os direitos fundamentais torna-se o critério de juridicidade e de validade da atividade estatal, inclusive para desqualificar a conduta estatal puramente omissiva" (JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo de espetáculo. **Fórum Administrativo** – Direito Público – FA*,* Belo Horizonte, ano 9, n. 100, p. 144-154, jun. 2009. p. 152/153).

[114] SADDY, André. **Discricionariedade e Jurisdição Constitucional/Supranacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p.08/11.

[115] "Não se negocia o interesse público, mas sim os modos de atingi-lo com maior eficiência. Disponibilidade, cooperação e consenso – esses são os fundamentos do direito público deste século XXI" (MOREIRA, Egon Bockmann. A indisponibilidade do interesse público ainda faz algum sentido? Boa-fé, cooperação e consensualidade são os fundamentos do direito público. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JORDÃO, Eduardo; MOREIRA, Egon Bockmann Moreira; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; BINENBOJM, Gustavo; CÂMARA, Jacintho Arruda; MENDONÇA, José Vicente Santos de; JUSTEN FILHO, Marçal e MONTEIRO, Vera. **Publicitas**: direito administrativo sob tensão. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 93-94. p.94).

[116] "O interesse privado e o interesse público estão de tal forma instituídos na Constituição brasileira que não podem ser separadamente descritos na análise da atividade estatal e de seus fins. Elementos privados estão incluídos nos próprios fins do Estado (p. ex. preâmbulo e direitos fundamentais)" (ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular". In: PASQUALINI, Alexandre... [et al.]; SARLET, Ingo Wolfgang (organ). **O Direito Público em tempos de crise**: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*.* p. 99-128. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 111).

[117] CORVALÁN, Juan Gustavo. Transformações do "regime de Direito Administrativo": a propósito do regime exorbitante e das prerrogativas da Administração Pública. A**&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 49-73, jan./mar. 2013.

[118] "No campo do direito público, domina a ideia de indisponibilidade. O administrador não tem a *proprietas* do bem público, não tem o direito de jogar com o interesse público de tal maneira que dele disponha a seu talante. O interesse público não fica à mercê do agente público. Tem regras que o restringem, É intangível e indisponível. O administrador não é dono. É guarda ou fiscal da coisa pública. Sua vontade não conta. (...) O interesse público é confiado ao Estado, não a seus órgãos e, muito menos, ao agente. As pessoas administrativas são instrumentos do Poder Público" CRETELA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo, volume X**: Princípios de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 129/130).

> franca inadequação à ordem constitucional brasileira. E mais, por todas as razões acima aventadas, entendemos que, diante de conflitos entre direitos fundamentais e interesses públicos de estatura constitucional, pode-se falar, na linha de Alexy, numa precedência prima facie dos primeiros. Esta precedência implica a atribuição de um peso inicial superior a estes direitos no processo ponderativo, o que significa reconhecer que há um ônus argumentativo maior para que interesses públicos possam eventualmente sobrepuja-los. Assim, o interesse público pode até prevalecer diante do direito fundamental, após um detido exame calcado sobretudo no princípio da proporcionalidade, mas para isso serão necessárias razões mais fortes do que aquelas que permitiriam a vitória do direito fundamental. E al ideia vincula tanto o legislador – que se realizar ponderações abstratas que negligenciarem esta primazia prima facie dos direitos fundamentais poderá incorrer em inconstitucionalidade – como os aplicadores do Direitos – juízes e administradores – quando se depararem com a necessidade de realização de ponderações in concreto[119].

Relevante estudo apresentado por Jandeson da Costa Barbosa sobre os parâmetros mínimos do interesse público a ser utilizado como fundamento jurídico-axiológico para a tomada de decisão no âmbito administrativo em face da atual sistemática constitucional de direitos fundamentais aponta para o conceito do princípio do interesse público constitucional (IPC).

Para esse autor, a instrumentalização do interesse público para fundamentar a tomada de decisão administrativa é permeada pelo produto da harmonização entre direitos fundamentais de liberdade individual (l1), liberdade política (l2), igualdade (i) e fraternidade (f), e o interesse do Erário (ie), formatado pelo contexto estrutural (CE) e levando em consideração as peculiaridades do caso concreto (CC). O contexto estrutural (CE) é formado pelos aspectos histórico, sociológico, cultural e jurídico da respectiva sociedade, funcionando como uma espécie de corretivo na harmonização material em uma análise preliminar, para adaptação do interesse público constitucional teórico ao caso concreto[120], reconfigurando, dessa forma, a conduta a ser ostentada tanto pelos órgãos de controle quanto pelos agentes controlados[121]:

---

[119] SARMENTO, Daniel. Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Jurisdição e direitos fundamentais**: anuário 2004/2005 da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul. p. 29-70. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 65.

[120] BARBOSA, Jandeson da Costa. **O interesse público constitucional numa formulação à luz de pressupostos teóricos, contextos e fatos no âmbito dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022. p. 178/179.

[121] "O Direito Administrativo mudou, evoluiu. Não mais aceita o autoritarismo burocrático estéril. O direito bipolar, decorrente da legalidade estrita, que levava ao confronto apenas entre o lícito e ilícito, o válido e o inválido, foi substituído por visões mais amplas, mais elásticas, como demonstra a utilização cada vez maior dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, muito especialmente pelos tribunais superiores" (DALLARI, Adilson Abreu. Consequencialismo no âmbito do Direito Administrativo. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; CHALITA, Gabriel e NALINI, José Renato. **Consequencialismo no Poder Judiciário**. Indaiatuba: Editora Foco, 2019. p. 125-136. p.129).

> Em relação ao princípio da indisponibilidade do interesse público, ultimou-se a conclusão de que este, aliado ao legalismo estrito, acaba por fomentar à irracionalidade, pois, da forma que é utilizado no dia a dia da Administração Pública, acaba por sucatear a máquina administrativa e restringir desnecessariamente direitos fundamentais. Ademais, sustentar a utilização racional do princípio da indisponibilidade do interesse público – ou a indisponibilidade do interesse público constitucional (IPC) – é um raciocínio tautológico, pois, sendo o interesse público o produto da harmonização de diversos valores constitucionais, este é indisponível pela própria natureza do resultado da conjugação de diversos valores, que não são propriamente indisponíveis pois cedem lugar axiologicamente para a sua harmonização. Destarte, a superação dialética do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular atinge também o princípio da indisponibilidade do interesse público, sendo ambos substituídos pelo princípio do interesse público constitucional (IPC).” [122].

A pluralidade dos órgãos de controle da Administração Pública, bem como a existência de sobreposição de competências fiscalizatórias[123], implicaram na natural redução do exercício discricionário da atividade administrativa[124], irradiando importantes efeitos direitos: o efeito de redução do desvio ou abuso do poder discricionário da autoridade administrativa[125] e os efeitos indesejáveis da

[122] BARBOSA, Jandeson da Costa. **O interesse público constitucional numa formulação à luz de pressupostos teóricos, contextos e fatos no âmbito dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022. p. 180.

[123] “Ocorre, então, uma desenfreada pulverização do direito administrativo, que passa a ser pautado por uma legislação fragmentada ou dispersa, extensa, assistemática e excessivamente principiológica; por um Judiciário pressionado por distintos grupos de interesse; e, afinal, por órgãos autônomos (como, por exemplo, os Tribunais de Contas e o Ministério Público), também fragmentados em função de sua estrutura federativa, mas principalmente sedentos pelo exercício do poder político” (PEREZ, Marcos Augusto. O Mundo que Hely não Viu: Governança Democrática e Fragmentação do Direito Administrativo. Diálogo entre a Teoria Sistêmica de Hely e os Paradigmas Atuais do Direito Administrativo. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, César Augusto de Guimarães (Org.). **O Direito Administrativo na Atualidade**: Estudos em Homenagem ao Centenário de Hely Lopes Meirelles. São Paulo, Malheiros, 2017, p. 851-869. p. 854).

[124] O controle de legalidade continua a existir, inclusive no que concerne à proporcionalidade e razoabilidade da escolha pública. A arbitrariedade não é meio legítimo de atuação administrativa, sendo certo que a atuação discricionária deve resumir-se ao limite facultativo deferido pela lei. Assim, o que não pode ocorrer é a substituição do mérito da decisão do agente ou mesmo a responsabilização dele por simples discordância das autoridades de controle NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. Contrapesos de uma Administração Pública consensual: legalidade versus eficiência. **Interesse Público** – IP, Belo Horizonte, ano 19, n. 103, p. 49-77, maio/jun. 2017. p. 72

[125] “O abuso ou desvio do poder discricionário (Ermessensfehlgebrauch) - o vício mais comum -, que incide nos casos em que a autoridade não se deixa dirigir exclusivamente pela finalidade prescrita ou viola direitos fundamentais ou princípios administrativos gerais, como a igualdade e a proporcionalidade. (...) As circunstâncias de fato, a práxis administrativa e, sobretudo, os direitos fundamentais, representam uma base para essa redução da discricionariedade” (KRELL, Andreas Joachim. A recepção das teorias alemãs sobre ‘conceitos jurídicos indeterminados’ e o controle da discricionariedade no Brasil. **Revista Interesse Público**-IP. Belo Horizonte, ano 6, nº 23, jan-fev. 2004).

desproporcionalidade[126]e irracionalidade da atividade de controle[127] quanto à definição da margem de discricionariedade administrativa[128] (deferência) e a substituição das competências do controlado pelo órgão controlador[129]:

> Do sistema norte-americano, herdamos a unicidade de jurisdição, implantada entre nós com a Constituição de 1891 e não mais afastada. (...) Do sistema inglês, herdamos os mecanismos de controle parlamentar (embora, com alguns temperos também advindos do Direito norte-americano). (...) Do sistema francês, herdamos o controle baseado na ideia de legalidade da ação administrativa, bem como sua inafastabilidade. (...) E por fim, do sistema alemão herdamos o controle baseado na supremacia de uma Constituição rígida, coma existência de mecanismos de controle concentrado de constitucionalidade, dotado de efeitos vinculantes a todo o sistema jurídico. Pois bem. Essa grande mistura de influências teve como uma das suas consequências a multiplicação dos meios de controle e a ampliação de sua abrangência. (...) Com isso, muitas vezes, o controle da Administração Pública, entre nós, padece de lógica e fundamentos, E pior ainda, permite uma perigosíssima substituição do administrador pelo controlador, sem que

---

[126] "A proporcionalidade ("*Verhältnismässigkeitsgrundsatz*") determina que um meio deva ser adequado, necessário – isto é, dentre todo os meios adequados aquele menos restritivo – e mantenha relação de proporcionalidade relativamente ao fim instituído pela norma" (ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular". In: PASQUALINI, Alexandre... [et al.]; SARLET, Ingo Wolfgang (Organ**). O Direito Público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel**. p. 99-128. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 113).

[127] "Portanto, o exercício do poder discricionário – sujeito à prévia interpretação da norma jurídica em questão, que sempre é revisivel, em última análise, pelo Poder Judiciário – não se reduz à concreção de um único resultado, mas a escolha de um diante de uma pluralidade de resultados possíveis em tese, sendo que, nesta opção, se efetuada dentro de seus limites, a ingerência do Poder Judiciário não é lícita. (...) Genericamente, pode-se dizer que a baliza, o parâmetro da atuação discricionária reside, exatamente, no respeito ao princípio da razoabilidade da solução adotada. Quando da apreciação dos fatos justificadores do ato, há que se verificar a proporcionalidade entre eles e o ato administrativo a ser praticado". (COSTA, Regina Helena. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. **Revista Justitia**, nº 51, jan-março 1989. São Paulo. p. 40/41).

[128] A concepção dominante no Direito Alemão segundo António Francisco de Sousa é do "reconhecimento na aplicação de certas categorias de conceitos legais indeterminados de uma margem de apreciação (*Beurteilungsspielraum*) a favor da autoridade administrativa que os aplica. Nestes casos, o controlo jurisdicional é limitado" (FRANCISCO DE SOUSA, António. **Conceitos indeterminados no Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994. p. 37)

[129] "O uso abusivo da discricionariedade judicial na solução de casos difíceis pode ser extremamente problemático para a tutela de valores como segurança e justiça, além de poder comprometer a legitimidade democrática da função judicial. Princípios como dignidade da pessoas humana, razoabilidade e solidariedade não são cheques em branco para o exercício de escolhas pessoas e idiossincráticas" (BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ARAGÃO, Alexandre dos Santos (Orgs.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 31-63. p. 58). No mesmo sentido: "Assim, a análise e a ponderação a motivação do ato administrativo informam o controle pelo Poder Judiciário, da sua correção. Então, verifica o Judiciário se o ato é correto. Não, note-se bem – e desejo deixar isso bem vincado -, qual o ato correto. E isso porque, repito-o, sempre, em ada caso, na interpretação, sobretudo de textos normativos que veiculem 'conceitos indeterminados' (vale dizer, noções), qual o de interesse público, inexiste uma interpretação verdadeira (única correta); a única interpretação correta – que haveria, então, de ser exata – é objetivamente incognoscível (é, in concreto, incognoscível). Ademais, é óbvio, o Poder Judiciário não pode substituir-se à Administração, enquanto personificada no Poder Executivo. Logo, o Poder Judiciário verifica se o ato é correto, apenas isso" (GRAU, Eros. **O Direito posto e o Direito Pressuposto**, 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 214).

> esse segundo recaiam os mecanismos de responsabilização e prestação de contas incidentes sobre o primeiro[130].

A intensificação do adequado controle externo dos atos administrativos possibilita o respeito aos princípios constitucionais - sem que exista substituição da competência[131] -, em especial o princípio da proporcionalidade[132] e o princípio da impessoalidade quanto ao tratamento dos administrados por parte do Poder Público[133], de forma a promover maior segurança jurídica na busca de se evitar na

[130] SCHIRATO, Vitor Rhein. A necessidade de parametrização do controle da Administração Pública – a tentativa de dar sentido a um sistema extremamente complexo – breves considerações acerca do conteúdo do novo artigo 20 da Lei de Introdução às normas do Direitos Brasileiro. In: CARNEIRO DA CUNHA FILHO, Alexandre Jorge; ISSA, Rafael Hamze e SCHWIND, Rafael Wallbach (Coords.). **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro Anotada, volume II**. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 92-96. p. 93.

[131] Enunciado nº 13 da 1ª Jornada de Direito Administrativo do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo de 2019: A competência para dizer qual é a melhor decisão administrativa é do gestor, não do controlador. O ônus argumentativo da ação controladora que imputa irregularidade ou ilegalidade à conduta é do controlador, estabelecendo-se diálogo necessário e completo com as razões aduzidas pelo gestor." (IBDA. Enunciados do IBDA sobre a interpretação da LINDB. **Fórum Administrativo** – FA, Belo Horizonte, ano 19, n. 221, p. 167-168, jul. 2019. p. 167).

[132] "O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, termos aqui empregados de modo fungível, não está expresso na Constituição, mas tem seu fundamento na ideia de devido processo legal substantivo e na de justiça. Trata-se de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema. Em resumo sumário, o princípio da razoabilidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado (adequação); b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (necessidade/vedação do excesso), c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (proporcionalidade em sentido estrito). O princípio pode operar, também, no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma, em uma determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, assim fazendo a justiça do caso concreto". (BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora, 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 374/375).

[133] A impessoalidade almeja a "neutralidade da atividade administrativa que se orienta no sentido das realizações do interesse público[133]" (AFONSO DA SILVA, José. **Comentário textual à Constituição**, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 335/336), uma vez que "o princípio da impessoalidade repele atos discricionários que importam favorecimento ou desapreço a membro da sociedade em detrimento da finalidade objetiva da norma de direito a ser aplicada[133]" (MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Teoria Geral e Princípios do Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.331).

aplicação/interpretação das normas de Direito Público[134] a ocorrência de privilégios[135], interpretações personalíssimas ("parasistema administrativo[136]") ou imobilismo administrativo decisório em face do caso concreto[137].

Tem-se que os limites do controle da discricionariedade administrativa, respeitada a separação entre os poderes[138], refletem necessariamente no conceito de

---

[134] "O reconhecimento da estatura constitucional do princípio da segurança jurídica confere às situações em que a Administração, por condutas suas, desperta a confiança legítima dos administrados e vem a frustrá-la posteriormente, a configuração de uma equação de ponderação entre princípios constitucionais: de um lado, há, por reconhecimento expresso, a violação ao princípio da legalidade; de outro lado, a afronta ao princípio da segurança jurídica. Eventual prevalência, em maior porção, da segurança sobre a legalidade não importa transigência com a ideia de Estado de direito, mas decorre de uma aplicação otimizada da Constituição". (BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 197).

[135] "A res publica expressa que as decisões políticas devem ser tomadas em benefício da população, e que os mandatários e os gestores públicos têm obrigação de exercer suas funções de forma a considerar o bem público como algo sacro, densificando a eficiência dos órgãos estatais no atendimento das demandas coletivas. Ela é inconciliável com interesses específicos. Enquanto estes visam à satisfação de anseios privados, de um ou de poucos, a coisa pública tem o escopo de satisfazer as perspectivas da coletividade" (AGRA, Walber de Moura. ***Republicanismo***. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 61/62).

[136] "Hay entonces un derecho escrito y oficial, extenso, complejo, minucioso, que todo el mundo sabe que no todo se cumple y que tampoco está todo concebido para ser cumplido: está, al contrario, para dar aquella imagen que todos deseamos imaginarnos, para conformar el espejo de nuestras aspiraciones o ideales, pero no de nuestra cara. Está luego el derecho real, no escrito, pero menos oficial, que es el que todos sabemos que realmente se cumple y conforme al cual debemos manejarnos: éste también es sutil y complejo y más difícil de aprehender pues no está escrito en ninguna parte" (GORDILLO, Agustín. **La Administración pararela**. Madrid: Editorial Civitas, S/A, 2001. p.88/120).

[137] "O imobilismo decisório também está ligado ao viés retrospectivo (*hindsight*) com que são escrutinados os atos administrativos pelos órgãos de controle externo. Diante dos riscos inerentes ao processo decisório, o agente público tende a tomar decisões burocráticas que preserve sua integridade patrimonial e pessoal. Trata-se de fenômeno global, mas que varia no tempo e no espaço. No caso brasileiro, não se trata de mera arte da política ou em como sobreviver no meio político e alcançar altos cargos. Aqui se trata da própria sobrevivência civil, política e penal do agente público. A arte da não decisão no Brasil tem temperamentos inimagináveis noutros cantos do planeta. Ela passa a ser cogente, determinante e fundamental para a preservação do patrimônio pessoal, da honorabilidade e da liberdade do agente público. A estratégia do imobilismo decisório brasileiro afeta a todos os agentes públicos, mesmo os servidores de carreira, que, por vezes, passam a ter mais medo que os próprios agentes políticos das consequências das suas decisões. Isso se explica porque o agente político, por vezes, está há pouco tempo na política e ainda não faz a mínima ideia dos riscos a que está sujeito em sua liberdade e patrimônio. Já os servidores de carreira, mais "calejados" dos perigos a que estão expostos, evitam a todo custo decidir ou subscrever qualquer documento que possa lhes trazer alguma responsabilização decisória" o" (VALGAS DOS SANTOS, Rodrigo. **Direito administrativo do medo**: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. Livro eletrônico).

[138] "La función de los órganos del poder judicial (por lo que aquí interesa) no consiste en substituir los órganos de gobierno y administración en la definición de los intereses públicos a perseguir y en la determinación de las medidas a adoptar en el marco (impreciso) del derecho. El control judicial de la discrecionalidad administrativa es un control de naturaleza estrictamente jurídica, que sólo puede realizarse con parámetros jurídicos y que no puede abocar a otro tipo de decisión que no sea la de imponer el respeto de los límites jurídicos de la acción administrativa. Esta consecuencia se confirma a través de un simple análisis de los preceptos constitucionales aplicables, tanto desde la dimensión institucional u objetiva de la división de poderes como desde la dimensión subjetiva o garantista de los derechos fundamentales" (MORÓN, Miguel Sánchez. **Discrecionalidad administrativa y control judicial**. Madrid: Editorial Tecnos S.A, 1995. p. 155/156).

interesse público[139], que possui termos indeterminados em seu conceito[140], aproximando-se a integração dos conceitos indeterminados do próprio conceito de discricionariedade[141] :

> Atos motivados por razões de interesse público – bem assim todos e quaisquer atos de aplicação de 'conceitos indeterminados' (vale dizer, de noções) (=juízos de legalidade) – estão, evidentemente, sujeitos a exame e controle do Poder Judiciário. Aliás, mesmo a doutrina que deriva a discricionariedade dos 'conceitos indeterminados' admite, e afirma, o dever do Judiciário de sindicar esses atos, que erroneamente chama de discricionários. Relembre-se que o princípio da legalidade não respeita procedimentos administrativos em si, mas tão somente enquanto a eles seja correlata uma situação subjetiva do particular, sobre a qual tenha incidência um efeito de extinção ou limitação[142].

Dentro do restrito escopo dessa tese, tem-se que a redução da discricionariedade administrativa pela possibilidade da sindicabilidade do ato

---

[139] "Modernamente, no entanto, com a relativização da dicotomia público x privado, a democratização da defesa do interesse público e a complexidade (heterogeneidade) da sociedade atual, entre outros fatores, vem ganhando força a ideia de 'desconstrução' do princípio da supremacia do interesse público em abstrato. (...) Ao que parece, o debate atual a respeito da subsistência do princípio da supremacia do interesse público passa pela própria dificuldade natural de se estabelecer uma noção uniforme de interesse público. Por ser um conceito jurídico indeterminado, o denominado 'interesse público' não possui uma noção unívoca e homogênea. Certamente, não se pode confundir interesse público com interesse da administração pública (zona de certeza negativa), esse último, classificado alhures como secundário. Apenas o interesse público primário pode ser considerado como objetivo finalístico da atuação administrativa e, portanto, legitimador da própria criação do Estado". (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A releitura do Direito Administrativo à luz do pragmatismo jurídico. **Revista de Direito Administrativo**, v. 256, p. 129–163, 2011. p. 145/146).

[140] "Um termo é indeterminado se não tem os limites precisos. A indeterminação explica-se 'graficamente' por círculos concêntricos: o círculo interno é o da zona de certeza positiva, o que é seguro dizer sobre tal objeto, e o círculo externo é o de uma certeza negativa, o que é seguro sobre não ser possível denominar por aquele termo referido. Mas entre os dois círculos há o que denomina de zona de dúvida ou zona de indeterminação" (PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa**: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 83).

[141] "Tanto a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados em sua zona de incerteza como o exercício da discricionariedade consistem em uma mesma tarefa de integração da norma na aplicação em um fato concreto. Ambas se concebem como manifestações de um mesmo fenômeno de natureza materialmente normativa" (GUERRA, Sério. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*, 6ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 191). Sobre o tem, ainda: "Interesse público é um termo de conceito indeterminado (vale dizer, de uma noção). Logo, interesse público deve, em cada caso, ser interpretado (relembre-se que interpretação = aplicação). Ninguém, ao dele tratar, jamais, exercita atividade discricionária" (GRAU, Eros. **O Direito posto e o Direito Pressuposto**, 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 213).

[142] Ibid., p. 214.

administrativo pelo controle externo[143] - incluindo o denominado mérito administrativo[144], submetido ao controle de juridicidade - implicou na obrigação de aperfeiçoamento do ônus argumentativo e justificação na motivação da decisão administrativa, inclusive no campo da proporcionalidade[145] e razoabilidade das medidas adotadas[146].

1.3 A mudança do paradigma da autoridade para a consensualidade

Outra transformação ocorrida no Direito Administrativo brasileiro que afetou diretamente os contornos da motivação da decisão administrativa foi a transição do paradigma da autoridade administrativa para o paradigma da consensualização ou concertação[147], que também emerge em outros países[148].

A Administração Pública de caráter oitocentista tem como caraterísticas marcantes a atuação unilateral, imperativa e impositiva[149]. O *ius imperium,* puro e simples, unilateral, indiferente ao direito dos administrados e voluntarioso na criação de uma ficção que respalde sua própria ideia de realidade (apartada da realidade

---

[143] "Indeterminado o termo do conceito de interesse público – e mesmo e especialmente porque ele é contigente, variando no tempo e espaço, eis que não é conceito, mas noção -, a sua interpretação (interpretação=aplicação) reclama a escolha de uma entre várias interpretações possíveis, em ada caso, de modo que essa escolha seja apresentada como adequada. Como a atividade da Administração é infralegal – administrar é aplicar a lei de ofício – dizia Seabra Fagundes -, a autoridade administrativa está vinculada ao dever de motivas seus atos. (GRAU, Eros. **O Direito posto e o Direito Pressuposto**, 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 214.).

[144] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.p. 232/234.

[145] BOROWSKI, Martin. **Elementos esenciales de la dogmática de los derechos fundamentales**. Tradução: Arnulfo Daniel Mateos Durán. México: Tirant lo Blanch, 2022. p. 129.

[146] "O agente administrativo, diante de mais de uma solução possível de aplicação da norma legal, pode escolher aquela que lhe pareça ser a 'mais razoável'. Para identificar as soluções possíveis, deve interpretar a norma legal, utilizando-se dos métodos filológico, lógico, sistemático e teleológico. Ai órgão de controle cabe julgar se a solução escolhida pelo agente administrativo foi ou não razoável. Ele não tem competência para decidir qual deveria ser a solução 'mais razoável'. Vale dizer: não lhe cabe administrar, e sim julgar" (CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. **Teoria do ato administrativo**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008. p. 117).

[147] "Administração, feita para mandar, precisa urgentemente negociar, diante da descoberta de que poder mandar não é suficiente em muitos casos" (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo vol. I.** Tradução José Alberto Froes Cal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 672).

[148] "O sistema jurídico lusitano, bem como o espanhol, também parecer ter se inclinado para o paradigma da consensualidade. Assim o demonstram as suas leis de procedimento administrativo, quais sejam o Decreto-lei n. 04/2015 e a Ley n. 39/2015" (NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **As normas de Direito Público na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro**: paradigmas para interpretação e aplicação do Direito Administrativo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019. p.142).

[149] GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**, 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 72.

factual), já não absorve a complexidade contemporânea que permeia o Direito Administrativo brasileiro.

Essas características são mais claras quanto à consideração, pela doutrina administrativista, de que os atos materiais administrativos – especialmente os que exteriorizam o exercício poder de polícia – são inerentemente dotados de presunção relativa de legitimidade e veracidade[150], imperatividade[151], coercibilidade[152] e autoexecutoriedade[153]. Também na relação contratual administrativa se mostram presentes características nesse sentido, como as cláusulas exorbitantes[154], as prerrogativas, as decisões unilaterais e as presunções.

[150] "Com efeito, como a Administração atua mediante autorização legal, como a atividade administrativa é sublegal, os atos praticados por ela consideram-se escorreitos, firmes, sem qualquer mácula que os possa infirmar. Não fosse assim, cairia por terra toda atividade do Poder Público" (VITTA, Heraldo Garcia. **Poder de Polícia**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 216/217).

[151] BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.73.

[152] "A polícia administrativa, como é natural, não pode curvar-se ao interesse dos administrados de prestar ou não obediência às imposições. Se a atividade corresponder a um poder, decorrente do ius imperii estatal, há de ser desempenhada de forma a obrigar todos a observarem os seus comandos" (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999. p. 55).

[153] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 189.

[154] Cláusulas exorbitantes são as derrogatórias do direito comum, ou seja, que exorbitam a bilateralidade comum dos contratos do direito privado e se pautam na relação prerrogativa/sujeição (CRETELA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo, volume X**: Princípios de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 70/71).

Ultrapassada a época da blindagem de arbítrios do poder estatal por questões justificadas retoricamente na soberania[155] ("razões de Estado[156]") em razão da prevalência da proteção e da garantia dos direitos fundamentais pelo próprio Estado[157], tem-se que o exercício das prerrogativas públicas[158] e a imperatividade estatal autossuficiente criaram - e ainda criam -, mais conflitos do que soluções para o atendimento das complexas e multifacetadas demandas da sociedade brasileira

[155] "Razões de Estado não podem ser invocadas para justificar o descumprimento da Constituição. - É preciso advertir que as razões de Estado - quando invocadas como argumento de sustentação da pretensão jurídica do Poder Público ou de qualquer outra instituição - representam expressão de um perigoso ensaio destinado a submeter, à vontade do Príncipe (o que é intolerável), a autoridade hierárquico-normativa da própria Constituição da República, comprometendo, desse modo, a idéia de que o exercício do poder estatal, quando praticado sob a égide de um regime democrático, está permanentemente exposto ao controle social dos cidadãos e à fiscalização de ordem jurídico-constitucional dos magistrados e Tribunais" (STF, AI 241397 AgR, Relator(a): Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 10/08/1999). No mesmo sentido: "Verdadeiramente inconciliável com o Estado de Direito e a garantia constitucional da jurisdição seria o impedir a concessão ou permitir a cassação da segurança concedida, com base em motivos de conveniência política ou administrativa, ou seja, a superposição ao direito do cidadão das razões de Estado" (STF, SS 1149 AgR, Relator(a): Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 03/04/1997) e "Executivo Fiscal: quando a lei admite a certidão do registro de dívida, como prova pré-constituída em favor da Fazenda, não autoriza o peso esmagador da razão de Estado contra o contribuinte; a certidão deve ser clara, contendo com precisão elementos que permitam decidir de pleno, sem maiores reservas". (STF, RE 27152, Relator(a): Afrânio Costa - Convocado, Primeira Turma, julgado em 08/08/1955).

[156] "Razões de Estado - que muitas vezes configuram fundamentos políticos destinados a justificar, pragmaticamente, *ex parte principis*, a inaceitável adoção de medidas que frustram a plena eficácia da ordem constitucional, comprometendo-a em sua integridade e desrespeitando-a em sua autoridade - não se legitimam como argumento idôneo de sustentação da pretensão jurídica do Poder Público" (STF, RE 269579 AgR, Relator(a): Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 26/09/2000). No mesmo sentido envolvendo a impossibilidade de retroatividade da Lei nº 7.730/1989 para atingir contratos de depósito (caderneta de poupança) celebrados anteriormente por força da cláusula constitucional que tutela a intangibilidade das situações jurídicas definitivamente consolidadas: "A possibilidade de intervenção do Estado no domínio econômico não exonera o Poder Público do dever jurídico de respeitar os postulados que emergem do ordenamento constitucional brasileiro. Razões de Estado - que muitas vezes configuram fundamentos políticos destinados a justificar, pragmaticamente, *ex parte principis*, a inaceitável adoção de medidas de caráter normativo - não podem ser invocadas para viabilizar o descumprimento da própria Constituição. As normas de ordem pública - que também se sujeitam à cláusula inscrita no art. 5º, XXXVI, da Carta Política (RTJ 143/724) - não podem frustrar a plena eficácia da ordem constitucional, comprometendo-a em sua integridade e desrespeitando-a em sua autoridade. (STF, RE 204769, Relator(a): Celso de Mello, Primeira Turma, julgado em 10/12/1996).

[157] HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 3879/390.

[158] "Prerrogativas públicas ou de potestade pública são as regalias usufruídas pela Administração, na relação jurídico-administrativa, derrogando o direito comum diante do administrador, ou, em outras palavras, são as faculdades especiais conferidas à Administração, quando se decide agir contra o particular" (CRETELA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo, volume X**: Princípios de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 58).

contemporânea[159], desaguando em muitos casos na criação legislativa de alternativas a esses conflitos, justamente para resolver paradoxos oriundos de problemas próprios da conduta estatal[160].

[159] Em entrevista, o Desembargador Federal Ricardo Tabelo, do Tribunal Regional Federal da 6ª Região, acentuou que a resolução dos danos causados pelo rompimento da Barragem de Fundão em Mariana-MG passa, necessariamente, por uma solução consensual: "É evidente que a solução do caso da Barragem de Fundão passa, necessariamente, por um acordo. Não há nada semelhante na Justiça brasileira. Os danos foram múltiplos e variados, assim como os atingidos. Diversos territórios sofreram com o mar de lama. O que se busca na repactuação é a construção de diálogos e de soluções capazes de amenizar sofrimentos e reparar danos ambientais e humanos" (MAIA, Flávia. Desembargador diz que repactuação de acordo de Mariana 'não está longe'. Em entrevista ao JOTA, Ricardo Rabelo, do TRF6, reforça que a Justiça Brasileira reúne 'plenas condições' de resolver o conflito. **Portal Jota**, 27 jul. 2023. Disponível em: https://www.jota.info/justica/desembargador-diz-que-repactuacao-de-acordo-de-mariana-nao-esta-longe-27072023. Acesso em: 27 jul. 2023). Nesse sentido: "Nos processos coletivos, especialmente nas decisões ou processos estruturantes, casos em que existe a necessidade de implementação de políticas públicas que exigem uma justiça coexistencial, desdobrada no tempo e sem ruptura social, o cumprimento da decisão e a própria decisão estão para além da fixação de quem tem ou não tem razão; as técnicas de justiça consensual e autocomposição podem revelar-se nestes casos muito mais adequadas, pois seu objetivo não é a aplicação pura e simples da solução normativa previamente estabelecida" (ZANETI JÚNIOR, Hermes e DIDIER JÚNIOR, Fredie. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em Direitos Coletivos. In: ZANETI JÚNIOR, Hermes e CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 35-66. p. 61) e Enunciado nº 176 da II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CJF) em 2021: "Em demandas coletivas estruturais, a adoção de métodos autocompositivos deve ser incentivada".

[160] Paradigmático é o exemplo constante no art. 69 da Lei nº 13.465/2017, que prevê que as glebas parceladas para fins urbanos anteriormente a 19 de dezembro de 1979, que não possuírem registro, poderão ter a sua situação jurídica regularizada mediante o registro do parcelamento, desde que esteja implantado e integrado à cidade, bastando a apresentação de planta da área em regularização (com determinados requisitos), a descrição técnica do perímetro da área a ser regularizada e documento expedido pelo Município atestando que o parcelamento foi implantado antes de 19 de dezembro de 1979 e que está integrado à cidade. A apresentação dessa documentação prescinde da apresentação do projeto de regularização fundiária, de estudo técnico ambiental, de certidão de regularização fundiária (CRF) ou de quaisquer outras manifestações, aprovações, licenças ou alvarás emitidos pelos órgãos públicos. O legislador, reconhecendo a incapacidade estatal fiscalizatória de controle do uso e ocupação do solo urbano, quanto aos parcelamentos irregulares anteriores à Lei nº 6.766/1979, optou por excluir a obrigatoriedade do exercício do poder de polícia administrativo na aprovação e no prévio licenciamento urbanístico/ambiental, demonstrando a supremacia da realidade frente à imperatividade estatal. Sobre a consensualidade administrativa no âmbito do Direito Urbanístico: "O Poder Público tem cada vez mais recorrido à utilização de mecanismos que envolvem o fomento de certos comportamentos e a negociação de compromissos, de modo a aliar os interesses privados à execução de tarefas e cumprimento de encargos de interesse público relacionados à consecução de política urbana" (REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. **Direito Urbanístico Contratual**: dos atos negociais aos contratos de gestão urbana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 02)

É crescente a reestruturação dos valores da Administração Pública através da superação do modelo ancestral da imperatividade como regra, surgindo novas dinâmicas, práticas e cultura no âmbito estatal burocrático[161].

O paradigma da autoridade - que não desapareceu, vez que a figura da autoridade ainda é central ao Direito Administrativo[162], tal como a tradição das prerrogativas irrenunciáveis da imperatividade e autoexecutoriedade do ato administrativo[163] -, começou a dividir espaço com instrumentos consensuais de resolução de conflitos[164]:

> Do ponto de vista teórico, a abertura da consensualidade é caracterizada pela evolução da visão de um Direito Administrativo puramente adversarial no

[161] Aliás, o que se vê, com maior profusão, é a tentativa de caminhar mais próximo à consensualidade das decisões da Administração, em contraponto ao exercício autoritário das suas próprias razões (ou, ainda pior, das razões do agente público que exerce a função estatal). É absurdamente anacrônica uma concepção que divide e segrega o Estado da sociedade a que representa, entendendo ser crível – desejável, até – reservar-se uma pauta ampla, abstrata e autoritária para que o agente público, atuando em nome do Estado ou de si próprio, abuse e subtraia direitos particulares indistintamente e sem quaisquer justificativas, senão a de um princípio de conteúdo ainda mais vazio e descompassado com o arranjo social atual, como é o da supremacia do interesse público" (CAIO DE SOUZA LOUREIRO, Caio de Souza. Princípios na Lei de Liberdade Econômica. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto, RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz e LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Comentários a Lei de Liberdade Econômica**: Lei 13.874/2019 [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. E-Book).

[162] "Assim, o Direito Administrativo nasceu e desenvolveu-se baseado em duas ideias opostas: de um lado, a proteção aos direitos individuais frente ao Estado, que serve de fundamento ao princípio da legalidade, um dos esteios do Estado de Direito; de outro lado, a de necessidade de satisfação dos interesses coletivos, que conduz à outorga de prerrogativas e privilégios para a Administração Pública, quer para limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do bem-estar coletivo (poder de polícia), quer para a prestação de serviços públicos. Daí a bipolaridade do Direito Administrativo: liberdade do indivíduo e autoridade da Administração; restrições e prerrogativas. Para assegurar-se a liberdade, sujeita-se a Administração Pública à observância da lei e do direito (incluindo princípios e valores previstos explícita ou implicitamente na Constituição); é a aplicação, ao direito público, do princípio da legalidade. Para assegurar-se a autoridade da Administração Pública, necessária à consecução de seus fins, são-lhe outorgados prerrogativas e privilégios que lhe permitem assegurar a supremacia do interesse público sobre o particular" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, 29ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 93).

[163] CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administractivo**, 7ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002. p. 18/19.

[164] "La doctrina ha establecido, aunque con alguna exageración, que alrededor de estos conceptos está formado el núcleo del Derecho Administrativo, considerando que el acto administrativo es la institución más esencial de dicha rama del Derecho y que la ejecutoriedad del mismo es su característica más notable" (MACHADO, Santiago Muñoz. **Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General XII**: Actos Administrativos y Sanciones Administrativas, 2ª ed. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial Del Estado, 2017. p. 74). Ver ainda: "O Direito Administrativo, sempre concebido a partir da sua capacidade de agir de modo unilateral, passa a se dar conta não só da possibilidade da utilização de técnicas de consenso, mas de sua vantagem para o interesse público. Mesmo no âmbito do Direito Sancionador, a Administração passa a utilizar muitas vezes instrumentos de conformação em detrimento da aplicação de penas" (GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Administração contemporânea: três linhas de transformação do poder de polícia. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella e MOTTA, Fabrício (Coord.). **O Direito Administrativo nos 30 anos da Constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 61-69. p. 67).

> exercício da autoridade administrativa para um modelo mais flexível. O que se pretende não é substituir as formas tradicionais de ação imperativa do Estado, mas contribuir para a eficiência na redução dos conflitos, e mesmo dos arbítrios[165].

O poder extroverso[166] da autoridade começou a ceder espaço frente a uma teoria de obrigações entre Administração e administrados cada vez mais pautada na bilateralidade-paritária e no acordo de vontades[167], em um movimento envolvendo uma crescente contratualização das relações com a Administração[168]. Isso ocorre,

[165] SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo**: o novo olhar da LINDB. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p.83.

[166] "A imperatividade é o atributo segundo o qual o ato administrativo se impõe ao seu destinatário, independentemente de sua concordância. Renato Alessi chama a imperatividade de poder extroverso. É corolário da supremacia do interesse público sobre o particular. Para que o Estado possa agir na consecução de suas finalidades, é necessário que ele expeça atos imperativos, obedecidos a bem do interesse público" (NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**, 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2019. E-Book).

[167] "Em suma, o direito administrativo utiliza-se constantemente do direito das obrigações, do conceito geral de obrigação e, inclusive, de praticamente toda a normativa relativa às obrigações estabelecidas pelo Código Civil. Em que pese a ampla aplicação dessas normas às relações jurídicas encetadas pela Administração, o direito administrativo as derrogará, em muitos casos, seja por força de dispositivos legais específicos que excepcionem a regência do Código Civil ou que condicionem a sua aplicação ao cumprimento de procedimentos específicos, seja por força de interpretação que amplie ou restrinja o alcance das normas civis com vistas a promover a sua conciliação com os princípios inerentes ao chamado regime jurídico administrativa" (PEREZ, Marcos Augusto. Obrigações Administrativas. In: DALLARI, Adilson Abreu; VALDER DO NASCIMENTO, Carlos e MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Tratado de direito administrativo nº 02**. São Paulo: Saraiva, 2013. E-book).

[168] "Em franco desenvolvimento encontra-se a nova contratualização administrativa, a qual desenvolve-se em bases negociais mais amplas se comparadas aos modelos contratuais tradicionais, parecendo sinalizar (i) para uma maior paridade entre Administração e particular e (ii) uma reforçada interdependência entre as prestações a cargo de ambas as partes. Daí aludir-se à expressão Administração pública paritária, para caracterizar uma forma de administrar fundada no consenso, em módulos negociais, originando relações jurídicas que tendem a considerar Administração e particulares em uma situação mais próxima à horizontalidade, em que o ordenamento confere a ambos um tratamento mais isonômico" (JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo Henrique. A arbitragem e as parcerias público-privadas. **Revista de Direito Administrativo**, v. 241, p. 241–272, 2005. p. 267).

inclusive, quanto ao uso cada vez mais frequente de acordos integrativos e substitutivos[169] de sanções administrativas[170](direito administrativo sancionador[171]):

> O acordo permite ao particular uma situação jurídica que, sob sua perspectiva, é mais conveniente do que a sanção. Ao mesmo tempo, possibilita à administração alcançar as mesmas finalidades buscadas com o exercício do poder sancionador, uma vez que gera consequências ao particular e permite o alcance de fins públicos mediante o cumprimento das obrigações que lhe são impostas. (...)O acordo substitutivo está inserido no contexto da administração pública consensual, segundo a qual a gestão pública adota a lógica mais permeável à participação popular na tomada de decisão. Essa mentalidade passou a ganhar cada vez mais espaço nas democracias em decorrência da limitação dos poderes da administração e da demanda cidadão por uma atuação pública que melhor refletisse seus anseios[172].

A figura da contratualização do Direito Administrativo, com destaque na negociação bilateral e horizontal entre Administração e administrados, ganhou campo em detrimento à concentração do ato administrativo unilateral e impositivo, considerado *standart* da cultura da exorbitância dos poderes estatais e que afeta a

---

[169] "Embora seja desejável a previsão legal expressa, parece possível haver a regulamentação administrativa tanto de acordos substitutivos como de acordos integrativos de decisões sancionatórias. O ponto nodal é a estruturação de modelos consensuais que possam otimizar os objetivos do aparato sancionador, sem criar perigosos incentivos à reincidência. Em uma palavra: o trade off consubstanciado no acordo deve ficar claro, cabendo às partes o ônus argumentativo de demonstrar que tal solução exibe custo-benefício superior à pura e simples aplicação da sanção. A ideia de juridicidade administrativa ampara, aqui, a solução consensual bem engendrada: o acordo impõe algo diverso da sanção prevista em lei para realizar a sua finalidade de forma qualitativamente superior". (BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, ordenação, regulação**: Transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Editora Fórum. p. 106).

[170] "Os acordos integrativos caracterizam-se por precederem o provimento administrativo final, sem o substituir, razão pela qual também são denominados de acordos endoprocedimentais ou acordos preliminares. (...) Os acordos substitutivos caracterizam-se pelo efeito terminativo do processo administrativo no qual são celebrados. Quando firmados, estes acordos substituem a decisão unilateral e imperativa da Administração Pública ou findam o processo instaurado para conformação do provimento administrativo" (BONACORSI DE PALMA, Juliana. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p.120/123. p. 248/252).

[171] Especificamente quanto à sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa, cabe destacar que o item 131 da Nota Técnica nº 01/2021 da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção Comissão de Assessoramento Permanente em Leniência e Colaboração Premiada do Ministério Público Federal sobre a aplicação da Lei nº 8.429/1992, com as alterações da Lei nº 14.230/2021, prevê que "não há direito público subjetivo à celebração de Acordo de Não Persecução Cível, tendo em vista que o novo regramento do artigo 17-B da LIA expressamente consagra margens relevantes de valoração e decisão (discricionariedade), em favor do Ministério Público competente, conforme o caso concreto". Disponível em: https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nt-1-2021-aplicacao-lei-14230-2021-pgr-00390794-2021.pdf. Acesso em 26.12.2022.

[172] GABRIEL, Yasser. **Sanções do Direito Administrativo**. São Paulo: Almedina, 2023. p.179.

dinâmica da consensualidade e do devido processo legal com maior horizontalidade[173]:

> Por tudo isso, é possível afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro passou por um processo de verdadeira mutação da dogmática administrativa, em que a celebração de acordos, antes vista como excepcional e dependente de autorizações legislativas específicas, passa a ser encarada como verdadeira regra geral de permissibilidade para a atuação consensual da Administração Pública. Trata-se de uma solução pragmática voltada à obtenção dos melhores resultados práticos possíveis, ao mesmo tempo que em coloca o Estado em uma posição mais dialógica e democrática na consecução de suas finalidades institucionais[174].

A transição da imperatividade para a consensualidade também encontra fundamento no princípio da eficiência da Administração Pública[175]:

> A partir da exigência de uma Administração Pública eficiente (CF, art. 37), que desenvolva um adequado modelo de gestão e incorpore técnicas da administração gerencial, e diante do incremento das ideias democráticas, a atividade administrativa passou a exigir maior participação social institucionalizada; o particular passa a poder participar da construção das decisões administrativas, sendo compartícipe da gestão pública**.** Há, enfim, uma atuação administrativa consensual. É possível perceber uma ampliação gradativa, ao longo dos anos, de manifestações de consensualidade administrativa no Direito brasileiro. De igual modo, o ambiente da consensualidade tem sido incrementado no Direito Penal, no Direito Processual e, em geral, no Direito Público. Com efeito, existem a desapropriação amigável, a colaboração premiada, a transação penal e a suspensão condicional do processo, a autocomposição nos processos que tramitam nos Juizados Especiais Federais e nos Juizados Especiais da

---

[173] BONACORSI DE PALMA, Juliana. Devido processo legal na consensualidade administrativa. In: SCHIRIATO, Vitor Rhein (coord.). **Estudos atuais sobre ato e processo administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 11-26. p. 24/25.

[174] BINENBOJM, Gustavo. A consensualidade administrativa como técnica juridicamente adequada de gestão eficiente de interesses sociais. **Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro (PGERJ)**. Rio de Janeiro: v. 03, n. 03, p. 01-07, set/dez 2020. p. 07.

[175] "Os meios de resolução consensual de conflitos, além de estarem consonância com os princípios da eficiência e da proporcionalidade, representam um importante meio de abreviação de disputas e economia de recursos, exigem que a atuação do estado se realize da forma menos onerosa para os cofres públicos e que acarrete menos transtornos ou sacrifício de interesses legítimos dos particulares" (MENDES, Viviane Alfradique Martins de Figueiredo. Mecanismos de consenso no direito administrativo e sua contribuição para a desjudicialização da Política Pública. **Publicações da Escola Superior da AGU**, v. 10, n. 03, 2018. p.312). No mesmo sentido: "A Administração Pública deve agir com eficiência. segundo a Emenda Constitucional 19/98. Agir com eficiência significa contemplar todas as possibilidades de obter o melhor contrato, a melhor decisão (sobretudo legítima por obter o consenso dos administrados), possibilitando. sem dúvida. que se discuta amplamente os modelos e que, ademais, tais modelos possam estar estribados em fortes elementos de convicção e nunca dependerem de escolhas discricionárias, sem limites. portanto, até arbitrárias da Administração, sem peias ou amarras. É preciso que a Administração conte com a efetiva colaboração popular, a fim de que haja administração concertada, administração participativa, consensual" (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Instrumentos da Administração Consensual. A Audiência Pública e sua finalidade. **Revista de Direito Administrativo**, v. 230, p. 237–250, 2002. p. 248).

> Fazenda Pública, os acordos de leniência, além do próprio incremento das Parcerias Público-Privadas[176].

A não-utilização de instrumentos de resolução consensual de conflitos pela Administração Pública sempre resultou de uma equivocada interpretação quanto à dimensão do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado[177], bem como a mítica necessidade de autorização legislativa para a resolução consensual

[176] CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**, 14ª ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 640.

[177] "O princípio da supremacia não pode ser considerado um óbice à celebração de acordos pela Administração Pública, pois tal princípio cumpre o papel de legitimador da autoridade estatal, sem trazer em si um critério viável de solucionamento de conflitos de interesses" (BONACORSI DE PALMA, Juliana. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p.169). Ainda: "O princípio da supremacia do interesse público, parece-nos, deve ser aprofundado de modo a adquirir a feição da prevalência dos interesses públicos e desdobrando-se em três subprincípios balizadores da função administrativa: (i) a interdição do atendimento de interesses particularísticos (v.g., aqueles desprovidos de amplitude coletiva, transindividual); (ii) a obrigatoriedade de ponderação de todos os interesses públicos enredados no caso específico; e (iii) a imprescindibilidade de explicitação das razões de atendimento de um interesse público em detrimento dos demais. Já o princípio da indisponibilidade tem que ser reformulado de modo a expressar a irrenunciabilidade à tutela dos interesses públicos difusos — o que importa dizer: no exercício da função administrativa o agente público não pode se esquivar de proteger e fazer prevalecer os interesses socialmente hipossuficiente" (MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 165).

criada por meio da falsa equivalência[178] entre acordo administrativo e uma eventual crise de legalidade[179].

Instrumentos de conciliação, mediação[180] e arbitragem[181], submetidos ao um regime de respeito ao devido processo legal[182] através de seu aperfeiçoamento por

---

[178] Diferentemente do que se possa em um primeiro momento pensar, a consensualidade não vulnera o princípio da legalidade. Pelo contrário, desde que aplicada de maneira correta, ela reforça a legalidade, modificando-se, somente, o meio racional-instrumental para isso. Passa-se de um meio racional-instrumental imperativo e repressivo para um meio consensual. A finalidade, contudo, permanece sempre igual: o atendimento do interesse público pela observância e proteção dos direitos e garantias fundamentais. Essa finalidade é sempre vinculada, pois atrelada à juridicidade da própria existência do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido: "Com efeito, o Estado Democrático de Direito pressupõe a legitimidade, fundamentada no consenso sociopolítico. É justamente para assegurar a legitimidade, ou seja, a adequação da atuação administrativa às necessidades da população, que se impõe a substituição, em muitos setores, da imperatividade pela consensualidade. (...) Esse novo modelo consensual consubstancia-se na evolução de um regime centrado no ato administrativo (unilateral) para um regime que passa a vislumbrar os acordos administrativos (bilateralidade e multilateralidade), regime este que prima pelos valores democráticos e pelo diálogo para que os cidadãos possam participar do processo de concretização das finalidades públicas" (JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo e VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. Administração Pública brasileira e os 20 anos da Constituição de 1988: momento de predomínio das sujeições constitucionais em face do direito fundamental à boa administração pública. **Fórum Administrativo** – FA, Belo Horizonte, ano 9, n. 95, p. 23-34, jan. 2009. p. 30).

[179] "Na esteira do fenômeno da consensualização do direito administrativo, o princípio da indisponibilidade é muitas vezes visto como um empecilho à adoção de instrumentos consensuais pela administração pública. Para alguns, isso demanda a impossibilidade de utilização dessas ferramentas. Para outros, isso aumenta a necessidade de afastar o princípio da indisponibilidade da posição central que ocupa no regime jurídico administrativo. Demonstrou-se, porém, que nenhuma das visões mais extremistas está com a razão. A suposta incompatibilidade entre a indisponibilidade do interesse público e a consensualização do direito administrativo decorre de uma equivocada compreensão do interesse público (ou também de um preexistente repúdio à noção de indisponibilidade) A chave para se aceitar a possibilidade de harmonização entre as noções de indisponibilidade e consensualização está em, como dito, saber que a administração, ao tutelar interesses individuais, não necessariamente está se afugentando do interesse público. Afinal, os interesses individuais protegidos pelo ordenamento jurídico também ostentam a qualidade de interesse público" (FARIA, Luzardo. O papel do princípio da indisponibilidade do interesse público na Administração Pública consensual. **Revista de Direito Administrativo**, v. 281, n. 3, p. 273–302, 2022. p. 296).

[180] Os instrumentos não são excludentes, mas se complementares. É aconselhável a adoção de cláusula escalonada de utilização preferencial de métodos adequados de resolução de conflitos, como, por exemplo, que se realiza primeiro uma mediação para, na hipótese de insucesso desta, buscar-se a arbitragem (cláusula "med/arb"): "A mediação extrajudicial, assim como a arbitragem, poderá ser institucional (ou administrada) ou avulsa (ou "ad hoc"). As partes poderão, inclusive, pactuar a obrigatoriedade de se submeter à mediação antes da heterocomposição pelo Poder Judiciário ou pela arbitragem, pactuando que, se desrespeitarem a necessidade de buscar autocomposição prévia, se depararão com a suspensão do processo judicial ou arbitral, nos termos do art. 23 da Lei 13.140/2015, salvo para deferir tutelas provisórias de urgência, de natureza cautelar ou antecipada. Esta é a cláusula escalonada" (SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de arbitragem**: mediação e conciliação, 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. E-Book).

[181] SUNDFELD, Carlos Ari e CÂMARA, Jacintho Arruda. O Cabimento da Arbitragem nos Contratos Administrativos. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Contratações Públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 252-266.

[182] "A cláusula do devido processo legal tem aplicação não apenas nos processos judiciais, mas em todo e qualquer procedimento que importe risco para a liberdade ou o patrimônio das pessoas, como é o caso dos processos administrativos e também dos mecanismos alternativos de solução de controvérsias, como a arbitragem" (BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. E-book).

processo administrativo[183], passaram a compor a vivência diária das Administrações Públicas[184], incluindo em processos estruturantes[185] e demandas envolvendo interesses coletivos *lato sensu*[186].

Apesar dos avanços, o desenvolvimento da consensualidade no Direito brasileiro possui um grave problema estrutural. Não há estruturação pública adequada para o desenvolvimento da consensualidade em grande parte dos entes públicos. Em que pese a razoável normatização de instrumentos, na maior parte dos municípios brasileiros[187] as próprias Prefeituras não possuem setores específicos e treinados para desenvolver a consensualidade na esfera administrativa.

É importante a criação de órgãos e setores que difundam métodos de resolução consensual dos conflitos envolvendo a Administração Pública. Esses órgãos devem estar inseridos no processo público de demandas e execução de serviços, de forma a possibilitar a ligação entre as pontas do trâmite administrativo decisório. Essa ligação

---

183 "Assim, causas que envolvem a Administração Pública em regra comportam autocomposição (mediante regular processo administrativo), inclusive as fiscais (processo administrativo fiscal). Nesses casos, cumpre-se o requisito geral objetivo para a celebração de negócios jurídicos processuais" (TALAMINI, Eduardo. A (In)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória). In: ZANETI JÚNIOR, Hermes e CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 275-298. p. 293)

184 "El sistema del Derecho administrativo habrá de preocuparse por darle la adecuada estructuración jurídica a la cooperación; por adaptar e integrar los resultados de la negociación en contextos o sistemas de decisión más amplios; otorgar la adecuada protección a los terceros, y por preservar la capacidad de acción del Estado frente a situaciones cambiantes" (SCHMIDT-ASSMANN, John Eberhard. **La teoria general del derecho administrativo como sistema**. Madrid: Marcial Pons, 2003. p. 40).

185 A Resolução n 790/2022 do STF criou o Centro de Soluções Alternativas de Litígios (Cesal). A Resolução trata de demandas estruturais e os litígios complexos que demandam técnicas e intervenções específicas, como flexibilidade de procedimento, consensualidade, negociações e atipicidade dos meios de provas, das medidas executivas e das formas de cooperação judiciária.
O Cesal é composto pelo Centro de Mediação e Conciliação (CMC), pelo Centro de Cooperação Judiciária – CCJ (Resolução nº 775/2022) e pelo Centro de Coordenação e Apoio às Demandas Estruturais e Litígios Complexos (Cadec).

186 "A conciliação e a mediação poderão ocorrer em quaisquer espécies de processos coletivos, inclusive nas ações de mandado de segurança coletivo, ações populares, ações civis públicas e ações de improbidade administrativa. Não há ofensa há obrigatoriedade e ao princípio da supremacia do interesse público. O acordo neste tipo de litígio visa preservar o interesse público que pode ser dimensionado de forma dinâmica, conforme o bem jurídico a ser preservado e a finalidade deste para a tutela dos direitos e sujeição aos deveres fundamentais envolvidos" (ZANETI JÚNIOR, Hermes e DIDIER JÚNIOR, Fredie. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em Direitos Coletivos. In: ZANETI JÚNIOR, Hermes e CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 35-66. p. 63).

187 Segundos dados do Censo 2022 do IBGE, dos 5.570 municípios brasileiros, 4.888 possuem menos de 50.000 habitantes, circunstância que reflete a precarização da estrutura pública das Prefeituras municipais, inclusive quanto aos recursos humanos. Disponível em: https://www.ibge.gov.br. Acesso em: 07 out 2023.

entre a pontas, envolve desde a reclamação do administrado diante do atendente primário de sua demanda até o gestor ou órgão decisor final.

Não adianta promover a ideia de consensualidade administrativa se ela ficará restrita a grandes empresas ou pessoas com recursos financeiros para desenvolvê-la. É preciso mecanismo que permitam a universalização da conduta consensual a todos os administrados em diferentes níveis da estrutura administrativa, com respeito, é claro, à relevância e à complexidade de cada situação concreta. Por isso, a criação de órgãos específicos representa um *enforcement* à consensualidade administrativa, na medida que afigura como instrumento de desconstrução comportamental no âmbito impositivo-vertical, desnaturalizando padrões que não mais são úteis ao modelo proposto pela normatização atual do Direito Administrativo brasileiro.

A existência desses órgãos permite, também, que haja uma visão externa/exógena das condutas administrativas internas das repartições públicas, que são replicadas temporalmente sem qualquer traço de racionalidade para incremento da eficiência. Essa situação é perceptível na típica frase: “é assim porque sempre foi assim”, como se não houvesse evolução ou modificações pelo tempo ou pela legislação.

A não contaminação por tais comportamentos por órgãos específicos permite uma visão diferente, capaz de modificar procedimentos e entendimentos, apta a embasar a tentativa de um darwinismo comportamental direcionado à abertura para a resolução consensual.

Não há muitos programas ou protocolos na Administração Pública para difusão de uma cultura de transversalidade comunicativa. Comumente não há comunicação concertada entre os órgãos envolvidos a ponto de se chegar a um consenso entre os elementos componentes de um possível acordo administrativo, especialmente quando envolve assuntos complexos que abarquem a competência de vários órgãos[188].

Muitas vezes esse problema gera até a necessidade de consensualidade *interna corporis*, já que diversos setores e órgãos conflitam com a delimitação de suas atribuições, ora por meio de sobreposição, ora por meio de omissão institucional. Bem

[188] Isso inclusive foi um dos motivos que fundamentaram a opção legislativa pela decisão coordenada (Lei nº 14.210/2021). Para maior aprofundamento, ver: DIDIER JÚNIOR, Fredie e FRERNANDEZ, Leandro. Contribuições da decisão administrativa coordenada para o sistema brasileiro de justiça multiportas. In: SANTOS DE MENDONÇA, José Vicente e CABRAL, Antonio do Passo (coord.) **Decisão Administrativa Coordenada**: reflexões sobre o art. 49-A e seguintes da Lei n. 9.784/1999. Salvador: Editora JusPodivm, 2022. p. 155-186).

por isso a importância da criação de órgãos de mediação interna como a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF (Ato Regimental AGU n° 05, de 27 de setembro de 2007 e art. 36 da Lei nº 13.140/2015) e o aperfeiçoamento e profusão da decisão coordenada (Lei nº 14.210/2021).

Não há, ainda, um intenso enraizamento cultural nas repartições públicas pela opção da decisão consensual ou atuação por horizontalidade, vigorando a cultura da imposição do ato. Muitas vezes por medo de responsabilização pela adoção de uma solução consensual, que pode ser entendida por órgãos de controle como indício de ato de corrupção ou beneficiamento de determinado particular ou setor. Muitas vezes não há cultura da oitiva do administrado como participante ativo do processo administrativo e tomada de decisão administrativa.

A própria dificuldade dos órgãos, após Constituição Federal de 1988, em observar o contraditório e ampla defesa no âmbito do processo administrativo evidenciam a dificuldade de reconhecimento da participação do administrado na produção da decisão administrativa.

Em que pese ainda distantes da realidade da maioria das repartições públicas brasileiras[189] - em especial da maioria dos municípios[190] -, é inegável que o paradigma do poder extroverso, impositivo e unilateral – ainda necessário em certas situações[191]

[189] "O sucesso de políticas e programas que visem a modificar a postura administrativa, em prol do manejo sistemático da transação extrajudicial pela Administração Pública, deve basear-se na combinação ótima entre a mobilização da opinião pública favorável ao tema, a demonstração eficiente de resultados positivos e a coordenação nacional de incentivos à adoção, pelos diversos entes, da transação extrajudicial, despertando, assim, a adesão dos agentes públicos ao espírito da consensualidade" (GREGO-SANTOS, Bruno. **Transação extrajudicial na administração pública**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 281).

[190] "O ordenamento jurídico e a própria cultura brasileira ainda não se amoldaram completamente a essa realidade. Um amadurecimento, seja com a modificação das estruturas jurídicas legais, seja com o estabelecimento de doutrinas e teorias de base, faz-se necessário para que a atuação concertada deixe de ser uma figura excepcional e passe a tornar-se uma opção concreta para a resolução de conflitos administrativos. O Estado brasileiro, como um dos maiores integrantes quantitativamente de litígios judiciais e extrajudiciais, deve buscar reduzi-los e solucioná-los com eficiência e eficácia, ao invés de adotar posturas criadoras de maiores disputas jurídicas. Nesse cenário, a consensualidade pode ser vista como um dos instrumentos para atingir tal escopo". (NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. Contrapesos de uma Administração Pública consensual: legalidade versus eficiência. **Interesse Público** – IP, Belo Horizonte, ano 19, n. 103, p. 49-77, maio/jun. 2017. p. 72/73)

[191] "Necessário reforçar, contudo, que a desconstrução realizada sobre o ato administrativo não tem o condão de extirpá-lo do ordenamento jurídico ou exigir que Administração apenas atue de modo consensual. Afinal, não se questiona a prerrogativa administrativa de atuar unilateralmente, mas espera-se que esta se dê em respeito às diretrizes fundamentais que protegem o Estado de Democrático de Direito" (SIMÕES, André Pinho. A desconstrução do ato administrativo unilateral. **Fórum Administrativo** – FA, Belo Horizonte, ano 20, n. 232, p. 9-21, jun. 2020. p. 21).

-, encontra-se em parte defasado frente ao crescimento do modelo consensual[192] de caráter negocial, bilateral e dialógico[193], que, como já enunciava Diogo de Figueiredo Moreira Neto há muitos anos, apresenta diversas vantagens:

> Ocorre, portanto, em todas as atividades de expressão social, uma revalorização da consensualidade, como uma frutífera alternativa neste final de século ao exercício absoluto e universal da coação estatal. As novas soluções consensuais que vão surgindo na crista dessa nova onda de socialização têm apresentado inúmeras vantagens sobre os tradicionais provimentos exclusivamente imperativos. Com efeito, elas: 1. contribuem para aprimorar a governabilidade dos Estados contemporâneos, aliviando a pletora de tarefas que lhe são impostas, representando uma vantagem no campo da eficiência; 2. propiciam novos mecanismos de prevenção e de controle contra o abuso do poder estatal, o que vem a ser uma conquista no campo da sustentação da legalidade; 3. garantem mais ampla e detida atenção a todos os interesses envolvidos, o que assegura um avanço no campo da justiça; 4. possibilitam decisões mais aceitáveis e facilmente obedecidas, o que se apresenta como um aperfeiçoamento no campo da legitimidade; e 5. estimulam a participação responsável dos indivíduos, o que se pode considerar como um desejável progresso no campo do civismo[194].

Dessa forma, como benefícios claros da opção pela consensualidade está a aceitação e legitimação das decisões administrativas, vez que através do diálogo participativo há uma tendência maior da decisão ser aceita pelos interessados; a redução da judicialização pela redução da litigiosidade que é fundada na postura adversarial; ganhos quanto à segurança jurídica pela previsibilidade e estabilidade

---

[192] "Na mesma direção em que venho expondo as ideias, deslocando-nos até a epistemologia, poderíamos situar a mediação como uma condição de validade na produção dos sentidos do Direito. A validade dependendo do encontro com o outro. A mediação como fundamento na metapsicologia. Estou propondo o deslocamento do termo 'mediação' para o lugar dos significantes epistemológicos. O significante 'mediação' como fundamento do saber do Direito: a condição para uma nova organização do saber jurídico, agora apoiado no postulado da mediação do conflito como condição de sentido" (WARAT, Luis Alberto. Ecologia, psicanálise e mediação. Tradução: Julieta Rodrigues. In: WARAT, Luis Alberto (Org.). **Em nome do acordo**: a mediação no Direito. Florianópolis: Emodara, 2018. p 17-62. p.49).

[193] ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de consenso no direito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 325-336.

[194] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, v. 209, p. 81–90, 1997. p.82.

decisória e benefícios com a efetividade dos atos e rapidez[195], economizando-se em tempo, custos financeiros e humanos e impulsionando a eficiência pelo direcionamento para demandas públicas mais complexas[196]:

> A temática dos Acordos Administrativos representa algumas das características mais fortes do direito administrativo contemporâneo: o seu caráter pragmático, dinâmico, funcionalizado e voltado a encontrar soluções para que a gestão pública seja mais eficaz e resolutiva, assim como possa atuar sempre na prevenção de conflitos administrativos. Pretendemos avançar para um direito administrativo mais dialógico, negociado e paritário, e os acordos administrativos exercem um papel relevantíssimo nessa trajetória evolutiva. Com efeito, são os acordos administrativos autênticos instrumentos de ação pública e categoria jurídica autônoma do direito administrativo brasileiro. Assim devem ser concebidos, compreendidos e propagados pela dogmática contemporânea, que deve buscar sua teorização e regime jurídico-normativo a partir de bases e referências precisas e adequadas, revelando-se imprescindível enfrentar e desenvolver a figura do acordo administrativo em um quadrante dogmático que lhe seja próprio – e não mais tomado emprestado do contrato administrativo – como uma categoria jurídica autônoma do direito administrativo brasileiro, a ele conferindo autônomo[197].

É preciso destacar que a consensualidade só terá cabimento quando imbuída de probidade (acordos promotores de probidade e moralidade[198]), impessoalidade, legalidade e publicidade. Se a presença desses princípios constitucionais regentes da

---

[195] "A consensualidade, ao invés de traduzir incompatibilidade com o interesse público, vai, na verdade, ao encontro do seu intento, concretizando-o em sua integralidade. Isso porque a resolução através de meios consensuais, quando analisada como vantajosa diante do custo-benefício, permite externalidades extremamente positivas, como: atendimento às exigências de legitimidade da decisão administrativa; pretensa desburocratização dos procedimentos decisórios; sua efetividade, diante de resultados qualificados, especialmente em face da aceitação dos agentes envolvidos; além de ajudar no enfrentamento vivenciado pela crise do judiciário brasileiro". (NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. Contrapesos de uma Administração Pública consensual: legalidade versus eficiência. **Interesse Público** – IP, Belo Horizonte, ano 19, n. 103, p. 49-77, maio/jun. 2017. p. 60)

[196] BONACORSI DE PALMA, Juliana. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p.120/123.

[197] JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo. Os acordos administrativos na dogmática brasileira contemporânea. In: MOREIRA, António Júdice [et al.] (Coord.). **Mediação e arbitragem na administração pública**: Brasil e Portugal. São Paulo: Almedina, 2020. p. 103-113. p. 112.

[198] FREITAS, Juarez. Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflito. **Revista de Direito Administrativo**, v. 276, p. 25–46, 2017. p. 28. No mesmo sentido: VALLE, Vanice Regina Lírio do. Transigibilidade na Administração Pública: uma faceta da consensualidade no direito administrativo do século XXI. **Fórum Administrativo** – FA, Belo Horizonte, ano 11, n. 123, p. 9-18, maio 2011.

Administração Pública, não será lícita a utilização da consensualidade como manto ou escudo de ilegalidades ou solipsismos[199].

A arbitragem no âmbito da Administração Pública, por exemplo, passa por uma crescente expansão[200], especialmente por implicar em exceção à jurisdição una de competência do Poder Judiciário[201], vez que permite aos envolvidos, por manifestação de vontade e comum acordo, excluir da apreciação do Poder Judiciário - através da cláusula compromissória seriamente adotada[202] - matérias de direitos disponíveis que ficarão sujeitas ao tribunal arbitral eleito[203].

---

[199] "A legalidade não está à disposição dos Tribunais. Não existe opção constitucionalmente válida que permita o Judiciário, sponte sua, optar em aplicar ou não a lei, ao argumento de que assim o faz para preservar o interesse público. (...) Existe déficit qualitativo na fundamentação dos pronunciamentos judiciais, porque, de certa forma, os juízes, em diversas hipóteses, admitem o afastamento da legalidade com fundamento em convicções pessoais' (ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 433/434). Nesse sentido ainda: "Forma-se, desse modo, um círculo vicioso no interior da dogmática jurídica: primeiro, em face do predomínio do positivismo, admite-se interpretações discricionárias e arbitrárias (afinal, como é sustentado por juristas dos mais variados matizes, não há como impedir a "criatividade" dos aplicadores, como se estivéssemos condenados ao solipsismo) (...)" (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. E-book).

[200] GARCÍA PÉREZ, Marta. Presente y futuro del arbitraje de derecho administrativo en España. **Revista Brasileira de Infraestrutura** – RBINF. Belo Horizonte, v. 2, n. 4, p. 13-44, jul./dez. 2013.

[201] "Há muito que os processualistas italianos já visualizavam e afirmavam o respeito e o incentivo pela equivalência das jurisdições. Não é mais possível manter a ideia de que existe diferença na função desempenhada pelo juiz e pelo árbitro. A Lei 9.307/96 no art. 18, é cogente e categórica ao afirmar que o árbitro, na condução do processo arbitral, é juiz de fato e de direito; não havendo, portanto, o que distinguir entre o trabalho do juiz investido nas funções jurisdicionais e o do árbitro. A colaboração mútua entre Poder Judiciário e câmara de arbitragem é a única forma de fazer vingar a Lei n. 9.307/96. É preciso que os juízes se libertem dos princípios formalistas e do exacerbado tecnicismo quando se defrontarem com uma solicitação do árbitro, sob pena de transportar para o âmbito da arbitragem os vícios e as causas que emperram a Justiça Tradicional" (ANDRIGHI, Fátima Nancy. O Poder Judiciário Face à Arbitragem: o Ponto de Vista do Juiz. Palestra, **Congresso Internacional do Comitê Brasileiro de Arbitragem**, Curitiba, 15 de setembro 2004).

[202] "Com efeito, não se admite mais uma Administração Pública unilateral, autoritária, impositiva, mas agentes públicos que agem como facilitadores, negociadores ou diplomatas. Tampouco se admite uma Administração errática, leviana e não planejada. (...). Repise-se que a Administração não pode adotar providências inconsistentes, incoerentes e não planejadas. A escolha pela via arbitral e a redação da convenção de arbitragem dependem de um planejamento estratégico específico e de uma decisão amadurecida" (JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo e ESTEFAM, Felipe Faiwichow. **Curso prático de arbitragem e administração pública**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 87/89). Ver, ainda: Enunciado nº 02 da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CJF) em 2016: "Ainda que não haja cláusula compromissória, a Administração Pública poderá celebrar compromisso arbitral".

[203] JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo e ESTEFAM, Felipe Faiwichow. Regulamentos de arbitragem na administração pública: estudo de caso da minuta de Decreto apresentada pela PGE-SP (2018). **Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution***,* Belo Horizonte: Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 55-76, jan./jun. 2019.

A inserção de cláusula prevendo um comitê de resolução de disputas (*dispute board*) em contratos administrativos também vem crescendo de forma relevante[204]. O "*dispute board*" consiste em um comitê formado por profissionais técnicos indicados pelos interessados e especializados para lidar com problemas e divergências que surjam durante a execução do contrato em alternativa aos procedimentos litigiosos[205], em especial nos contratos de infraestrutura[206] e de construção civil[207].

[204] GARCIA, Flávio Amaral. Dispute Boards e os contratos de concessão. In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann; GARCIA, Flávio Amaral; CRUZ, Elisa Schmidlin. **Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution**: arbitragem, dispute board, mediação e negociação. Com comentários à legislação do Rio de Janeiro, São Paulo, Rio Grande do Sul e União sobre arbitragem e mediação em contratos administrativos e desapropriações, 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 161-174. p. 172/173.

[205] MIRANDA, Isabella Carolina e RIBEIRO, Ana Paula Brandão. Os dispute boards no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Mackenzie**, v. 9, p. 129-159, 2015. P. 156.

[206] "Mais recentemente, outro mecanismo de resolução de conflitos que vem ganhando tração nos contratos de infraestrutura pública é o comitê de resolução de disputas ou dispute boards. A regulamentação dos dispute boards nos contratos administrativos paulatinamente aparece nas esferas da federação, a exemplo do município de São Paulo, que prevê o mecanismo na Lei municipal nº 16.873/2018 e o regulamenta no Decreto municipal nº 60.067/2021. Na esfera nacional, a Nova Lei de Licitações e Contratos (Lei Federal nº 14.133/2021) enuncia os dispute boards como meio alternativo de prevenção e resolução de controvérsias a ser utilizado nas contratações públicas, ao fazer referência a "comitês de resolução de disputas". Na Câmara dos Deputados tramita o PL 9.883/2018, apensado ao PL 2421/2021, que busca detalhar dispositivos sobre o uso dos Comitês de Resolução de Disputas (dispute boards) em contratos administrativos. No mais, setorialmente, a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) tem buscado diálogos para o desenvolvimento de regulamentação acerca do Comitê de Resolução de Conflitos (dispute board) no âmbito das concessões de rodovias e ferrovias" (JOHONSOM DI SALVO, Sílvia Helena. O novo PAC e o apelo por aprimoramento estratégico de resolução de disputas. **Consultor Jurídico**, 1º outubro de 2023. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2023-out-01/publico-pragmatico-pac-aprimoramento-estrategico-resolucao-disputas. Acesso em: 02 out. 2023).

[207] Enunciado nº 80 da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CJF) em 2016: "A utilização dos Comitês de Resolução de Disputas (Dispute Boards), com a inserção da respectiva cláusula contratual, é recomendável para os contratos de construção ou de obras de infraestrutura, como mecanismo voltado para a prevenção de litígios e redução dos custos correlatos, permitindo a imediata resolução de conflitos surgidos no curso da execução dos contratos".

Os arts. 151 a 154 da Lei nº 14.133/2021 disciplinam os meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias nas contratações públicas[208], incluindo a figura do comitê de resolução de disputas (*dispute boards*[209]).

Tramita na Câmara Federal o Projeto de Lei n.º 9.883/2018 (apensado ao Projeto de Lei nº 2421/2021), que dispõe sobre o uso dos Comitês de Resolução de Disputas (*dispute boards*) nos contratos administrativos celebrados pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios.

O at. 26 da LINDB, introduzido pela Lei nº 13.655/2018, na condição de cláusula geral de consensualização[210], configura a demonstração desse cenário de expansão de métodos consensuais (autocomposição e heterocomposição), existindo

---

[208] Enunciado nº 91 da II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CJF) em 2021: "Eventual proposição de ação civil pública sobre o contrato administrativo não é, por si só, impeditivo para que as partes signatárias ingressem ou continuem com a arbitragem para discussão de direitos patrimoniais disponíveis, definidos na forma do parágrafo único do art. 151 da Lei n. 14.133/2021"; Enunciado nº 137 da II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CJF) em 2021: "Na utilização do comitê de resolução de disputas (Dispute Board) como meio alternativo de prevenção e resolução de controvérsias relativas aos contratos administrativos (art. 151 da Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021), deverá ser utilizada, preferencialmente, a modalidade combinada, na qual o comitê pode emitir recomendações e decisões" e Enunciado nº 10 da I Jornada de Direito Administrativo do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CJF) em 2020: "Em contratos administrativos decorrentes de licitações regidas pela Lei n. 8.666/1993, é facultado à Administração Pública propor aditivo para alterar a cláusula de resolução de conflitos entre as partes, incluindo métodos alternativos ao Poder Judiciário como Mediação, Arbitragem e Dispute Board".

[209] Enunciado nº 49 da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CJF) em 2016: "Os Comitês de Resolução de Disputas (Dispute Boards) são método de solução consensual de conflito, na forma prevista no § 3° do art. 3º do Código de Processo Civil Brasileiro" e Enunciado nº 76 da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CJF) em 2016: "As decisões proferidas por um Comitê de Resolução de Disputas (Dispute Board), quando os contratantes tiverem acordado pela sua adoção obrigatória, vinculam as partes ao seu cumprimento até que o Poder Judiciário ou o juízo arbitral competente emitam nova decisão ou a confirmem, caso venham a ser provocados pela parte inconformada".

[210] "A admissão de instrumentos consensuais, no Direito Administrativo, constitui a demonstração clara de mudança de paradigmas nessa seara da Ciência do Direito: a passagem da imperatividade absoluta, do regramento estatal, para uma ambiência de cooperação entre o público e o privado". (...) O art. 26 da LINDB, acrescentado pela Lei nº 13.655/2018, autoriza a celebração de compromisso com os interessados, para eliminar incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, com vistas à busca de solução jurídica, proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais. Tal autorização se coaduna perfeitamente com a administração gerencial, implantada pela EC nº 19/98, a chamada emenda da reforma administrativa". (FERRAZ, Sérgio. **Tratado de Direito Administrativo Brasileiro, parte geral, volume 01**. Belo Horizonte: Editora Forum, 2022. p. 210/213).

posicionamento doutrinário, inclusive, que sustenta a existência do princípio da consensualidade e da participação[211].

A cada dia se vê o avança da justiça multiportas[212], que privilegia a não judicialização dos conflitos, mas a solução por métodos que privilegiam uma relação dialógica, negocial, bilateral e horizontal[213].

Nesse aspecto, a atuação da Advocacia Pública é essencial na mediação desse diálogo entre administrados e Administração[214], inclusive pelo fomento interno de métodos e protocolos negociais dinâmicos (processuais e materiais) que visem transformações nas realidades internas dos órgãos públicos. A Advocacia Pública tem pontual relevância nesse cenário de mudança da práxis administrativa autoritária e unilateral justamente por sua atribuição de assessoramento e consultoria do órgão público, lembrando que é corriqueiro que a decisão administrativa seja um retrato de um parecer jurídico, que é utilizado, integralmente, como fundamento de decidir. (art. 50, § 1º da Lei nº 9.784/1999 e art. 2º, § 3º do Decreto nº 9.830/2019).

O papel das demais instituições também se mostra essencial para uma consolidação dos meios de resolução consensual com a Administração Pública, até porque o consenso pressupõe multiplicidade de partes em um diálogo resolutivo e bilateral. Ministério Público, Defensoria Pública, Tribunais de Contas, Advocacia

---

211 "O Direito Administrativo, que outrora se satisfazia com o princípio da legalidade, hoje reclama ainda o respeito à legitimidade. É a necessidade de conferir maior legitimidade à atuação do Poder Público, no contexto de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, que leva ao surgimento de novos mecanismos de participação popular na elaboração de normas e na tomada de decisões administrativas (ex.: consultas e audiências públicas), assim como o incremento de meios consensuais de atuação administrativa" (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**, 9ª, ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021.E-book).

212 "Hoje em dia há um sistema multiportas, isto é, há mais de uma modalidade para a solução do conflito envolvendo a Administração. Isso porque o ordenamento jurídico coloca à disposição da Administração várias formas de solução de suas controvérsias, muitas vezes, de forma sucessiva. A escolha da 'porta' ou 'portas' para resolver a controvérsia deve ser aquela que se mostre mais adequada ao caso concreto" (JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo e ESTEFAM, Felipe Faiwichow**. Curso prático de arbitragem e administração pública**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 65).

213 "Em prol deste sistema de justiça multiportas, é seguro concluir que atualmente o contexto institucional – sobretudo, mas não somente, as controvérsias oriundas de contratos de concessão – é favorável à adoção de Meios Extrajudiciais de Solução de Conflitos (MESCs), quer por meio da mediação, quer por meio da arbitragem, ou ainda por negociação entre as partes e até mesmo pela instituição de um Dispute Board" (JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo. Os acordos administrativos na dogmática brasileira contemporânea. In: MOREIRA, António Júdice [et al.] (Coord.). **Mediação e arbitragem na administração pública**: Brasil e Portugal. São Paulo: Almedina, 2020. p. 103-113. p. 107).

214 Vide art. 10 da Lei nº 14.133/2021 e art. 32 da Lei nº 13.140/2015. A Advocacia Geral da União (AGU) administra a Câmara de Mediação e de Conciliação da Administração Pública Federal e possui um Núcleo Especializado em Arbitragem - NEA (Portaria Normativa AGU nº 75 de 23 de dezembro de 2022).

Pública[215], Advocacia privada e sociedade (como universidades[216], associações civis, fundações privadas, conselhos gestores, conselhos profissionais, sindicatos, etc), deverão agir de forma integrada para alcance desse desiderato, criando mecanismos (como câmaras de mediação e conciliação[217]) e estímulos para o desenvolvimento de uma cultura institucional-cívica preferencialmente pelo consenso e não adversarial[218].

1.3.1 A configuração jurídico-normativa da consensualidade na Administração Pública através da legislação e regulamentos

A consensualidade envolvendo a Administração Pública não é uma novidade introduzida pela Lei nº 13.655/2018. Ela é uma construção dogmática temporal, que ganhou corpo ao longo dos anos em razão de diplomas legais específicos, práticas administrativas e decisões judiciais. Sem pretensão exaustiva, dentro do escopo da presente tese, serão destacadas leis e regulamentos que de alguma forma privilegiaram uma resolução não adversarial.

A Constituição do Império de 1824[219] previa em seu art. 160 que na esfera cível e penal as partes poderiam nomear Juízes Árbitros, podendo as sentenças, por

---

[215] Enunciado nº 170 da II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CJF) em 2021: "Os entes públicos que ainda não tiverem instalado câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, previstas no art. 32 da Lei n. 13.140/2015, poderão celebrar convênios, por suas respectivas Procuradorias, com entes públicos que já disponham de tais câmaras, para que a resolução de conflitos ou a celebração de termos de ajustamento de conduta se concretize no âmbito das estruturas existentes".

[216] Enunciado nº 15 da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CJF) em 2016: "Recomenda-se aos órgãos do sistema de Justiça firmar acordos de cooperação técnica entre si e com Universidades, para incentivo às práticas dos métodos consensuais de solução de conflitos, bem assim com empresas geradoras de grande volume de demandas, para incentivo à prevenção e à solução extrajudicial de litígios" e Enunciado nº 229 da II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CJF) em 2021: "Recomenda-se a disseminação de práticas de solução de conflitos e novas tecnologias de diálogos em contextos universitários".

[217] Enunciado nº 40 da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CJF) em 2016: "Nas mediações de conflitos coletivos envolvendo políticas públicas, judicializados ou não, deverá ser permitida a participação de todos os potencialmente interessados, dentre eles: (i) entes públicos (Poder Executivo ou Legislativo) com competências relativas à matéria envolvida no conflito; (ii) entes privados e grupos sociais diretamente afetados; (iii) Ministério Público; (iv) Defensoria Pública, quando houver interesse de vulneráveis; e (v) entidades do terceiro setor representativas que atuem na matéria afeta ao conflito".

[218] É necessária uma viragem cultural em prol da prevenção de conflitos (NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **As normas de Direito Público na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro**: paradigmas para interpretação e aplicação do Direito Administrativo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019. p.152/153).

[219] A divisão entre os Poderes Políticos abarcava o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial (art. 10). O Poder Moderador era o próprio Imperador, que centralizava o poder de forma absolutista (arts. 98 a 101).

convenção entre as partes, serem executadas imediatamente, sem direito recursal[220]. Os arts. 161 e 162 reforçavam a tentativa de conciliação prévia ao processo judicial na figura do Juiz de Paz.

Já no século XX, o Decreto-Lei nº 366 de 11 de abril de 1938, incorporou ao antigo Código de Minas[221] (Decreto nº 24.642 de 10 de julho de 1934), inovadoras alterações no caminho da consensualidade e da mediação.

Em seu art. 105, § 1º, prescrevia que o máximo de produção de cada poço de petróleo seria determinado, em cada caso particular, pelo Governo, com audiência do órgão técnico.

Na hipótese de desacordo entre o Poder Público e o concessionário sobre o máximo de produção de cada poço de petróleo, a divergência seria resolvida por uma comissão de 03 (três) peritos, dos quais, um nomeado pelo Poder Público, outro pelo concessionário, e o terceiro de comum acordo entre as duas partes, sendo que a decisão do laudo pericial seria fixada por ato do Ministro da Agricultura (art. 105, § 2º), vigorando, enquanto não concretizada a mediação, a determinação do Poder Público (art. 105, § 3º).

---

[220] Como a História é aquilo que um dia já fomos e que não há aprendizagem para evoluir distante da dor do constrangimento e do peso da vergonha, cabe apontar que esse gérmen de consensualidade não se aplicava para a maioria da população brasileira, podendo-se destacar que o art. 1º da Lei nº 04 de 10 de junho de 1835 previa a punição com a pena de morte dos escravos ou escravas, que matarem por qualquer maneira que seja, propinarem veneno, ferirem gravemente ou fizerem outra qualquer grave ofensa psíquica a seu senhor, a sua mulher, a descendentes ou ascendentes, que em sua companhia morarem, a administrador, feitor e às suas mulheres que com eles viverem, existindo "dosimetria da pena" ("*Se o ferimento, ou offensa physica forem leves, a pena será de açoutes a proporção das circumstancias mais ou menos agravantes*" – redação da época), votação "qualificada" para aplicação da pena de morte e irrecorribilidade da decisão condenatória ("*Art. 4º Em taes delictos a imposição da pena de morte será vencida por dous terços do numero de votos; e para as outras pela maioria; e a sentença, se fôr condemnatoria, se executará sem recurso algum"* – redação da época). Essa Lei, juntamente com o art. 60 do Código Criminal de 1830 ("*Art. 60. Se o réo fôr escravo, e incorrer em pena, que não seja a capital, ou de galés, será condemnado na de açoutes, e depois de os soffrer, será entregue a seu senhor, que se obrigará a trazel-o com um ferro, pelo tempo, e maneira que o Juiz designar. O numero de açoutes será fixado na sentença; e o escravo não poderá levar por dia mais de cincoenta*" – redação da época) foi modificada pela Lei nº 3.310 de 15 de outubro de 1886, revogou o art. 60 do Código Criminal e a Lei nº 4 de 10 de Junho de 1835 somente na parte em que impõe a pena de açoutes, impondo ao réu escravo as mesmas penas previstas no Código Criminal, exceto " *essas penas de degredo, de desterro ou de multa, as quaes serão substituidas pela de prisão; sendo "quando forem essas penas de degredo, de desterro ou de multa, as quaes serão substituidas pela de prisão; sendo nos casos das duas primeiras por prisão simples pelo mesmo tempo para ellas fixado, e no de multa, si não fôr ella satisfeita pelos respectivos senhores, por prisão simples ou com trabalho, conforme se acha estabelecido nos arts. 431, 432, 433 e 434 do Regulamento n. 120 de 31 de Janeiro de 1842*" (redação gramatical da época).

[221] Atual Decreto-Lei nº 1.985, de 29 de março de 1940 (Código de Mineração), modificado posteriormente por, dentre outras leis, pelo Decreto-Lei nº 227, de 1967, Lei nº 6.403, de 15 de dezembro de 1976 e Lei nº 9.314, de 14 de novembro de 1996.

O Decreto-Lei nº 9.599/1946 apresentou medidas consensuais para recuperação e fomento de economia local de suinocultura durante uma crise sanitária que atingiu os rebanhos. O Decreto-Lei suspendeu pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, o vencimento de quaisquer obrigações civis, comerciais ou fiscais, pagáveis em dinheiro ou em mercadorias a que estariam sujeitos os suinocultores, cujos rebanhos hajam sido destruídos ou reduzidos substancialmente em virtude de epizootias. Em seu art. 6º, previa que o Banco do Brasil poderia conceder empréstimos aos suinocultores que se propuserem a prosseguir em sua atual atividade, possibilitando o parágrafo único do art. 7º, para os casos de operações solicitadas que não se enquadrassem nos regulamentos e normas, que o Banco do Brasil pudesse encaminhar as propostas, com seu parecer, ao Ministro da Fazenda, para estudo de modalidade e condições em que seja possível autorizá-las.

O Decreto-Lei nº 9.753/1946 autorizou a celebração de um acordo entre a Prefeitura do Distrito Federal e o Jockey Club Brasileiro que envolveu a cessão ao particular de um terreno público onde se encontrava instalado o Hospital Geral Miguel Couto mediante o compromisso do Jockey Club em construir um novo hospital às suas expensas e sob orientação técnica da Secretaria Geral de Saúde e Assistência, em área superior ao triplo da área pública, desapropriada pelo Decreto nº 8.603/1946.

Outro acordo foi autorizado pelo Decreto-Lei nº 7.970/1945, que envolveu a União e o Município de Pelotas-RS. O acordo autorizado previa a incorporação ao patrimônio da União da Escola de Agronomia Eliseu Maciel, pertencente ao Município de Pelotas, cabendo à União assumir a responsabilidade da manutenção e do provimento de seu pessoal efetivo.

Com um grau menor de consensualidade, mas inovador à época quanto ao regime jurídico imposto a limitações administrativas, arts. 6º e 7º do Decreto-Lei nº 25/1937 preveem a possibilidade de tombamento voluntário de bem por vontade do próprio proprietário, que poderá requerer a tombamento ou anuir com o tombamento promovido de ofício pelo órgão público.

Importante diploma legal ainda vigente, o Decreto-Lei nº 3.365/1941, que regulamenta as desapropriações por parte do Poder Público, prevê desde sua origem a possibilidade de efetivação da expropriação por acordo com o proprietário (art.

10[222]). Por meio da Lei nº 13.867/2019 foram acrescentados os arts. 10-A e 10-B, com previsão de que antes do ajuizamento da ação de desapropriação pelo expropriante é obrigatória a prévia notificação do proprietário para tentativa de acordo extrajudicial[223].

O art. 11, § 5º da Lei nº 6.385/1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários, autoriza a Comissão de Valores Mobiliários, após análise de conveniência e oportunidade, com vistas a atender ao interesse público, a deixar de instaurar ou suspender, em qualquer fase que preceda a tomada da decisão de primeira instância, o procedimento administrativo destinado à apuração de infração prevista nas normas legais e regulamentares cujo cumprimento lhe caiba fiscalizar, se o investigado assinar termo de compromisso no qual se obrigue a cessar a prática de atividades ou atos considerados ilícitos e corrija as irregularidades apontadas, inclusive indenizando os prejuízos.

O art. 5º, § 6º da Lei nº 7.347/1985 introduziu um dos mais importantes instrumentos de resolução consensual de conflitos, o termo de ajustamento de conduta (TAC), que possui força de título executivo extrajudicial[224]. Inserido no âmbito de abrangência de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, tutelados através da ação civil pública[225], o TAC se consolidou durantes os anos como relevante instrumento de proteção do meio-ambiente[226], direito do consumidor e proteção de bens histórico-culturais.

Posteriormente foi publicada a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei nº 9.099/1995), que se orientava pela conciliação e transação, inclusive na esfera

---

[222] O art. 10 do Decreto-Lei nº 3.365/1941 foi suspenso somente no Distrito Federal por dois anos através do Decreto-Lei nº 9.282 de 23 de maio de 1946. Dentre as considerações, um dos fundamentos (dentre outros) foi evitar que decretos de utilidade pública já expedidos caducassem e consequentemente isso afetasse no prazo de conclusão de obras públicas.

[223] Enunciado nº 114 da II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CJF) em 2021: “O art. 10-A, § 2º, do Decreto-Lei n. 3.365/1941, com redação dada pela Lei n. 13.867/2019, permite o registro de acordo de desapropriação amigável sem necessidade de escritura pública, ainda que de valor superior a 30 salários mínimos”.

[224] A Resolução nº 179/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), regulamenta o § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a tomada do compromisso de ajustamento de conduta.

[225] NERY, Ana Luiza de Andrade. **Compromisso de ajustamento de conduta**: teoria e análise de casos práticos, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 29/43.

[226] AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. **Compromisso de ajustamento de conduta ambiental**, 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 117/119.

penal. Essa lei foi complementada pela Lei nº 10.259/2001 (Juizado Especial Federal) e pela Lei nº 12.153/2009 (Juizado Especial das Fazendas Públicas).

A Lei nº 9.307/1996 regulamentou a arbitragem no Direito brasileiro para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis[227]. O art. 11, inciso III da Lei nº 11.079/2004, que instituiu normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada, estabeleceu o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato de PPP[228]. Posteriormente a Lei nº 13.129/2015[229] alterou a Lei nº 9.307/1996 para prever expressamente que a Administração Pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis[230] (art. 1º, § 1º).

A Lei nº 9.469/1997 estimulava no âmbito da União a resolução consensual através da realização de acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios, inclusive os judiciais.

---

[227] "Na medida em que é permitido à Administração Pública, em seus diversos órgãos e organizações, pactuar relações com terceiros, especialmente mediante a estipulação de cláusulas financeiras, a solução amigável é fórmula substitutiva do dever primário de cumprimento da obrigação assumida. Assim como é lícita, nos termos do contrato, a execução espontânea da obrigação, a negociação - e, por via de consequência, a convenção da arbitragem será meio adequado de tornar efetivo o cumprimento obrigacional quando compatível com a disponibilidade de bens" (TACITO, Caio. Arbitragem nos litígios administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, v. 242, p. 139–144, 2005. p.142). Ver, ainda: Enunciado nº 107 da II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CJF) em 2021: "A definição de direito patrimonial disponível, consoante o art. 1º, § 1º, da Lei n. 9.307/1996, para fins de submissão de questões que envolvam a Administração Pública ao procedimento arbitral, deve observar o critério de negociabilidade da matéria objeto de discussão".

[228] JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo Henrique. A arbitragem e as parcerias público-privadas. **Revista de Direito Administrativo**, v. 241, p. 241–272, 2005.

[229] Enunciado nº 15 da I Jornada de Direito Administrativo do Conselho da Justiça Federal (CJF): A administração pública promoverá a publicidade das arbitragens da qual seja parte, nos termos da Lei de Acesso à Informação.

[230] "Nosso País ainda não tem a cultura da arbitragem. Para os que estão afeitos ao instituto, a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, veio com grande atraso, mas para uma grande maioria ou ela pouco representa ou veio apenas acrescentar novas perplexidades, como a da juridicidade da submissão de conflitos de interesses envolvendo entidades públicas a uma composição extrajudicial pelo juízo arbitral. (...) Registre-se, não obstante, que o Estado do Rio de Janeiro já havia sido pioneiro no País, ao promulgar a Lei nº 1.481, de 21 de junho de 1989, que caminha, portanto, para um decênio, ao dispor sobre o regime de concessões de serviços e de obras públicas, em texto em que muitos aspectos é tecnicamente superior ao federal, para o qual tive oportunidade de prestar modesta colaboração, trabalhando na comissão redatora de seu anteprojeto. Esse Diploma desbravador já continha previsão expressa de juízo arbitragem e permanece em vigor em tudo o que não colida com a Lei Federal superveniente, pelo que se conclui que a arbitragem é legalmente reconhecida como instrumento de solução consensual de controvérsias naquele Estado" (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, v. 209, p. 81–90, 1997. p.89)

No campo de proteção ambiental o art. 79-A da Lei nº 9.605/98 (Lei dos Crimes e das Infrações Administrativas Ambientais) autoriza os órgãos ambientais integrantes do SISNAMA, responsáveis pela execução de programas e projetos e pelo controle e fiscalização dos estabelecimentos e das atividades suscetíveis de degradarem a qualidade ambiental, a celebrar, com força de título executivo extrajudicial, termo de compromisso com pessoas físicas ou jurídicas responsáveis pela construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores.

O art. 29 da Lei nº 9.656/1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, permite que a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) celebre termo de compromisso de ajuste de conduta com a operadora ou prestadora de serviço para cessar a prática de atividades ou atos objetos de apuração e correção de irregularidades, inclusive indenizando os prejuízos delas decorrentes.

No âmbito do direito concorrencial[231], a previsão de termo de compromisso de cessação de prática no art. 85 da Lei nº 12.529/2011 (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência).

A Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, instituiu em seu art. 16 a previsão do instrumento do acordo de leniência[232], que pode ser celebrado com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática de atos lesivos à Administração que colaborem efetivamente com as investigações de forma

---

[231] "O direito concorrencial brasileiro é prenhe de instrumentos pró-consensuais de natureza contratual que inspiram e estimulam o movimento de consensualização do direito administrativo e servem de inspiração para outros setores" (MARRARA, Thiago. Acordos no Direito da Concorrência. In: JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo [coord.]. **Acordos Administrativos no Brasil**: teoria e prática. São Paulo; Almedina, 2020. p. 197-230. p.227/228).

[232] "O Acordo de Leniência pressupõe como condição de sua admissibilidade que a pessoa jurídica interessada em fazê-lo manifeste prima facie sua disposição, reconhecendo expressamente a prática do ato lesivo, cessando-o e prestando cooperação com as investigações, além de reparar integralmente o dano causado. O Acordo de Leniência é uma espécie de colaboração premiada em que há abrandamento ou até exclusão de penas, em face da colaboração na apuração das infrações e atos de corrupção, justamente para viabilizar maior celeridade e extensão na quantificação do montante devido pelo infrator, *vis-a-vis* a lesão a que deu causa, ao tempo em que cria mecanismos de responsabilização de co-participantes, cúmplices normalmente impermeáveis aos sistemas clássicos de investigação e, por isso, ocultos. Esse o objetivo da norma e sua razão de ser, tendo por pano de fundo, obviamente, o inafastável interesse público. (...) Não há antinomia abrogante entre os artigos 1º e 2º da Lei nº 8.249/1992 e o artigo 1º da Lei nº 12.846/2013, pois, naquela, justamente o legislador pátrio objetivou responsabilizar subjetivamente o agente ímprobo, e nesta, o *mens legislatoris* foi a responsabilização objetiva da pessoa jurídica envolvida nos atos de corrupção" (TRF 4ª Região, AG 5023972-66.2017.4.04.0000, Terceira Turma, Relatora Vânia Hack de Almeida, juntado aos autos em 24/08/2017)

a resultar na identificação dos demais envolvidos na infração e na obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração[233]. Ainda no ano de 2013, a Lei nº 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas), instituiu o acordo de colaboração premiada, consistente no negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos.

O Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), aplicável supletiva e subsidiariamente aos processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos (art. 15), prestigia a atuação jurisdicional visando a autocomposição a qualquer tempo, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais (art. 139, inciso V), como através da realização de audiência de conciliação e mediação (art. 334) e pela tentativa de conciliar as partes, independentemente do emprego anterior de outros métodos de solução consensual de conflitos, como a mediação e a arbitragem no início da audiência de instrução e julgamento (art. 359). Para tanto, os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição (arts. 165 a 175).

O art. 471 permite a escolha consensual entre as partes quanto ao perito judicial[234]. Já o art. 190 do CPC possibilita a negociação processual sobre direitos que admitam autocomposição, permitindo acordo entre as partes sobre mudanças no procedimento judicial para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o

---

[233] "Ministro do Planejamento e da CGU (Controladoria-Geral da União) no governo de Dilma Rousseff (PT), o advogado Valdir Simão acredita que a proposta de substituir pagamentos dos acordos de leniência de empresas envolvidas em escândalos por execução de obras é insuficiente para corrigir distorções. 'É preciso revisitar os acordos e fazer uma análise mais profunda', argumenta. (...) Umas das críticas feitas à época da Lava Jato era de que as empresas negociavam em diferentes instâncias, eram condenadas a multas altas em cada uma delas e isso acabava comprometendo sua sobrevivência posteriormente" (BRAGA, Juliana. Ex-ministro da CGU vê problemas na troca de multas de empresas por obras. Para Valdir Simão, ideia acalentada pelo atual governo pode gerar distorções. **Jornal Folha de São Paulo**, 28.jan.2023).

[234] "Uma novidade sobre o tema que nos parece relevante se refere à figura da denominada 'perícia consensual' que permite às partes, de comum acordo, escolher o perito e que tem caráter vinculativo, o que significa que o juiz não pode contrariar essa disposição trazida pelos litigantes, caso contrário violaria o princípio da autonomia da vontade (art. 471), até porque o próprio texto traz a determinação que esta substitui aquela realizada pelo perito nomeado pelo juiz" (MAIA NETO, Francisco. **A prova pericial no novo processo civil e na arbitragem**. Belo Horizonte: Editora DelRey, 2015. p. 39).

processo[235]. Por força do art. 15 do CPC, é possível as disposições do art. 190 para realização de negociação endoprocessual também no bojo do processo administrativo[236], desde que respeitadas, é claro, as cautelas incidentes na relação pública, como a publicidade, a moralidade qualificada e as competências legais:

> No que respeita a tais negociações endoprocessuais, o regime jurídico do processo administrativo impõe cautelas extraordinárias. Isso porque a Administração Pública será, ao mesmo tempo, parte e julgador – além de detentora de deveres de ordem pública (isso sem se falar em sua posição de hipersuficiência material-processual, decorrente de seu poder político-econômico). Logo, ela não poderá convencionar no sentido de abdicar de competências relativas ao seu dever-poder processual. Demais disso, tampouco poderá submeter e/ou induzir as pessoas privadas a negociações impostas. Quem negocia, dispõe e abdica consensualmente; jamais subordina e impõe de modo unilateral. Porém, feitas essas ressalvas, é de se levar muito a sério essa possibilidade de negociações no processo administrativo. Afinal de contas, se a Administração pode transacionar no processo civil, por que não no administrativo?; se pode se submeter à arbitragem, por que não pautar negocialmente o processo administrativo?; se pode realizar contratos e termos aditivos, por que não efetivar transações processuais?"[237].

A Lei nº 13.140/2015, reforçando o já previsto no art. 174 do CPC, passou a regulamentar a autocomposição e mediação envolvendo a Administração Pública, prevendo institutos como a transação por adesão, câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública e a Escola Nacional de Mediação e Conciliação no âmbito do Ministério da Justiça.

Uma inovação importante da lei foi a previsão em seu art. 36, § 4º de que nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator, abrindo a possibilidade jurídica, dessa forma, para a realização de acordos em ações de improbidade administrativa, cuja vedação se encontrava na antiga redação do art.

---

[235] LIPIANI, Júlia e SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre mediação e conciliação. In: ZANETI JÚNIOR, Hermes e CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 141-168.

[236] FARIA, Luzardo. **O princípio da indisponibilidade do interesse público e a consensualidade no Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 287.

[237] MOREIRA, Egon Bockmann. A negociação processual e sua incidência nos processos administrativos. In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann; GARCIA, Flávio Amaral; CRUZ, Elisa Schmidlin. **Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution**: arbitragem, dispute board, mediação e negociação. Com comentários à legislação do Rio de Janeiro, São Paulo, Rio Grande do Sul e União sobre arbitragem e mediação em contratos administrativos e desapropriações, 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 65-68. p. 66/67.

17, § 1º da Lei nº 8.429/1992 (antes das alterações promovidas pela Lei nº 14.230/2021), que vedava a transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade administrativa. Atualmente o art. 17-B da Lei nº 8.429/1992 (com redação da Lei nº 14.230/2021), prevê a possibilidade de celebração de acordo de não persecução civil[238], desde que preveja o integral ressarcimento do dano e a reversão à pessoa jurídica lesada da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados, devendo existir a prévia oitiva da pessoa jurídica lesada, a concordância do órgão do Ministério Público competente para apreciar as promoções de arquivamento de inquéritos civis se anterior ao ajuizamento da ação e homologação judicial.

O art. 15, inciso III da Lei nº 13.448/2017, que trata das diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria da Lei nº 13.334/2016 (Programa de Parcerias de Investimentos - PPI) prevê que a relicitação do contrato de parceria será condicionada à celebração de termo aditivo com o atual contratado, do qual constará, entre outros elementos julgados pertinentes pelo órgão competente, a previsão de compromisso arbitral entre as partes com previsão de submissão à arbitragem ou a outro mecanismo privado de resolução de conflitos admitido na legislação aplicável, das questões que envolvam o cálculo das indenizações pelo órgão ou pela entidade competente, relativamente aos procedimentos estabelecidos na lei[239].

O art. 10, inciso V da Lei nº 13.645/2017 instituiu o estímulo à resolução extrajudicial de conflitos, em reforço à consensualidade e à cooperação entre Estado e sociedade, como objetivo da regularização fundiária (Reurb) de núcleos urbanos informais a ser observado pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

A Lei nº 13.988/2020 estabeleceu requisitos e condições para que a União, as suas autarquias e fundações, e os devedores ou as partes adversas realizem

---

[238] PINHEIRO DE QUEIROZ, Ronaldo. Alguns dilemas no acordo de não persecução cível. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider e PINHEIRO DE QUEIROZ, Ronaldo. **Justiça Consensual**: acordos criminais, cíveis e administrativos. Salvador: Editora JusPodivm, 2022. p. 657-688; PEREIRA, Rafael. **Manual do acordo de não persecução cível**. Belo Horizonte: Editora CEI, 2020; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel e LIMA, Diogo de Araújo. **Acordo de Não Persecução Cível**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022 e LOPES DE OLIVEIRA, Beatriz. Acordo de não persecução cível no Ministério Público. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider e PINHEIRO DE QUEIROZ, Ronaldo. **Justiça Consensual**: acordos criminais, cíveis e administrativos. Salvador: Editora JusPodivm, 2022. p. 689-732.

[239] Enunciado nº 13 da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CJF) em 2016: “Podem ser objeto de arbitragem relacionada à Administração Pública, dentre outros, litígios relativos: I – ao inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes; II - à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, cláusulas financeiras e econômicas”.

transação resolutiva de litígio relativo à cobrança de créditos da Fazenda Pública, de natureza tributária ou não tributária (transação).

A Lei nº 14.133/2021 (nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos), prevê em seu art. 151 um sistema multiportas de resolução de controvérsias nas contratações públicas sobre direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações. É autorizado o uso de meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem, podendo ocorrer, inclusive, o aditamento de contratos anteriores para previsão desses meios, que são submetidos ao princípio da publicidade e cuja escolha de árbitros, colegiados arbitrais e comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes. O art. 138, inciso II prevê expressamente a possibilidade de extinção do contrato administrativo de modo consensual por acordo entre as partes, por conciliação, por mediação ou por comitê de resolução de disputas, desde que haja interesse da Administração Pública.

A Lei nº 14.210/2021 inseriu o art. 49-A na Lei nº 9.784/1999, passando a prever no processo administrativo federal[240] a figura da decisão administrativa coordenada[241], consistente na instância de natureza interinstitucional ou intersetorial que atua de forma compartilhada com a finalidade de simplificar o processo administrativo mediante participação concomitante de todas as autoridades e agentes decisórios e dos responsáveis pela instrução técnico-jurídica, observada a natureza do objeto e a compatibilidade do procedimento e de sua formalização com a legislação pertinente. Trata-se de instrumento que possibilita a negociação bilateral entre os

[240] Súmula nº 633 do STJ: "A Lei n. 9.784/1999, especialmente no que diz respeito ao prazo decadencial para a revisão de atos administrativos no âmbito da Administração Pública federal, pode ser aplicada, de forma subsidiária, aos estados e municípios, se inexistente norma local e específica que regule a matéria" (Primeira Seção, julgado em 12/06/2019, DJe 17/06/2019)

[241] A decisão coordenada é similar à experiência italiana da *conferenza di servizi*. Nesse sentido: SCHWIND, Rafael Wallbach. Resolução Consensual de Controvérsias: elementos para a instituição da conferência de serviço no Direito brasileiro. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; NOHARA, Irene Patrícia e MARRARA, Thiago (Org.). **Direito e Administração Pública**: Estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro. São Paulo: Atlas, 2013. p.831-846. p. 838/839).

órgãos públicos e administrativas a privilegiar soluções consensuais através da decisão colegiada[242].

Destaque-se ainda as Resoluções ns. 125/2010, 219/2016 e 282/2019 do CNJ, as Resoluções 118/2014 e 179/2017 do CNMP e a Portarias ns. 360 e 742 da PGFN como regulamentos de instrumentos direcionados à resolução consensual de conflitos.

O Tribunal de Contas da União[243] (TCU) editou a Instrução Normativa nº 91 de 22 de dezembro de 2022 instituindo em seu âmbito de competência uma regulamentação sobre procedimentos de solução consensual de controvérsias relevantes e prevenção de conflitos afetos a órgãos e entidades da Administração Pública Federal.

1.3.2 O art. 26 da LINDB como cláusula geral de acordos e consensualidade administrativa

O art. 26 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro representa uma cláusula geral de consensualidade no Direito Público brasileiro. Por se tratar de dispositivo geral, pelo critério da especialidade, mantêm-se válidas as disposições legais acerca dos demais instrumentos consensuais previstos em lei específica.

Regulamentando de forma genérica a autocomposição, o art. 26 autoriza para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, que a autoridade administrativa, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, possa celebrar

---

[242] "A decisão coordenada tem a finalidade de permitir a participação/integração de todos os interessados/legitimados na futura decisão administrativa, a fim de instalar audiência recíproca, bem como acelerar e conferir unidade a processos decisórios complexos, que digam respeito a mais de um órgão ou entidade administrativa federal. Por um lado, incrementa o diálogo e a participação democrática na formação dos atos administrativos; por outro, diminui os conflitos (e respectivos custos) harmonizando perspectivas e soluções consensuais" (MOREIRA, Egon Bockmann. A decisão coordenada como técnica de negociações plurilaterais (ou: por uma nova visão do processo administrativo). In: SANTOS DE MENDONÇA, José Vicente e CABRAL, Antonio do Passo (coord.) **Decisão Administrativa Coordenada**: reflexões sobre o art. 49-A e seguintes da Lei n. 9.784/1999. Salvador: Editora JusPodivm, 2022. p. 187-202. p. 202).

[243] Sobre a utilização da consensualidade na resolução de conflitos pelos Tribunal de Contas Estaduais, vide: DORTAS, Gustavo Ribeiro, LOPES, Marcelo, CARPES, Nayara do Amaral e MARTINS JÚNIOR, Wilmar da Costa. O consensualismo como estratégia de resolução de conflitos pelo controle externo. **Revista Digital do Tribunal de Contas do Estado do Paraná**, Curitiba, nº 31. 64-87, jan-mar 2021.

compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

A instrumentalização da autocomposição se dá por meio de um termo de compromisso, com natureza jurídica de acordo administrativo[244] (acordo de vontades) decorrente da negociação do exercício da prerrogativa da Administração Pública com os interessados através de um processo administrativo[245]. O termo de compromisso tem por escopo buscar uma solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais (§1º, inciso I do art. 26). Há previsões com caráter negativo, vedando-se que a resolução consensual alcançada confira desoneração permanente de dever ou condicionamento de direitos reconhecidos por orientação geral (§1º, inciso III do art. 26). Quanto às regras de conteúdo mínimo do instrumento de autocomposição (termo de compromisso), há obrigação da previsão clara das obrigações das partes, do prazo para seu cumprimento e das sanções aplicáveis em caso de descumprimento (§1º, inciso IV do art. 26).

Houve o veto presidencial[246] das disposições contidas no § 1º, inciso II e § 2º do art. 26 do Projeto de Lei nº 7.448/2017 (que originou a Lei nº 13.655/2018).

O § 1º, inciso II previa que o termo de compromisso poderia envolver transação quanto a sanções e créditos relativos ao passado e, ainda, o estabelecimento de regime de transição. As razões do veto presidencial – que partiram do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União e a Advocacia-Geral da União, foram fundamentadas no posicionamento de que a celebração de compromisso com os interessados não pode, em respeito ao princípio da reserva legal, transacionar a respeito de sanções e créditos relativos ao tempo pretérito e imputados em decorrência de lei, podendo essa previsão representar estímulo indevido ao não cumprimento das respectivas sanções, visando posterior transação.

---

[244] Em sentido contrário, entendendo não se tratar de autorização de acordo nos moldes do Direito Privado, rejeitando a possibilidade de acordos substitutivos com base no art. 26: "Com o devido respeito aos que pensam dessa forma, o art. 26 da LINDB autoriza somente a celebração de compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o que é bastante diferente de acordos substitutivos, compromissos processuais e instrumentos afins, que permitem a a solução consensual de controvérsias. A Lei em momento algum fez referência ou usou essas expressões. (...) A Administração Pública, representada por seus agentes, não está autorizada a fazer 'acordos' nos moldes do Direito Privado, disponibilizando o interesse público como se particular fosse; há um regime jurídico próprio para tanto" (BERTONCINI, Mateus. *LINDB:* **Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2022. p.141).

[245] GUERRA, Sérgio e BONACORSI DE PALMA, Juliana. Art. 26 da LINDB - Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, p. 135–169, 2018.p. 148.

[246] Mensagem de veto Presidencial nº 212, de 25 de abril de 2018.

Já o § 2º autorizava o requerimento de pedido de autorização judicial para celebração do compromisso, em procedimento de jurisdição voluntária, para o fim de excluir a responsabilidade pessoal do agente público por vício do compromisso, salvo por enriquecimento ilícito ou crime. As razões do veto presidencial – que também partiram do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União e a Advocacia-Geral da União, apresentaram o posicionamento de que essa disposição violava o princípio constitucional da independência e harmonia entre os Poderes ao comprometer a apreciação das esferas administrativa e de controle.

A regulamentação do art. 26 pelo Decreto nº 9.830/2019 visou estabelecer parâmetros mínimos da instrumentalização do consenso através da elaboração e assinatura pelos interessados do termo de compromisso, prevendo, inclusive, outro instrumento consensual: o termo de ajustamento de gestão (art. 11). O termo de ajustamento de gestão é instrumento direcionado à resolução de questões envolvendo os órgãos controlados e seus agentes e órgãos controladores. Ele pode ser celebrado entre os agentes públicos e os órgãos de controle interno da administração pública com a finalidade de corrigir falhas apontadas em ações de controle, aprimorar procedimentos, assegurar a continuidade da execução do objeto, sempre que possível, e garantir o atendimento do interesse geral.

Já quanto ao termo de compromisso, o art. 10 reforça as disposições já constantes no próprio art. 26, com inovação da previsão de elementos obrigatórios do instrumento (§ 2º, inciso III), sem prejuízo de outras cláusulas específicas do caso concreto. O termo de compromisso deverá conter, obrigatoriamente: as obrigações das partes; o prazo e o modo para seu cumprimento; a forma de fiscalização quanto

a sua observância; os fundamentos de fato e de direito; a sua eficácia de título executivo extrajudicial[247] e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

A eficácia do termo de compromisso é condicionada a sua publicação, devendo o processo administrativo que subsidiar a decisão de celebrar o compromisso ser instruído com parecer técnico conclusivo do órgão competente sobre a viabilidade técnica, operacional e, quando for o caso, sobre as obrigações orçamentário-financeiras a serem assumidas; com parecer conclusivo da Advocacia Pública do órgão sobre a viabilidade jurídica do compromisso, inclusive com a análise jurídica da minuta proposta; com a minuta do compromisso, que deverá contemplar as alterações decorrentes das análises técnica e jurídica e cópia de outros documentos que possam auxiliar na decisão de celebrar o compromisso (§ 4º).

Como visto, há importantes colocações no art. 10 do decreto regulamentador para conformação da autoridade quanto à elaboração do termo de compromisso, como: previsão de cláusulas obrigatórias, como obrigações, prazos, formas de fiscalização, motivos e sanções (§ 2º, inciso III, alíneas "a" a "f"); a publicidade do termo como condição de eficácia de suas cláusulas (§ 3º), reforçando a transparência administrativa e o controle social e a importância da Advocacia Pública e dos órgãos públicos técnicos quanto à instrução do processo, vez que há relevante vinculação da autoridade quanto ao conteúdo dos pareceres técnicos e jurídicos que autorizem a resolução consensual e que vão condicionar a minuta do próprio termo de

[247] Interessante notar que a eficácia do termo de compromisso como título executivo extrajudicial decorre de sua previsão em lei, seja quando referendado pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores (art. 784, inciso IV do CPC) e não de sua previsão no próprio termo de compromisso (contratual), seja quando se tratar de documento particular assinado pelos interessados e por duas testemunhas (art. 784, inciso III do CPC). Diferentemente do termo de ajustamento de conduta (§ 6º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985), não há previsão expressa em lei prescreve o termo de compromisso previsto no art. 26 da LINDB como título executivo extrajudicial, só a previsão no Decreto nº 9.830/2019. Por tal motivo e observada a reserva de lei (tipicidade legal dos títulos executivos), em que pese a previsão do art. 10, § 2º, inciso III, alínea "e" do Decreto nº 9.830/2019, a ausência de previsão no próprio termo de compromisso acerca de sua eficácia como título executivo extrajudicial não lhe retira essa eficácia, bem como a presença dessa disposição – isoladamente - também não lhe atribuiu essa eficácia. Somente quando o termo de compromisso atender aos requisitos previstos no inciso III ou no IV do art. 784 do CPC é que poderemos concluir que o termo de compromisso se caracteriza como título executivo extrajudicial, já que os títulos executivos extrajudiciais "são somente aqueles indicados em lei (*nullum titulus sine lege*)" (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado**, 7ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. E-book).

compromisso (§ 4º, inciso III), somente superável por justificativas racionais expostas pela autoridade competente[248].

Realizadas as explanações iniciais, dentro do escopo restrito desta tese, é importante analisar dogmaticamente, com maior cuidado, o campo normativo de abrangência dos conceitos com termos indeterminados previstos no art. 26.

Inicialmente, tem-se que o art. 26 da LINDB é aplicável para quaisquer prerrogativas do Poder Público. Essa amplitude é exposta através da expressão "inclusive no caso de expedição de licença", cujo sentido é de expansão normativa da incidência da consensualidade para todos os campos de atuação e competências da Administração Pública, como a regulatória, a fiscalizatória, a sancionatória, a negocial, *etc*:

> Qualquer prerrogativa pública pode ser objeto de pactuação, como a prerrogativa sancionatória, fiscalizatória, adjudicatória, etc. Não há objeto interditado no compromisso. A LINDB sepultou qualquer ordem de discussão sobre a tal 'indisponibilidade do interesse público' e o decorrente entendimento esposado por parte (minoritária) da doutrina no sentido de que os assuntos públicos são indisponíveis, negociáveis e transacionáveis. Isso porque o âmbito de aplicação do compromisso da LINDB é delimitado pela funcionalidade do instrumento, qual seja, para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público. Assim, a LINDB poderá envolver qualquer assunto público, desde que se destine a endereçar um dos problemas de legitimação do pacto. (...) Contudo, parece-nos adequado considerar que as hipóteses de celebração do compromisso da LINDB são propositalmente indefinidas e fluídas, permitindo até mesmo uma simbiose entre as hipóteses[249].

Há obrigatoriedade de consulta prévia ao órgão jurídico (Advocacia Pública) para exercício do controle de juridicidade do acordo a ser firmado. Essa disposição contribui para um maior controle do respeito aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e segurança jurídica, bem como dos pressupostos jurídicos da motivação da utilização do art. 26 da LINDB pela autoridade administrativa.

Importante delimitar o conteúdo normativo da expressão "irregularidade", como forma de entender sua abrangência para atos ilegalidade e nulidades (relativas ou

---

[248] "Embora isso não obrigue a autoridade administrativa, gera um considerável ônus argumentativo para a superação dos pareceres jurídico e técnico, pois deverá indicar as razões pelas quais propõe a alteração da minuta" (TEIXEIRA DE AVELINO, Murilo e PEIXOTO, Ravi. ***Consensualidade e Poder Público***, 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2023. p.68).

[249] GUERRA, Sérgio e BONACORSI DE PALMA, Juliana. Art. 26 da LINDB - Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, p. 135–169, 2018.p. 150/151.

absolutas e sanáveis ou insanáveis) e até mesmo atos concretos decorrentes de legislação declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário, mas que não foram objetos de modulação dos efeitos da declaração.

Em que pese a atecnia aparentemente proposital do legislativa acerca da expressão “irregularidade”, cuja polissemia pode indicar tanto uma mera ilegalidade formal transitória – e portanto sanável - quanto uma amplitude conceitual ampliativa, já que o que é irregular também pode ser ilegal não transitório, tem-se que diante do atual estágio de acolhimento e desenvolvimento de instrumentos consensuais do Direito Público por meio da positivação em seu diferentes campos[250], deve-se atribuir uma interpretação ampliativa ao conceito normativo de irregularidade[251], de forma a abranger ilegalidades sanáveis ou insanáveis, incluindo os efeitos de atos concretos decorrentes diretamente de legislação declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário (mas que não foram objetos de modulação dos efeitos da declaração), desde que presentes relevantes razões de interesse geral e de segurança jurídica, obedecida a proporcionalidade.

Se a própria legislação brasileira autoriza o uso de instrumentos consensuais no Direito Penal, que representa a *ultima ratio* do poder estatal punitivo (intervenção mínima na liberdade do indivíduo), com maior razão se sustenta o entendimento de

---

[250] “A promoção do interesse público se dá pela função decisória administrativa, em abstrato ou em concreto; a função de satisfação do interesse público se dá pela função executiva das decisões abstrata ou concretamente tomadas e a função de recuperação do interesse público, se dá pela função judicativa administrativa, em que se reaprecia da juridicidade das decisões administrativas, das execuções e mesmo das decisões judicativas de que caibam recursos. (...) Como quaisquer delas admite atuação consensual, tem-se, portanto, respectivamente, um campo de administração decisória concertada, um campo de administração executiva concertada e um campo de administração judicativa concertada” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, v. 231, p. 129–156, 2003. p. 147).

[251] “No exato particular do objetivo de eliminar irregularidade na aplicação do direito por meio dos acordos administrativos, segundo o aludido art. 26 da LINDB, o que se quer expressar é que a administração, pelo diálogo, deve exercitar-se, sob determinadas condicionantes, para sanear, convalidar e assumir compromissos no ensejo do seu atuar enquanto aplicadora da lei. Dito diversamente, há uma propensão a se reconhecer, ainda que o ato administrativo seja nulo, valor em determinadas soluções, antes inflexivelmente inaproveitáveis, ao menos sob as lentes do mundo jurídico (...) Boa parte do racional por detrás destas medidas é, pois, o de que as nulidades na aplicação do direito administrativo não mais são tão absolutas e podem, sim, gerar algum direito a depender da situação em especial, quando o particular confia, de boa-fé, na administração e na estabilidade de seus atos” (MACHADO, Gabriel. **Acordos Administrativos**: uma leitura a partir do art. 26 da LINDB. São Paulo: Almedina, 2021. p. 78/79). Em sentido mais restrito: “A possibilidade de eliminação de irregularidade existe quando há a constatação que a produção de um ato administrativo deu-se em desconformidade com a lei, mas essa desconformidade é modulada por baixo impacto normativo e possível de ser convalidada” (LIBÓRIO, Daniela Campos. Comentários Gerais ao art. 26 da LIND. In: CARNEIRO DA CUNHA FILHO, Alexandre Jorge; ISSA, Rafael Hamze e SCHWIND, Rafael Wallbach [Coords.]. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro Anotada**, volume II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 321-324. p. 323)

que há autorização do uso de instrumentos consensuais – no caso do art. 26 da LINDB – quanto a ilegalidades e nulidades (sanáveis ou não[252]). Há cabimento, inclusive, da teoria dos poderes implícitos, já que se a legislação autoriza o *plus* (acordo em matéria de Direito Penal), também autoriza o *minus* (acordo em matéria de Direito Administrativo). Entendendo por essa interpretação mais ampla, mas por outros motivos, elucida Thiago Marrara:

> Não resta claro, entretanto, se o legislador escolheu a palavra 'irregularidade' de propósito para indicar o uso do compromisso somente perante violações normativas aparentemente não danosas ou se o intuito foi de se referir a todo e qualquer tipo de violação do direito, ou seja, também aos casos de ilícitos danosos. Apesar da obscuridade de motivos quanto à escolha terminológica, entendo que a interpretação mais ampla seja plenamente aceitável até pela experiência do direito brasileiro, em que os compromissos de ajustamento de conduta servem para diferentes tipos de violação danosa ao ordenamento, como os ocorridos na esfera ambiental ou concorrencial. Em outras palavras, entendo que a palavra "irregularidade" constante do art. 26, caput, foi escolhida pelo legislador de maneira atécnica[253].

A ausência de previsão segura de quais as situações de irregularidade são passíveis de enquadramento no art. 26 da LINDB é atenuada pela imposição, pela legislação, de pressupostos positivos (situações fundantes e legitimadoras[254] e cláusulas obrigatórias do termo de compromisso[255]) e pressupostos negativos (situações vedadas[256]) para celebração do acordo administrativo. A indefinição normativa da expressão "irregularidade", portanto, foi "amenizada pela imposição de diversas condicionantes e obrigações a serem observadas[257]".

---

[252] Lembre-se que o termo de ajustamento de conduta (TAC) previsto na Lei da Ação Civil Pública se constitui como instrumentos consensual sobre interesses e direitos coletivos *lato sensu* (difusos, coletivos e individuais homogêneos), inerentemente amplos e importantes.

[253] MARRARA, Thiago. Compromissos como técnica de administração consensual: breves comentários ao art. 26 da LINDB. In: RAMOS, Rafael (coord.) **Comentários à nova LINDB: Lei nº 13.655/2018**. Belo Horizonte, 2023. p.119-142. p. 129.

[254] Como situações fundantes e legitimadoras: presença de razões de relevante interesse geral, observância da legislação aplicável, oitiva prévia do órgão jurídico, produção de efeitos do termo de compromisso após sua publicação e busca de solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais.

[255] Cláusulas obrigatórias que prevejam prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

[256] Situações vedadas: o acordo administrativo não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral.

[257] CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva e EIDT, Elisa Berton. O compromisso do artigo 26 da LINDB e a sua celebração no âmbito das câmaras administrativas de prevenção e de solução de conflitos. In: MAFFINI, Rafael e RAMOS, Rafael [Org.]. **Nova LINDB**: proteção da confiança, consensualidade, participação democrática e precedentes administrativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p.73-89. p 81.

Incerteza jurídica é aquela "advinda de conceitos jurídicos indeterminados e seus reflexos[258]", o que demonstra que o termo de compromisso previsto no art. 26 da LINDB também pode ter uma finalidade interpretativa e integrativa de conceitos indeterminados e cláusulas gerais através da contratualização de definições ou parâmetros[259].

Por meio de cláusulas inseridas no próprio termo de compromisso, a fixação de parâmetros interpretativos e conceituação por meia da contratualização atua com o escopo de promover previsibilidade, coerência, estabilidade e maior segurança jurídica.

O termo de compromisso, nesse caso, serve como instrumento para fixação das interpretações admitidas pela Administração Pública[260], reduzindo possíveis ambiguidades, obscuridades e equivocidades que possam surgir diante de termos com plurissignificações[261].

Já a expressão "situação contenciosa[262] na aplicação do direito público" deixa claro a possibilidade de termo de compromisso para aplicação de qualquer norma de direito público em qualquer processo administrativo[263], seja de natureza sancionatória,

---

[258] LIBÓRIO, Daniela Campos. Comentários Gerais ao art. 26 da LIND. In: CARNEIRO DA CUNHA FILHO, Alexandre Jorge; ISSA, Rafael Hamze e SCHWIND, Rafael Wallbach [Coords.]. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro Anotada**, volume II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 321-324. p. 323.

[259] MARRARA, Thiago. Compromissos como técnica de administração consensual: breves comentários ao art. 26 da LINDB. In: RAMOS, Rafael (coord.) **Comentários à nova LINDB: Lei nº 13.655/2018**. Belo Horizonte, 2023. p.119-142. p. 130.

[260] "Com efeito, assumindo-se que o compromisso é por natureza ato acessório ao exercício de uma competência, e cuja finalidade é cessar incertezas interpretativas, seria possível sua aplicação a qualquer esfera de atuação administrativa, desde que presentes seus requisitos legais" (GALVÃO, Gabriel de Mello. Art. 26 da Lei n. 13.655/2018. Desafios do diálogo com a Administração para a concretização de projetos de infraestrutura. In: CARNEIRO DA CUNHA FILHO, Alexandre Jorge; ISSA, Rafael Hamze e SCHWIND, Rafael Wallbach [Coords.]. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro Anotada**, volume II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 349-354. p. 352)

[261] "Primeiramente, o Poder Público pode ser a fonte da incerteza jurídica, como nos casos de demora para a tomada de decisão administrativa, a discrepância de entendimentos sobre a aplicação de uma determinada norma na repartição pública ou uma nova composição de colegiado ou de autoridade decisória" (GUERRA, Sérgio e BONACORSI DE PALMA, Juliana. Art. 26 da LINDB - Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo***,* p. 135–169, 2018.p. 152).

[262] "A expressão contencioso administrativo designa, realmente, o conjunto dos processos suscitados pela atividade administrativa e nos quais as autoridades administrativas ou seus agentes estão em jogo" (CRETELA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo, volume X**: Princípios de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 209).

[263] Enunciado nº 21 da 1ª Jornada de Direito Administrativo do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo de 2019: "Os artigos 26 e 27 da LINDB constituem cláusulas gerais autorizadoras de termos de ajustamento, acordos substitutivos, compromissos processuais e instrumentos afins, que permitem a solução consensual de controvérsias" (IBDA. Enunciados do IBDA sobre a interpretação da LINDB. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 19, n. 221, p. 167-168, jul. 2019. p. 167).

autorizativa, regulatória, controladora, *etc*[264], reforçando o reconhecimento do art. 26 da LINDB como cláusula geral de autocomposição administrativa[265]:

> A nova LINDB pretendeu justamente reforçar esse amplo movimento de superação da ideia de nulidade absoluta. E o fez trocando o velho cânone da desconstituição automática e geral, prospectiva e retroativa dos atos viciados e seus efeitos, por solução bem mais aberta, pragmática e realista. (...) Invalidades (defeitos quanto à legalidade) nem sempre autorizarão invalidações (ações de desfazer). (....) O art. 26 é honesto: já que aplicar o Direito é diferente de apenas fazer subsunção – porque em tempos de estado social regulador não podemos mais nos dar ao luxo de viver apenas com a fábula do legislador racional – então que se dê às autoridades o poder de negociar. (...) No imaginário jurídico histórico, a solução de crises de legalidade envolveria sempre resistência, contencioso, processo estatal e imposições de autoridade. Em contraposição, o art. 26 da nova LINDB buscou reconhecer e disciplinar, em caráter geral, o uso da consensualidade administrativa para solução dessas situações difíceis, oferecendo instrumentos para sua adequada construção nos casos concretos[266].

Por "razões de relevante interesse geral" deve-se entender presente o interesse público justificado[267]. Em que pese a redação legislativa se mostra mais uma vez atecnica e confusa (desrespeitando a Lei Complementar nº 95/1998), "relevante interesse geral" deve ser entendido como o interesse público devidamente justificado – nos moldes exigidos para alienação de bens públicos (art. 76, inciso I da Lei nº 14.133/2021 e antigo art. 17, *caput* da Lei nº 8.666/1993), uma vez que sempre deve perseguir a finalidade pública[268], vedando-se acordos com benefícios exclusivos aos particulares e que também não traga vantagens de interesse público[269].

---

[264] MARRARA, Thiago. Compromissos como técnica de administração consensual: breves comentários ao art. 26 da LINDB. In: RAMOS, Rafael (coord.) **Comentários à nova LINDB**: Lei nº 13.655/2018. Belo Horizonte, 2023. p.119-142. p. 130.

[265] TEIXEIRA DE AVELINO, Murilo e PEIXOTO, Ravi. **Consensualidade e Poder Público**, 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2023. p.55/58 e MOTTA, Fabrício e NOHARA, Irene Patrícia. *LINDB no Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 87/86

[266] SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo**: o novo olhar da LINDB. Belo Horizonte: Editora Forum, 2022. p.53/82.

[267] Enunciado nº 09 da 1ª Jornada de Direito Administrativo do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo de 2019: A expressão "interesse geral" prevista na LINDB significa "interesse público", conceito que deve ser extraído do ordenamento jurídico." (IBDA. Enunciados do IBDA sobre a interpretação da LINDB. **Fórum Administrativo** – FA, Belo Horizonte, ano 19, n. 221, p. 167-168, jul. 2019. p. 167).

[268] "Parece razoável tomar a expressão 'interesses gerais' como sinônima de interesse público" (VIANA, Camila Rocha Cunha. O artigo 26 da LINDB e a consolidação do direito administrativo consensual. In: CARNEIRO DA CUNHA FILHO, Alexandre Jorge; ISSA, Rafael Hamze e SCHWIND, Rafael Wallbach [Coords.]. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro Anotada**, volume II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 339-344. p. 342).

[269] MARRARA, Thiago. Compromissos como técnica de administração consensual: breves comentários ao art. 26 da LINDB. In: RAMOS, Rafael (coord.) **Comentários à nova LINDB**: Lei nº 13.655/2018. Belo Horizonte, 2023. p.119-142. p. 133.

A realização da consulta pública é discricionária por parte da autoridade administrativa[270], sendo facultativa e não vinculativa quando realizada[271]. É desejável a consulta pública como instrumento de ampliação da participação popular quando o termo de compromisso envolver direitos coletivos *lato sensu*, onde há claro interesse de participação de terceiros que poderão ser atingidos de forma direta ou indireta pela resolução consensual, bem como quando envolver quadro de incerteza de abrangência do dano ou envolver questões técnicas complexas, onde é justificada a abertura de espaço para manifestação de terceiros capacitados tecnicamente em contribuir para a elaboração de cláusula do termo de compromisso.

A obrigação de observância da legislação aplicável impõe "análise da legislação de cada ente, verificando as condicionantes do regime jurídico de cada um deles[272]", lembrando que o art. 26 da LINDB é um permissivo genérico para celebração de acordos administrativos, autoaplicável independentemente de legislação autorizativa do ente subnacional[273].

As cláusulas do termo de compromisso somente surtirão efeitos com sua publicação oficial, prestigiando-se o princípio da publicidade e transparência

---

[270] "A LINDB não confere maiores diretrizes sobre a oportunidade e conveniência para a abertura de consulta pública, deixando espaço de ampla discricionariedade à autoridade administrativa" (GUERRA, Sérgio e BONACORSI DE PALMA, Juliana. Art. 26 da LINDB - Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, p. 135–169, 2018.p. 155/156). No mesmo sentido: MARRARA, Thiago. Compromissos como técnica de administração consensual: breves comentários ao art. 26 da LINDB. In: RAMOS, Rafael (coord.) Comentários à nova LINDB: Lei nº *13.655/2018*. Belo Horizonte, 2023. p.119-142. p. 136 e FUCHS DE ARAÚJO, Alexandra. Comentários ao artigo 26 da Lei de Introdução às normas de Dieito Brasileiro. In: CARNEIRO DA CUNHA FILHO, Alexandre Jorge; ISSA, Rafael Hamze e SCHWIND, Rafael Wallbach [Coords.]. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro Anotada**, volume II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 325-332. p. 330/331).

[271] MACHADO, Gabriel. **Acordos Administrativos**: uma leitura a partir do art. 26 da LINDB. São Paulo: Almedina, 2021. p. 87.

[272] TEIXEIRA DE AVELINO, Murilo e PEIXOTO, Ravi. **Consensualidade e Poder Público**, 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2023. p.67.

[273] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo e VÉRAS DE FREITAS, Rafael. **Comentários à Lei nº 13.655/2018** [Lei da Segurança para a Inovação Pública]. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019. p.101.

administrativa ativa[274] (art. 37, *caput* da CF e arts. 3º, inciso V e 8º da Lei nº 12.527/2011), possibilitando, com isso, maior controle social[275] pelo conhecimento dos motivos que levaram a celebração do acordo administrativo e seu respectivo conteúdo[276]. Bem por isso o inciso IV do § 1º do art. 26 determina deverá a clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento, permitindo maior controle por terceiros.

O termo de compromisso deverá buscar uma solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais, não podendo conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral.

A previsão proibitiva de desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecido por orientação geral objetiva evitar a derrogação permanente

---

[274] "O princípio da transparência reúne funções materiais e instrumentais: aperfeiçoamento do caráter democráctico do Estado (pela legitimidade do uso e do exercício do poder e da função pública), concretização da dignidade da pessoa humana, restauração da confiança na Administração Pública (pelas possiblidades de acesso e participação), parâmetro do controle da fidelidade do devido proceso legal administrativo, garantia dos direitos dos administrados, recuso de obtenção de eficiência da ação administrativa mais próxima das demandas sociais e meio de maior adesão e consenso dos administrados às decisões administrativas" (MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência administrativa**: publicidade, motivação e participação popular, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 47). No mesmo sentido: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 515/516 e FERREIRA, Alexsandro Fonseca, MAZZEI, Marcelo Rodrigues e GERAIGE NETO, Zaiden. O direito coletivo de acesso à informação pública: um estudo comparado entre a legislação brasileira e a colombiana. A&C- Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 13, nº 53, jul-set. 2013. p. 184.

[275] "El derecho a participar directamente en la dirección de los asuntos públicos y el derecho de acceso a información pública, constituyen la fuente normativa que justifica el control social de los actos de la administración del Estado. (…). El acceso a la información pública constituye un mecanismo de evaluación de los estándares de transparencia de la administración del Estado y es un poderoso instrumento ciudadano destinado a colaborar en el proceso tendente a revertir la tradición de secreto imperante en la administración" (LÓPEZ, Ciro Colombara e BUSTOS, Juan Pablo Olmedo. El control social de la administración y el derecho de acceso a la información. La experiencia chilena. México. **Derecho Comparado de la información**, nº 02, jul-dez 2003. p. 61).

[276] "Para tornar mais clara mais clara a actuação pública, para evitar desconfianças e também para fomentar a fiscalização e a crítica por parte de quem o entender, foi defendido e concretizado o princípio da Administração aberta (open file), tornando possível que qualquer pessoa suscite juízos de valor, com base no conhecimento das informações contidas em documentos administrativos, sobre as decisões tomadas (ou não) e sobre as acções prosseguidas (ou não). Assim, se pode contribuir para a avaliação e controle a posteriori de todos esses actos, ao mesmo tempo que decerto se previnem abusos e violações possíveis da legalidade e mérito, aprefeiçoando-se também desta forma as acções públicas. O princípio da abertura permite a democractização e optimização com normalidade da actuação pública, embora sem a pertubar constantemente" (GONÇALVES, José Renato. **Acesso à informação das entidades públicas**. Coimbra: Almedina, 2002. p. 16). No mesmo sentido: "El Estado en su conjunto debe así garantizar el acceso a la información producida por la gestión pública y permitir que agentes independientes evalúen los métodos, acciones, programas. Esto favorece un adecuado sistema de contrapesos basado en la rendición de cuentas y la corresponsabilidad de los agentes sociales, públicos y privados, en la conducción de la vida pública" (AYLLÓN, Sergio López. **Democracia y acceso a la información**. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2005. p. 15/22).

de deveres e direitos previstos em lei pelo acordo administrativo[277], que promove o aumentando a margem discricionária do órgão administrativo frente à legislação e possa ocasionar arbítrios[278].

1.3.3 A consensualidade administrativa como expressão do direito fundamental à boa administração e a consequente ressignificando da motivação da decisão administrativa

A mudança do paradigma da autoridade para o paradigma da consensualidade implica na remodelação da estrutura da motivação da decisão administrativa, vez que impôs maior ônus argumentativo à autoridade decisora, que agora deve se ater, também, à uma possível resolução consensual através de uma postura dialógica e integrativa com os envolvidos.

Diante desse cenário, a autoridade administrativa tem por obrigação motivar sua decisão abordando os motivos (pressupostos de fato e de Direito) que permitiram ou não uma resolução consensual do objeto do processo administrativo. Se presentes razões de relevante interesse geral, poderá adotar a consensualidade como agir administrativo, instrumentalizando a negociação bilateral realizada. Todas essas etapas (razões de relevante interesse geral, conclusões da bilateralidade e horizontalidade e os pressupostos de fato e de Direito que autorizam o consenso),

---

[277] "A desoneração permanente de dever ou o condicionamento de direitos reconhecidos por orientação geral configura-se-iam como verdadeiras derrogações de norma geral e abstrata por meio de um ato administrativo negocial. Dessa forma, estar-se-ia usurpando a competência legislativa, ao introduzir-se no ordenamento uma hipótese de não incidência de uma obrigação legal. Adicionalmente, o condicionamento de direito reconhecido por orientação geral configurar-se-ia como uma afronta ao princípio constitucional da igualdade e à equidade prevista no inciso I do mesmo artigo 26." (GAROFANO, Rafael Roque, STEIN, Daniel Almeida e ZABLITH, Marc Bujnicki. Relevante interesse geral, requisito para o acordo e vetos. In: CARNEIRO DA CUNHA FILHO, Alexandre Jorge; ISSA, Rafael Hamze e SCHWIND, Rafael Wallbach [Coords.]. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro Anotada**, volume II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 332-338. p. 337)

[278] "A derrogação administrativa pressupõe, com efeito, que o estabelecido na estatuição de uma determinada norma possa ser afastado ou modificado através de decisão individual de um órgão administrativo. (...) A flexibilização da legalidade produzida pela derrogação administrativa, conferindo aos órgãos administrativos a disponibilidade da própria estatuição legal, reforçando o papel activo e criativo da Administação Pública na realização do Direito, comporta, todavia, uma debilidade do grau dcnformativo do princípio da legalidade sobre o exercício da actividade administrativa. (...) A erosão da legalidade heterovinculativa da actuação administrativa torna-se aqui evidente: a aplicação da solução adminitida pela norma legl depende, única e exclusivamente, da vontade do órgão administrativo competente, o qual pode aceitar, aplicando-a, ou rejeitá-la, construindo uma solução alternativa para o caso concreto" (OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Almedina: Lisboa, 2003. p. 904/906).

deverão obrigatoriamente constar na motivação da decisão administrativa que adotar a resolução concertada, ampliando ônus de justificação da autoridade.

Em sentido contrário, a mudança paradigmática impõe à autoridade que não vislumbrar a possibilidade de resolução consensual, a obrigação de justificar os motivos da negativa na decisão administrativa impositiva[279]. Amplia-se dessa forma o ônus de justificação da autoridade administrativa em sua motivação, vez que a Administração Pública, no atual estágio de evolução do Direito Administrativo[280], tem nas palavras de Sérgio Ferraz um "*imperativo de proatividade na adoção da consensualidade*[281]**"**:

> Fora daí, consenso e concertação, negociação e conciliação (com a redução do campo da unilateralidade administrativa), coparticipação cidadão e minimização da área de discricionariedade administrativa, tais são os novos básicos fundamentos da Administração Pública em busca de um ambiente de plena legitimidade da atuação estatal, sem paternalismos e respeitando ao máximo as aptidões, responsabilidades individuais e necessidades dos administrados. (...) Temos hoje, enfim, uma pragmática de consensualidade na solução de conflitos administrativos, tanto de cunho substitutivo da atividade administrativa sancionatória, quanto de estabelecimento de resolução de litígios. Em ambas essas esferas temáticas inserem-se, ainda, os instrumentos da mediação e da conciliação os quais podem ser sumariamente entendidos como métodos de aproximação entre as posições conflitivas, encaminhando-as para um clima de cooperação e intercomunicação, viabilizando destarte a consecução de um concerto compositivo da dissidência. (...) Em arremate: a consensualidade não é simples elemento coadjuvante, passando a ser fator determinante do agir

---

[279] É necessário observar que em situações excepcionais não será necessária essa motivação de negativa da consensualidade, especialmente – mas não somente - quando diante de situações emergenciais onde a urgência da adoção de providenciais para proteção de direitos fundamentais impõe a adoção de medidas de poder de polícia ou restritivas de direitos para que se evite danos maiores. Nesse sentido o Enunciado nº 02 da I Jornada de Direito Administrativo do Conselho da Justiça Federal (CJF): "O administrador público está autorizado por lei a valer-se do desforço imediato sem necessidade de autorização judicial, solicitando, se necessário, força policial, contanto que o faça preventivamente ou logo após a invasão ou ocupação de imóvel público de uso especial, comum ou dominical, e não vá além do indispensável à manutenção ou restituição da posse (art. 37 da Constituição Federal; art. 1.210, §1º, do Código Civil; art. 79, § 2º, do Decreto-Lei n. 9.760/1946; e art. 11 da Lei n. 9.636/1998)".

[280] Enunciado nº 17 da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CJF) em 2016: "Nos processos administrativo e judicial, é dever do Estado e dos operadores do Direito propagar e estimular a mediação como solução pacífica dos conflitos" e Enunciado nº 25 da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CJF) em 2016: "A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios têm o dever de criar Câmaras de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos com atribuição específica para autocomposição do litígio".

[281] FERRAZ, Sérgio. **Mediação e Consensualidade na Administração Pública**. Entrevistadores: Renata Porto Adri e Egon Bockmann Moreira. Convidado: Sérgio Ferraz. *Podcast* Mediação com a Administração Pública nº 03, 24 de maio de 2022, 46 minutos. Disponível em: Plataforma Spotify. Acesso em: 13 de dez. 2022.

> administrativo e, por isso mesmo, frequentemente critério de constatação da legitimidade da Administração Pública[282].

Na nova perspectiva de governança pública e modelos de gestão da própria Administração, dentro da passagem de um modelo autoritário-unilateral para um modelo paritário-dialógico em um campo de consensualidade ativa[283], a motivação da decisão administrativa sofreu uma substancial mutação em sua configuração normativa-estrutural. A tentativa de resolução consensual passa a ser entendida como elemento intrínseco obrigatório a ser considerado na decisão administrativa, já que a opção pelo consenso está inserida na própria competência.

Essa mutação da motivação da decisão administrativa se interliga ao campo normativo do direito fundamental à boa administração[284], que vem ganhando espaço e contornos dogmáticos por todo o mundo[285], consistente, basicamente, no dever da Administração Pública de efetivar os direitos fundamentais da melhor forma

---

[282] FERRAZ, Sérgio. **Tratado de Direito Administrativo Brasileiro**, parte geral, volume 01. Belo Horizonte: Editora Forum, 2022. p. 213/214.

[283] "A participação e a consensualidade tornaram-se decisivas para as democracias contemporâneas, pois contribuem para aprimorar a governabilidade (eficiência); propiciam mais freios contra o abuso (legalidade), garantem a atenção a todos os interesses (justiça); proporcionam decisão mais sábia e prudente (legitimidade); desenvolvem a responsabilidade das pessoas (civismo); e tornam os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (ordem). Em suma, a consensualidade, posta como alternativa preferível à imperatividade, sempre que possível, ou em outros termos, sempre que não seja necessário aplicar o poder coercitivo, o que se vai tornando válido até mesmo nas atividades delegadas, em que a coerção não é mais que uma fase eventual ou excepcional do emprego do poder (ex: poder de polícia)" (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.p. 41).

[284] CASSAGNE, Juan Carlos. **Os grandes princípios do Direito Público**: Constitucional e Administrativo. Tradução: Marly Peres. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017. p. 540.

[285] O direito a uma boa administração encontra previsão no art. 41 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (Tratado de Nice, França, 2000): "Direito a uma boa administração 1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável. 2. Este direito compreende, nomeadamente: o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afete desfavoravelmente, o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial, a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões. 3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da Comunidade, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros. 4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas oficiais dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua".

possível[286], com respeito aos princípios constitucionais conformadores da atuação estatal e promovendo maior democratização da governança pública, pautando-se por critério de eficiência, economicidade e celeridade[287]:

> Desta feita, o direito fundamental à boa administração vincula, e a liberdade é concedida apenas para que o bom administrador desempenhe de forma exemplar o seu mister. Jamais para o excesso ou para a omissão. Tem-se que o dever último do Poder Público é o da boa administração, entendida esta como a atuação pautada nos princípios e deveres constitucionais, primando-se, sempre, pela concretização dos direitos fundamentais. E a consecução desse dever só será factível mediante uma reformulação do modelo de gestão pública, impondo-se o estabelecimento de critérios mais consensuais e dialógicos, imprimindo-se uma efetiva aproximação entre Estado e sociedade[288].

Insere-se no conceito de direito fundamental à boa administração a proatividade da autoridade administrativa em buscar soluções consensuais para as demandas administrativas[289], incluindo-se esse agir administrativo no conceito dogmático do dever da Administração Pública de efetivar os direitos fundamentais da melhor forma possível com vistas à promoção de uma maior eficiência[290] e respeito à

---

[286] "Como a constitucionalização implica uma centralidade dos direitos fundamentais, no âmbito do Direito Administrativo, observa-se uma abertura à participação dos administrados, titulares daqueles direitos, no agendamento, na execução e no controle do agir administrativo. (...) Foi possível observar que esse paradigma consensual, justamente em razão do caráter geral que têm os modelos em sistemas dogmáticos, acaba por resvalar também no modo como a Administração Pública lida com seus conflitos" (AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de; NATAL, Miccael Pardinho. Constitucionalização, Administração Pública e solução consensual de conflitos. **Fórum Administrativo** – FA, Belo Horizonte, ano 19, n. 222, p. 57-71, ago. 2019. p. 69/70).

[287] AROSO DE ALMEIDA, Mário. **Teoria Geral do Direito Administrativo**, 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2022. p.177.

[288] JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo e VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. Administração Pública brasileira e os 20 anos da Constituição de 1988: momento de predomínio das sujeições constitucionais em face do direito fundamental à boa administração pública. **Fórum Administrativo** – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 9, n. 95, p. 23-34, jan. 2009. p. 33.

[289] "No total, defende-se a existência de seis *standards* de validade dos acordos administrativos de acordo com o princípio da indisponibilidade do interesse público: (i) a submissão da atividade administrativa à legalidade e as condicionantes que isso impõe à realização de acordos; (ii) a necessidade de tratamento isonômico dos particulares com quem a administração realiza esses acordos; (iii) o respeito ao princípio da publicidade; (iv) o dever de motivação dos atos administrativos; (v) a moralidade na atuação dos agentes públicos envolvidos na negociação dos acordos e (vi) a observância ao postulado da segurança jurídica" (FARIA, Luzardo. O papel do princípio da indisponibilidade do interesse público na Administração Pública consensual. **Revista de Direito Administrativo**, v. 281, n. 3, p. 273–302, 2022. p. 297).

[290] "É inegável que o consenso, como modo alternativo de ação estatal, representa para a Política e para o Direito uma benéfica renovação, pois, como já se teve ocasião de descrever, contribui para aprimorar a governabilidade (eficiência), propicia mais freios contra os abusos (legalidade), garante a atenção de todos os interesses (justiça), proporciona decisão mais sábia e prudente (legitimidade), evita os desvios morais (licitude), desenvolve a responsabilidade das pessoas (civismo) e torna os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (ordem)". (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Novas mutações juspolíticas**: em memória de Eduardo García de Enterría, jurista de dois mundos. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 176).

segurança jurídica nas relações com os interessados envolvidos nos acordos administrativos[291].

1.3 Linhas gerais do pragmatismo, neopragmatismo e consequencialismo

O pragmatismo nasceu nos Estados Unidos no final do século XIX. Por consistir em uma ciência voltada ao futuro[292], seu desenvolvimento era conveniente a um país em crescimento como uma crença impulsionadora dos objetivos de uma nação[293]. Seus principais expoentes são Charles Sanders Pierce, William James e John Dewey[294]. O termo pragmatismo é originado de William James, com base nos estudos anteriores de Charles Sanders Pierce[295]:

> Assim, foi William James quem, a partir dos escritos de Peirce, desenvolveu enfaticamente a teoria pragmática e a apresentou para o mundo. Em sua esteira, e quase concomitantemente, John Dewey foi também responsável pelo desenvolvimento dos inúmeros desdobramentos do pragmatismo, bem como por ilustrar largamente as suas múltiplas formas de aplicação. Neste sentido, com James e Dewey, o pragmatismo foi ampliado também em seu escopo. Se em Peirce ele parecia ser filosoficamente apenas uma teoria da significação, a partir de James e Dewey o pragmatismo começa a assumir também a forma de uma teoria da verdade[296].

---

[291] AROSO DE ALMEIDA, Mario. Princípio da legalidade e boa administração: dificuldades e desafios. In: AROSO DE ALMEIDA, Mario (org.). **Teoria Geral do Direito Administrativo**: temas nucleares. Coimbra: Almedina, 2012. p. 33-75.

[292] "Ningún resultado en particular, pues, sino sólo una actitud para orientarse, en eso consiste el método pragmático. La actitud de apartarse de las realidades primeras, los principios, las 'categorías' y las supuestas necesidades, y de dirigir las miras a lo que sucede más adelante, los frutos, las consecuencias, los hechos" (JAMES, William. **Pragmatismo**: Un nuevo nombre para viejas formas de pensar. Tradução: Ramón del Castillo. Madrid: Alianza Editorial, 2000. p. 85)

[293] "Os Estados Unidos eram, ao mesmo tempo, a nação mais democrática do mundo, a mais imbuída de valores comerciais e a mais diversa em termos religiosos e éticos, e, portanto, morais. Diversidade e orientação comercial impulsionaram a equiparação de questões fundamentais, enquanto a democracia conferiu inclinação pragmática à política, como tinha feito na Atenas antiga, porque o cidadão médio tem pouco interesse em questões de princípios. O tom pragmático, claramente observado (apesar de não nomeado) por Tocqueville nos anos 1830, estimulou estimulou uma filosofia autoconscientemente pragmática, e essa filosofia se espalhou para o direito na jurisprudência influente de Holmes, John Chipman Gray, Benjamin Cardozo, e os realista legais dos anos 1920 e 1930, assim como para outros campos" (POSNER, Richard Allen. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 26).

[294] POSNER, Richard Allen. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 19.

[295] JAMES, William. **Pragmatismo Un nuevo nombre para viejas formas de pensar**. Tradução: Ramón del Castillo. Madrid: Alianza Editorial, 2000.

[296] POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo**: teoria social e política. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005, p. 24.

Há entendimentos de que o pragmatismo repousa origem filosófica remota nos sofistas[297], como Protágoras (485 ou 483 a.C. – 410 a.C.) e Górgias (485 a.C. – c. 380 a.C.), que negavam a existência de um critério universal sobre a verdade[298]. Há indicação de que, mesmo nos ensinamentos socráticos, bem como posteriormente em Aristóteles, John Locke e David Hume, já se via na traços do que seria o embrião do pragmatismo e sua relação com a realidade[299].

O pragmatismo possui diversas variações interpretativas, que ramificaram em diferentes escolas[300], cada qual com maior ou menor influência de outras escolas filosóficas, compartilhando teses em comum com outras correntes, como o utilitarismo[301] e o realismo. Há divergência, também, com a própria natureza do pragmatismo (sentido finalístico), visto com diferentes olhos a depender da ramificação adotada, seja como teoria do conhecimento, teoria normativa da decisão, teoria descritiva, meta-teoria, teoria da significação[302] ou simples método anti-filosófico[303].

O denominado neopragmatismo, que pode ser considerado como o atual desenvolvimento do pragmatismo primevo, tem como um dos principais expoentes Richard Rorty, e pode ser descrita mais como uma metodologia *ad hoc*

---

[297] SIMÕES, Edson. **Grandes pensadores do Estado e do direito**: reflexos na organização dos Estados, vol. 2. São Paulo: Almedina, 2022. E-book.

[298] POSNER, Richard Allen. ***Direito, Pragmatismo e Democracia***. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 22.

[299] "El método pragmático no tiene nada de nuevo. Sócrates fue un adepto a él, y Aristóteles lo usó metódicamente. Con su ayuda, Locke, Berkeley y Hume hicieron importantes contribuciones a la verdad. Shadworth Hodgson sigue insistiendo en que las realidades sólo consisten en aquello por relación a lo cual son conocidas. Pero estos antecesores del pragmatismo lo utilizaron parcialmente y sólo fueron sus precursores". (JAMES, William. **Pragmatismo Un nuevo nombre para viejas formas de pensar.** Tradução: Ramón del Castillo. Madrid: Alianza Editorial, 2000. p. 82/83)

[300] CRITCHLEY, Simon; DERRIDA, Jacques; LACLAU, Ernesto e RORTY, Richard. In: MOUFFE, Chantal (org). **Deconstruction and Pragmatism**. New York: Routledge, 1996.

[301] Sobre os problemas da indefinição do utilitarismo para concretização de seus preceitos de maximização da satisfação (felicidade) e moral individual frente à justiça social, ver: POSNER, Richard Alan. *A Economia da Justiça*. Tradução: Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 62/72 e GARCIA, Benigno Pendas. **Jeremy Bentham**: Política y Derecho em los orígenes del Estado Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988. p. 109/116.

[302] "O pragmatismo é um método para fazer filosofia e não uma teoria filosófica" (WAAL, Cornelis de. **Sobre Pragmatismo**. Tradução: Cassiano Terra Rodrigues. São Paulo: Edições Loyola, 2007. p. 22).

[303] ARGUELHESP, Diego Werneck e LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (coord.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p.174.

(instrumental[304]) do que uma teoria analítica[305], que visa, na verdade, redimensionar o propósito da própria filosofia[306] - pregando que problemas filosóficos tradicionais, quando comprovadamente tidos como pseudoproblemas, podem ser ignorados ou dissolvidos[307] - transmutando-a, em um campo cético (em especial com relação às teorias sobre a natureza da verdade), para um exercício retórico[308], pautado na argumentação e persuasão de fundamentos para exercício do poder[309] com base na representação pragmatista da realidade e do conhecimento. Flerta em alguns momentos com o relativismo[310], justamente em razão de sua rejeição à epistemologia[311].

Como características comuns das variações do neopragmatismo, podemos descrever o antiessencialismo, já que adota vocabulário da prática social em vez de teorias (influencia da prática cotidiana do agir e dominar a realidade de John

---

[304] Como para o pragmatismo a decisão pública deve se basear em consequências e fatos e não em conceitos ou abstrações (POSNER, Richard. Allen. **Problemática da Teoria Moral e Jurídica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 358), essa instrumentalidade também objetiva justificar o antigo argumento de refutação do pragmatismo, consistente na simplificação do paradoxo de ser considerado uma "teoria" criada justamente para dar suporte à não aplicação de "teorias" -vulgarmente consideradas em seu amplo aspecto filosófico -, conceitos epistemológicos e metafísicos, em face da prevalência das consequências práticas e reais, ou seja, uma "teoria" para justificar a "prática".

[305] "O problema básico é que o pragmatismo é mais uma tradição, atitude e ponto de vista do que um corpo de doutrina. Ele tem afinidades mais do que extensão" (POSNER, Richard Allen. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 20).

[306] RORTY, Richard. **Philosophy and the Mirror of Nature**. New Jersey: Princeton University Press, 1980. p. 371/394.

[307] POSNER, Richard Allen. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 28.

[308] "No pragmatismo de Rorty, ou seja, em um pragmatismo após *the linguistic turn*, o que importa é ver como alteramos nosso uso de palavras, vocabulários, expressões e jogos de linguagem. O que permite novas e melhores redescrições – para intervenções que possam, com sorte, fazer a diferença na prática, em favor do pluralismo e da democracia" (RORTY, Richard. **Pragmatismo e política**. Tradução: Paulo Ghiraldelli Júnior. São Paulo: Martins, 2005. p. 16)

[309] RORTY, Richard. Filosofia analítica e filosofia transformadora. In: RORTY, Richard e GHIRALDELLI JÚNIOR, Paulo. **Ensaios pragmatistas sobre subjetividade e verdade**. Rio de Janeiro: DP&A, 2006. 49-73).

[310] Justificando a crítica de pragmatismo relativista, Richard Rorty aponta que a associação do pragmatismo com o relativismo é resultado de uma confusão entre a atitude do pragmatista em relação às teorias filosóficas com sua atitude em relação às teorias reais: "the association of pragmatism with relativism is a result of a confusion between the pragmatist's attitude toward philosophical theories with his attitude towards real theories)" (RORTY, Richard. **Consequences of pragmatism (Essays: 1972-1980)**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1982. p. 167).

[311] "Pragmatistas não conformistas, como Dewey, o Wittgenstein maduro em alguns momentos, Karl Marx e Richard Rorty, não acham que as questões epistemológicas e éticas que definiram em grande parte a tradição clássica e que muitos pragmatistas tentaram responder valem a pena ser analisadas porque eles não acham que nada de importante além de uma carreira na filosofia acadêmica gera as respostas. As questões são meras distrações da atividade de nos ajudar a entender e melhorar o mundo, seja ele físico ou social" (POSNER, Richard Allen. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 30).

Dewey[312]); não considera diferença epistemológica entre a verdade sobre o que deveria ser e a verdade sobre o que é, nem qualquer diferença metafísica entre fatos e valores, nem qualquer diferença metodológica entre moralidade e ciência e não há opõe restrições à investigação, exceto as de argumentação, sem nenhuma restrição derivada da natureza dos objetos, do pensamento ou da linguagem, mas somente aquelas restrições fornecidas pelas observações do sujeito[313], bem como o ceticismo quanto às teorias da verdade[314].

Essas características são bem próximas e derivadas do antifundacionalismo da origem do pragmatismo, mas afasta o neopragmatismo de Richard Rorty do próprio pragmatismo em seus sentidos originais[315].

---

[312] HABERMAS, Jürgen. Pragmatismo americano e filosofia alemã: três recensões. In: HABERMAS, Jürgen. **Era das Transições**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 178.

[313] "My first characterization of pragmatism is that it is simply antiessentialism applied to notions like "truth," "knowledge," "language," "morality," and similar objects of philosophical theorizing. (...) Rather, the pragmatists tell us, it is the vocabulary of practise rather than of theory, of action rather than contemplation, in which one can say something useful about truth. (...) So a second characterization of pragmatism might go like this: there is no epistemological difference between truth about what ought to be and truth about what is, nor any metaphysical difference between facts and values, nor any methodological difference between morality and Science. (...) it is the doctrine that there are no constraints on inquiry save conversational ones-no wholesale constraints derived from the nature of the objects, or of the mind, or of language, but only those retail constraints provided by the remarks of our fellow-inquirers" (RORTY, Richard. **Consequences of pragmatism (Essays: 1972-1980)**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1982. p. 162/165)

[314] SANTOS DE MENDONÇA, José Vicente. **Direito Constitucional Econômico**. A intervenção do Estado na Economia à luz da razão pública e do pragmatismo, 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p.38.

[315] "No sentido de estabelecer uma continuidade do pragmatismo com base nos três elementos que o caracterizam em sua origem - o antifundacionalismo, o conseqüencialismo e o contextualismo -, Rorty não pode ser considerado de fato um pragmatista. Como vimos, isso se faz perceber particularmente na exacerbação de seu antifundacionalismo em detrimento das duas outras características que definem o pragmatismo clássico. Exemplos concretos disso são a substituição da ideia de experiência pela de linguagem e a formulação de uma abordagem anti-realista que nega uma importante faceta do pragmatismo original" (POGREBINSCHI, Thamy. Será o neopragmatismo pragmatista? **Novos estudos**, São Paulo, n. 74, p. 125-138, mar. 2006. p.137/138).

Passando às orientações comuns ao pragmatismo[316] no que é relevante ao restrito escopo do presente estudo, pode-se apesentar a rejeição à metafísica[317], a oposição ao nominalismo[318] e a afinidade com o realismo[319], lembrando que existem de diversas correntes derivadas do próprio pragmatismo[320].

[316] POGREBINSCHI, Thamy. ***Pragmatismo****: teoria social e política*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005, p. 25.

[317] "Traigo a colación esta trivial anécdota porque es un ejemplo particularmente sencillo de lo que ahora voy a llamar método pragmático. En primer lugar, el método pragmático es un método para resolver disputas metafísicas que de otra manera podrían resultar interminables. ¿Es el mundo uno o múltiple? ¿Libre o determinado? ¿Material o espiritual? En esta serie de preguntas, cada una de las dos alternativas puede considerarse apropiada o no sobre el mundo. Desde luego, las disputas que suscitan no tienen fin, y en tales casos el método pragmático trata de interpretar cada una de esas ideas señalando sus respectivas consecuencias prácticas. ¿Qué diferencia de orden práctico supondría para alguien el que fuera verdadera tal idea en vez de su contraria? Si no puede señalarse ninguna diferencia práctica, entonces las alternativas significan lo mismo de manera práctica, y toda disputa es vana. Cuando una disputa es seria, debemos ser capaces de mostrar alguna diferencia práctica que tiene que seguirse si un lado o el otro está en lo cierto" (JAMES, William. **Pragmatismo**: Un nuevo nombre para viejas formas de pensar. Tradução: Ramón del Castillo. Madrid: Alianza Editorial, 2000. p. 79/80).

[318] "A ideia relativa à conexão do significado com a linguagem não deve ser confundida com o nominalismo tradicional. Pois não implica que o significado e a essência tenham caráter adventício e arbitrário. A falha do nominalismo reside em sua negação virtual da interação e da associação. A palavra é. por ele considerada não como um modo de ação social, com o qual se alcançam os fins da associação, e sim como a expressão de um estado mental fornecido de antemão, de índole exclusivamente individual; estado mental que, sensação, imagem ou sentimento, é necessariamente particular, já que o som, o gesto ou o caráter escrito envolvidos na linguagem são existências particular (...) A linguagem e suas consequências são caracteres assumidos pela interação natural e pela conjunção natural em condições precisas de organização. O nominalismo ignora a organização, e portanto torna sem sentido os significados" (DEWEY, John. Experiência e Natureza. Tradução: Murilo Otávio Rodrigues Paes Leme. In: **Os Pensadores, vol. XI**. São Paulo: Editor Victor Civita, 1974. p.198).

[319] "A great variety of thinkers call themselves Aristotelians, even the Hegelians, on the strength of special agreements. No modern philosophy or very little has any real right to the title. I should call myself an Aristotelian of the scholastic wing, approaching Scotism, but going much further in the direction of scholastic realism" (PEIRCE, Charles Sanders. The seven systems of Metaphysics. In: **The essential Peirce**: selected philosophical writings, vol. 02. Indianapolis: Indiana University Press, 1998. p. 179-195. p. 180).

[320] "O pragmatismo, à semelhança de Dona Flor, personagem do popular romance de Jorge Amado, 'casou-se' com dois maridos, tendo originado duas estirpes. De um lado, tem-se o tronco filosófico que descende de Charles Peirce, em que o pragmatismo identifica-se com uma ontologia realista e com valores epistêmicos fortes, como as noções de verdade, realidade e objetividade; de outro, o tronco filosófico que descende de William James, com um número maior de herdeiros, em que o pragmatismo identifica-se com uma ontologia nominalista, tendo sido um convite a teorizações relativistas e desconstrucionistas dos valores epistêmicos. Enquanto Susan Haack é representante da primeira estirpe, Richard Rorty — que propôs o abandono da epistemologia — foi o mais influente representante da segunda estirpe" (HERDY, Rachel e MATIDA, Janaina. CNJ pode dificultar formação de juízes na tradição racionalista da prova. **Revista Consultor Jurídico**, 22 out. 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-out-22/limite-penal-cnj-dificultar-formacao-juizes-tradicao-racionalista-prova. Acesso em: 20 jul 2023).

Como matriz comum do pragmatismo, pode-se extrair três características essenciais: o antifundacionalismo, o contextualismo e o consequencialismo[321]:

> Este núcleo comum, que aqui denominamos de matriz pragmatista, pode ser subsumido em três ideias principais: o antifundacionalismo, o conseqüencialismo e o contextualismo. (...) Com efeito, se hoje podemos definir o pragmatismo a partir daquelas suas três características nucleares – o antifundacionalismo, o conseqüencialismo e o contextualismo –, isto decorre da própria aplicação do método pragmatista de análise. Em outras palavras, pragmaticamente, o significado do pragmatismo, como o de qualquer outra teoria, só poderia ser conhecido através do teste de suas conseqüências, isto é, por meio da prospectiva de um futuro ainda em formação. Por conseguinte, as três características que aqui apresentamos como constituintes da definição – e, portanto, do significado – do pragmatismo consistem na resposta à famosa pergunta que consubstancia o método pragmatista: quais as diferenças práticas que o pragmatismo acarretou para a filosofia?[322].

Há entendimento sobre um possível giro pragmático introduzido no Direito Público pelo rompimento ao modelo weberiano de burocracia como estrutura de dominação[323] (vinculação à administração):

> O giro pragmático revela, por seu turno, uma tendência à adoção de estruturas, conceitos, procedimentos e decisões administrativas que sejam aptos a produzir os melhores resultados. Ao pragmatismo interessa, sobretudo, a diferença, em termos práticos, da decisão por uma ou outra proposição. Dá-se, assim, uma ruptura parcial com a Administração Pública burocrática, de matriz weberiana, com ênfase no antifundacionalismo, no contextualismo e no consequencialismo, que são as características que permeiam a metodologia pragmatista. O antifundacionalismo rejeita a existência de premissas teóricas estáticas, perpétuas, imutáveis, abstratas e atemporais. O contextualismo consiste na postura de levar em conta a experiência prática – social, política, histórica, econômica e cultural –, ou seja, o contexto real em que o problema se insere, bem como a intersubjetividade que lhe confere sentido e valor. Finalmente, o consequencialismo importa conduzir sempre qualquer investigação ou avaliação por meio de alguma

---

321 "Apesar de não haver um único pragmatismo homogêneo, mas, sim, diversas formas de compreensão, há de se ressaltar deste três características básicas: a) antifundacionalismo: rejeição à presença de entidades metafísicas ou conceitos abstratos, imunes às transformações sociais; b) contextualismo: baseando a interpretação jurídica em questões práticas, vendo o direito como efetiva prática social; e c) consequencialismo: deve- -se observar as consequências práticas na tomada de decisões (olhando para o futuro, e não para o passado)" (MARTINS, Vinícius Alves Portela. Analisando pragmaticamente a intervenção regulatória derivada da incidência de CIDEs: o caso da Condecine Licença (art. 32, I da MP 2.228-1/2001), incidente sobre obras publicitárias veiculadas na internet. In: SANTOS DE MENDONÇA, José Vicente e LEAL, Fernando (org.). **Transformações do direito administrativo**: consequencialismo e estratégias regulatórias. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016. p.358/359).

322 POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo**: teoria social e política. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005, p. 24/25.

323 WEBER, Max. **Economia e Sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva, Vol. 02, 3ª ed. Tradução: Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. p.198-233.

> antecipação prognóstica de suas consequências futuras; essa antecipação é essencial para o saber pragmático, a fim de que possa avaliar qual a diferença que determinada decisão produzirá sobre a realidade[324].

O antifundacionalismo pode ser entendido como o caráter instrumental do pragmatismo, consistente na rejeição de conceitos metafísicos e não submetidos a métodos científicos prévios que considerem as consequências na realidade. Charles Pierce era contrário ao método *a priori* (categorias apriorísticas ou dogmas), que entendia como arbitrário por derivar das escolhas de filósofos precedentes que não utilizaram métodos científicos que pudessem ser submetidos à prova da experiência (consequências práticas[325]), mas meras opções na criação de conceitos metafísicos[326].

Assim, há rejeição de qualquer fundamento prévio estático, utilizando-se da lógica comparativa de cognições derivativas anteriores, para se aferir qual conduta

---

[324] BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p 328.

[325] "O antifundacionalismo pode ser assim definido como uma posição epistemológica que afirma a ausência de uma ancoragem objetiva para os critérios de justificação epistêmica. Essa ideia fica clara quando Rorty afirma que a justificação epistêmica (de nossas crenças sobre os fatos) é exclusivamente uma questão de 'prática social' ou 'conversacional', sem qualquer ligação com a ideia de mundo real. Não é difícil vislumbrar por que razão o pragmatismo antifundacionalista é problemático para a formação de magistrados comprometidos com a tradição racionalista da prova. Se não há fundações na qual possamos ancorar nossas justificações, a prova então deve ser encarada como mero instrumento retórico? Nesse caso, o objetivo da prova no processo é apenas a persuasão (ou o apelo às emoções subjetivas) de jurados e juízes? Se não existem âncoras, faz sentido discutir critérios de valoração racional das provas ou a determinação de standards probatórios? Para um pragmatista antifundacionalista, a justificação epistêmica é uma questão de construção da mente humana sem acoplamento ao mundo real. Isso implica que as razões que justificam a determinação dos fatos em um processo dependem exclusivamente do que o magistrado pensa a respeito delas, e não do quão boas objetivamente elas são" " (HERDY, Rachel e MATIDA, Janaina. CNJ pode dificultar formação de juízes na tradição racionalista da prova. **Revista Consultor Jurídico**, 22 out. 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-out-22/limite-penal-cnj-dificultar-formacao-juizes-tradicao-racionalista-prova. Acesso em: 20 jul 2023).

[326] "*The truths that the metaphysician infers can be brought to the test of experience, if at all, only in a department of experience quite foreign from that which furnishes his premises. Thus a metaphysician who infers anything about a life beyond the grave can never find out for certain that his inference is false until he has gone out of the metaphysical business, at his present stand, at least. The consequence is that unless the metaphysician is a most thorough master of formal logic,—and especially of the inductive side of the logic of relatives, immeasurably more important and difficult than all the rest of formal logic put together,—he will inevitably fall into the practice of deciding upon the validity of reasonings in the same manner in which, for example, the practical politician decides as to the weight that ought to be allowed to different considerations, that is to say, by the impressions those reasonings make upon his mind, only with this stupendous difference, that the one man's impressions are the resultant of long experiential training, while with such training the other man is altogether unacquainted*" (PEIRCE, Charles Sanders. Philosophy and the Condut of Life. In: **The essential Peirce**: selected philosophical writings, vol. 02. Indianapolis: Indiana University Press, 1998. p. 27-41. p. 30).

tem maior aptidão de alterar as consequências práticas que envolvem o sujeito e o objeto[327]. Com isso, pode-se resumir o antifundacionalismo:

> Trata-se de uma permanente rejeição de quaisquer espécies de entidades metafísicas, conceitos abstratos, categorias apriorísticas, princípios perpétuos, instâncias últimas, entes transcendentais, dogmas, entre outros tipos de fundações possíveis ao pensamento. Trata-se, afinal, de negar que o pensamento seja passível de uma fundação estática, perpétua, imutável. O antifundacionalismo pragmatista se exerce também na recusa à ideia de certeza e aos tradicionais conceitos filosóficos de verdade e realidade; não se trata de negar a existência da verdade e da realidade, mas sim de submeter seus conceitos tradicionais a um novo método. Por fim, o antifundacionalismo pragmatista se apresenta ainda sob a forma de uma crítica incessante; não se trata de uma crítica determinada e direcionada a um objeto concreto, mas de um desejo permanente de crítica, da crítica enquanto método de pensamento[328].

Já o contextualismo, que possui diferentes nuances a depender de seu teórico, pode ser conceituado como a ênfase de todos os componentes de influência que formam o contexto (por exemplo, político, histórico, social, ambiental, econômico,

---

[327] Importante diferenciar que se para Charles Sanders Pierce o pragmatismo é uma teoria de significação de conceitos (pragmatismo como método lógico que diferencia cognições com a finalidade de alcançar a que melhor observa as reais consequências práticas através de um processo investigatório que não depende da certeza da conclusão, mas da função corretiva de detecção dos erros e aprimoramento posterior, independentemente da opinião pessoal do sujeito), para Wiliam James o pragmatismo é uma teoria da verdade, sendo um método cujo escopo é dirimir conflitos intermináveis de conceitos metafísicos dissociados das consequências práticas da realidade, sendo as ideias componentes da experiência e não meramente instrumentos de interpretação da experiência, vez que "para o pragmatista, se nenhuma diferença prática pode ser observada é porque as alternativas significam praticamente a mesma coisa e, por conseguinte, qualquer disputa em torno delas é vã" (POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo**: teoria social e política. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005, p. 31). Ainda nesse sentido: Según los principios pragmatistas, no podemos rechazar hipótesis alguna si de ella se desprenden consecuencias útiles. Las concepciones universales, entendidas como cosas a tener en cuenta, pueden ser tan reales para el pragmatismo como las sensaciones particulares. Desde luego, si carecen de uso no tienen significado ni realidad, pero si tienen algún uso, también tendrán su significado equivalente. Y ese significado será veraz, si ese uso cuadra bien con otros usos de la vida. Ahora bien: la utilidad de lo Absoluto se ve demostrada por todo el curso de la historia religiosa de los hombres. Los brazos eternos están por debajo. (JAMES, William. **Pragmatismo Un nuevo nombre para viejas formas de pensar**. Tradução: Ramón del Castillo. Madrid: Alianza Editorial, 2000. p. 21)

[328] POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo**: teoria social e política. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005, p. 26.

religioso, comportamental, científico *etc*.) no resultado decorrente do processo de investigação filosófica ou científica[329].

Um conceito deve ser formado com base em fatos comprovados pela experiência na realidade conforme seu contexto e prática social. Aqui há forte influência do empirismo, especialmente considerando experiência como constituição de práticas sociais:

> O que o método empírico requer da filosofia são duas coisas: a primeira, que os métodos e as produções refinadas sejam conectados com sua origem na experiência primária, em toda a sua heterogeneidade e plenitude; isto de modo que as necessidades e os problemas de onde se originaram e a que têm que satisfazer sejam reconhecidos. A segunda, que os métodos secundários e as conclusões secundárias sejam trazidos às coisas da experiência ordinária, em toda a sua rudeza e crueza, a fim de que sejam verificados. Deste modo, os métodos de reflexão analítica produzem material que fornece os ingredientes de um método de designação, de denotação em filosofia[330].

Dentro das diferentes escolas do pragmatismo (especial Charles Pierce, William James e John Dewey), tem-se o ideal comum de contextualismo como a "a ênfase nas ideias de experiência e de prática, a exaltação dos fatos e da necessidade de se proceder a uma investigação compartilhada para se gerar significados e idéias comunitariamente convergentes[331]".

---

[329] "O contextualismo consiste talvez em uma das características do pragmatismo que mais encontra reflexos no âmbito da história da filosofia. (...). Em outras palavras, trata-se de reivindicar consideração às crenças políticas, religiosas, científicas, enfim, à cultura da sociedade e às relações que mantém com as instituições e práticas sociais. A este corpo de crenças, o pragmatismo chama de experiência. E a experiência é o conceito-chave para que se possa compreender a ideia de contexto; aliás, em termos gerais, pode-se dizer que a experiência é o mais abrangente dos contextos. (...). A prática é o principal elemento constitutivo da experiência; além de ser um conceito presente no seio do antifundacionalismo e do conseqüencialismo pragmatista, como vimos, o é também – e principalmente – de seu contextualismo. (...). Ainda, no centro desta ideia, vale dizer, no centro do contextualismo pragmatista, está o conceito de investigação e, mais especificamente, o conceito de 'comunidade de investigação'. A este conceito, o pragmatismo alia algumas de suas principais ideias contextualistas: a ênfase nos fatos (o método pragmatista, experimental em sua essência, se baseia, sobretudo, nos fatos inquestionáveis da experiência cotidiana e no que pode ser deduzido deles), a relevância da concretude, a importância do social (para o pragmatismo, o pensamento está sempre incrustado em um contexto de prática social), o papel da comunidade, a ideia de adaptação (...)" (POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo**: teoria social e política. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005, p. 49/50).

[330] DEWEY, John. Experiência e Natureza. Tradução: Murilo Otávio Rodrigues Paes Leme. In: **Os Pensadores**, vol. XI. São Paulo: Editor Victor Civita, 1974. p.184.

[331] POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo**: teoria social e política. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005, p. 61.

O pragmatismo é aberto ao experimentalismo (concepção experimentalista da investigação de John Dewey[332] e prioridade empírica[333]), diferenciando-se, assim, de qualquer confusão com a "prática" na concepção kantiana, que por envolver a moral e imperativos, inadmite relativização ou qualquer tipo de experimentação[334].

Já o último elemento característico, o consequencialismo, é o mais próximo à disposição contida no art. 20 da LINDB. Ele determina a observância das consequências práticas na decisão baseada em valores jurídicos abstratos. Ele será analisado no próximo tópico, haja vista a necessidade de maior aprofundamento de seu impacto quanto à interpretação do art. 20.

O pragmatismo aplicado no âmbito do Direito conduz à uma preocupação com as consequências práticas decorrentes das decisões públicas, deslocando o *locus* para os decisores e juízes [335], afastando-o do próprio direito positivo:

> O pragmatismo aplicado ao direito no máximo tira dos juízes a alegação de estarem engajados numa atividade científica neutra de casar os fatos com as leis, em vez de numa atividade basicamente política de formulação e aplicação de políticas públicas chamadas de direito. Esta é uma alegação feita em nome das teorias legais de esquerda, bem como de direita. Ronald Dworkin alega estar engajado numa busca objetiva de respostas certas a questões legais constitucionais e em outras questões legais difíceis e despreza os adeptos do movimento dos estudos jurídicos críticos e outras teorias legais 'pós-modernistas' e critica Rorty por afirmar que a busca é inútil. Assim o pragmatismo debilita Dworkin, um liberal de esquerda - enquanto não persegue os juízes alemães que, durante o período nazista, rejeitaram o

---

[332] DEWEY, John. Experiência e Natureza. Tradução: Murilo Otávio Rodrigues Paes Leme. In: **Os Pensadores**, vol. XI. São Paulo: Editor Victor Civita, 1974. p.159-210

[333] POSNER, Richard Allen. Direito, **Pragmatismo e Democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 25.

[334] "El pragmatismo representa una actitud completamente familiar en filosofía: la actitud empirista; pero a mi modo de ver, lo hace de una forma más radical y a la vez menos objetable que la hasta ahora adoptada. (…). Se aparta de la abstracción y de la insuficiencia de las soluciones verbales, de las malas razones a priori, de los principios inmutables, de los sistemas cerrados y de los pretendidos 'absolutos' y 'orígenes'. El pragmatista se vuelve hacia la concreción y la determinación, se dirige hacia los hechos, hacia la acción y hacia el poder. Esto significa el predominio de un temperamento empirista y un sincero abandono del temperamento racionalista. Significa el aire libre y las posibilidades de la naturaleza, y también una actitud contraria a los dogmas, a la artificialidad y a la falsa pretensión de poseer la verdad de forma concluyente. (…) Las teorías, pues, se convierten en instrumentos en los que podemos apoyarnos, y no en respuestas a enigmas; instrumentos, y no soluciones a enigmas que nos permitan descansar o pararnos. No nos recostamos en ellas, nos movemos hacia delante y, en ocasiones, rehacemos la naturaleza con su ayuda. El pragmatismo flexibiliza todas nuestras teorías, las desentumece y las pone a funcionar a cada una. Y, como no es nada esencialmente nuevo, armoniza con muchas tendencias filosóficas antiguas" (JAMES, William. **Pragmatismo Un nuevo nombre para viejas formas de pensar**. Tradução: Ramón del Castillo. Madrid: Alianza Editorial, 2000. p. 83/84)

[335] "O maior perigo do pragmatismo judicial é a preguiça intelectual. É muito mais fácil reagir visceralmente a um litígio do que analisá-lo. O juiz pragmático não deve esquecer jamais que é um magistrado, ou seja, que deve levar em conta todas as fontes e os argumentos jurídicos pertinentes a determinada causa" (POSNER, Richard Alan. **A problemática da teoria moral e jurídica**. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo WMF Martins Fontes, 2012. p.415).

> processo de tomada de decisão formalista como um impedimento de pôr o direito em conformidade com o espírito do regime. Rorty execra o nazismo e olha Dworkin olho no olho, em termos políticos. Porém o pragmatismo rortyano, aplicado ao direito, desafia a jurisprudência de Dworkin, mas não a dos nazistas. Rorty advoga uma concepção 'visionária' de adjudicação constitucional. 'Uma mudança de paradigma', defende ele, pode ser 'necessária para quebrar uma 'má coerência'. Tal mudança pode ser iniciada quando juízes visionários conspiram para evitar....'o juiz complacente'...de perpetuar tal coerência[336].

O ideal de um juiz pragmatista contempla a disposição de correção do legislador ("má coerência", "concepção visionária do juiz", combate ao "juiz complacente") em aspectos externos ao Direito (como a moral, a economia, a política, o social, *etc*), aproximando-o às diversas formas de ativismo judicial[337], panprincipiologismo [338] e à vulgata do neoconstitucionalismo[339]:

> O chamado neoconstitucionalismo – uma das variantes do consequencialismo -, lastreado filosoficamente em correntes neopositivistas,

---

[336] POSNER, Richard Allen. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 35/36.

[337] ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**, 5ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 1.481-1.570.

[338] "Positivaram-se os valores: assim se costuma anunciar os princípios constitucionais, circunstância que facilita a 'criação', em um segundo momento, de todo tipo de 'princípio', como se o paradigma do Estado Democrático de Direito fosse a 'pedra filosofal da legitimidade principiológica', da qual pudessem ser retirados tantos princípios quantos necessários para solvermos os casos difíceis ou "corrigir" as incertezas da linguagem (...) Percebe-se, assim, uma proliferação de princípios, circunstância que pode acarretar o enfraquecimento da autonomia do direito (e da força normativa da Constituição), na medida em que parcela considerável (desses 'princípios') é transformada em discursos com pretensões de correção e, no limite, como no exemplo da 'afetividade', um álibi para decisões que ultrapassam os próprios limites semânticos do texto constitucional. Assim, está-se diante de um fenômeno que pode ser chamado de 'panprincipiologismo', caminho perigoso para um retorno à 'completude' que caracterizou o velho positivismo novecentista, mas que adentrou ao século XX: na 'ausência' de 'leis apropriadas' (a aferição desse nível de adequação é feita, evidentemente, pelo protagonismo judicial), o intérprete 'deve' lançar mão dessa ampla principiologia, sendo que, na falta de um 'princípio' aplicável, o próprio intérprete pode criá-lo" (STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 518/539).

[339] "Ou, na outra ponta do problema, sob pretexto da superação das posturas objetivistas, vê-se o surgimento das diversas (neo)teorias, como o neoconstitucionalismo e o neoprocessualismo, que apostam no protagonismo judicial e no instrumentalismo processual, dando azo a uma verdadeira fábrica de princípios. Isso para dizer o mínimo. (...) Por isso alguns juristas compreenderam mal o sentido do novo Constitucionalismo. Explicando melhor: por não terem compreendido o problema da diferença entre o velho positivismo exegético (sintático) e o positivismo normativista (semântico), pensaram que o 'neoconstitucionalismo' seria a forma de superar o exegetismo. E, para isso, apelaram para a busca de valores que estariam 'escondidos' por debaixo dos textos legais. Com isso, não foram além de Kelsen (...) Ora, sob a bandeira 'neoconstitucionalista' defende-se, ao mesmo tempo, um direito constitucional da efetividade; um direito assombrado pela ponderação de valores; uma concretização ad hoc da Constituição e uma pretensa constitucionalização do ordenamento a partir de jargões vazios de conteúdo e que reproduzem o prefixo neo em diversas ocasiões, tais quais: neoprocessualismo (sic) e neopositivismo (sic)" (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. E-book).

> pós-positivistas e outras afins, apresenta-se como uma versão atualizada do velho positivismo kelseniano, com alguns toques de modernidade.(...) Assim, desde que lastreada em argumentação lógica e coerente com os resultados práticos que pretende alcançar, com lastro em princípios constitucionais abstratos e indeterminados, portanto subjetivos, as decisões judiciais poderão alcançar resultados que, na prática, atribuam capacidade legiferante ao julgador ou apoderem-se da competência do gestor público. Nessa perspectiva pragmática, viabiliza-se o recurso a uma moral individualista, materialista, relativista, formalista e utilitária. O postulado kelseniano afirmando que interpretar é um "ato de vontade" e não um "ato de conhecimento" encontra plena fruição também no neoconstitucionalismo e nas correntes consequencialistas em geral, embora seus agentes se apresentem como eminentemente racionais, lógicos e científicos[340].

Esse ideal abstrai e não justifica, contudo, a possibilidade de um juiz pragmático proferir decisões repulsivas a esses próprios elementos exógenos, além de deixar de fora questões importantes relativas à legitimidade democrática do legislador e a autonomia do Direito enquanto ciência[341]. Nesse sentido, o pragmatismo atribuiria ao Direito uma função meramente instrumental para sustentar opções consequencialista derivadas do decisor:

> O tom da crítica denuncia como a adoção de uma atitude pragmática por juízes reais pode ser uma escolha controvertida. A expressão pragmatismo jurídico costuma ser associada por quem a repudia com (i) uma concepção cética sobre a possível relação conceitual entre direito e vinculação ao passado, ao negar a força de decisões políticas preexistentes como capazes de fornecer, por si sós, justificativas para o exercício da coerção estatal no presente, (ii) uma postura cínica sobre a existência e a proteção de direitos fundamentais e (iii) a expressão de um ecletismo vazio. Agregadas, essas características conduziriam invariavelmente a uma concepção instrumentalista do direito. Com foco na decisão jurídica – notadamente da decisão judicial –, o pragmatismo é rejeitado em sua roupagem instrumentalista por tornar as peças do direito simples meios para a realização dos objetivos considerados relevantes pelo decisor. Nessa perspectiva, o direito é encarado como instrumento para a concretização de interesses pessoais ou de certos grupos, tornando-se uma casca vazia manipulável e preenchível com qualquer tipo de conteúdo para o alcance de quaisquer finalidades[342].

Nesse aspecto, o pragmatismo não se importa com a ideia de autonomia do Direito como ciência ou enfraquecimento da democracia pela usurpação da atividade

---

[340] RODRIGUES DO AMARAL, Antonio Carlos. O Juiz-Legislador: consequencialismo e Constituição à la carte no Brasil. A democracia e a necessária restauração do equilíbrio entre os Poderes da República. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; CHALITA, Gabriel e NALINI, José Renato. **Consequencialismo no Poder Judiciário**. Indaiatuba: Editora Foco, 2019. p. 159-196. p.160/161

[341] STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 517.

[342] LEAL, Fernando. Juízes pragmáticos são necessariamente juízes ativistas? **Revista Brasileira de Direito**, v. 17, n. 1, 2021. p.08/09.

legislativa, transitando por uma discricionariedade assujeitadora da realidade[343] uma vez que inexiste contenção do decisor em atuar como legislador positivo[344]:

> Por fim, outra importante alternativa ao interpretativismo, formulada nos Estados Unidos, é o pragmatismo judicial. Trata-se de uma modalidade de interpretação constitucional que procura produzir resultados que sejam "bons" para o presente e para o futuro (com base em algum critério de determinação do que seja bom), sem dever o intérprete se vincular ao texto, aos precedentes ou à intenção original dos constituintes. A melhor decisão, para o pragmatismo, é a que gera melhores consequências práticas, não a que seja mais coerente com o texto constitucional ou com seus valores fundamentais. O pragmatismo é consequencialista e contextualista: o que importa são as consequências da decisão, e estas devem ser avaliadas no contexto em que a decisão se insere. Por isso, não raro, o pragmatismo leva à formulação de proposições perigosas quanto à observância da dignidade da pessoa humana, ao autorizar decisões que se legitimam por beneficiar a maioria, mesmo que isso implique flexibilizar direitos individuais[345].

Há evidente aproximação de figuras como o iluminismo judiciário, o ativismo judicial, as concepções ordinárias proporcionalidade e de neoconstitucionalismo[346] -

---

[343] "Afirmei que os pragmatistas inventam seus adversários por meio de bizarras transformações de afirmações comuns e, em seguida, defendem esse movimento ao insistirem que esses supostos adversários não estão se expressando de maneira comum, mas sim tentando ocupar algum nível especial e externo de discurso, que, na verdade, o pragmatista não pode descrever, mas cuja existência insiste em afirmar" (DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 63/64). Sobre a crítica do entendimento sobre o pragmatismo desenvolvido por Ronald Dworkin, ver: POSNER, Richard Alan. **A problemática da teoria moral e jurídica**. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo WMF Martins Fontes, 2012. p.399/403.

[344] "Quanto às críticas ao pragmatismo, tem-se: a (i) primeira, representada pelo utilitarismo ligado à sua forma de decidir, o que violaria no caso em concreto (ou não se importaria) com os valores e princípios fundamentais; uma segunda crítica (ii) seria a ampliação do poder discricionário do juiz, deixando de ser este a boca da lei ou principialista prático, mas decidindo o melhor, de acordo com as consequências que ele próprio tenha escolhido (o que daria margem ao aumento da subjetividade, mesma crítica feita aos principialistas); (iii) ineficiência em termos de resultado, pois o formalismo seria o caminho mais prático para se produzir melhores consequências (além de mais seguras); e (iv) o instrumentalismo, que derrotaria a ideia de bem comum". (MARTINS, Vinícius Alves Portela. Analisando pragmaticamente a intervenção regulatória derivada da incidência de CIDEs: o caso da Condecine Licença (art. 32, I da MP 2.228-1/2001), incidente sobre obras publicitárias veiculadas na internet. In: SANTOS DE MENDONÇA, José Vicente e LEAL, Fernando (org.). **Transformações do direito administrativo**: consequencialismo e estratégias regulatórias. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016. p.359/360).

[345] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. E-book.

[346] "Por consequencialismo entende-se a adaptação das decisões às suas consequências na realidade para as quais são destinadas com flexibilização do entendimento teleológico das normas, na busca de uma justiça transcendente. (...) O neoconstitucionalismo trilha linha semelhante ao admitir uma relativização do texto a ser examinado pelo Judiciário com considerável margem para a busca da justiça dentro do quadro alargado da hermenêutica. Tanto o consequencialismo quanto o neoconstitucionalismo geram uma politização do Judiciário que, não poucas vezes, invade competências próprias de outros poderes, com a judicialização da política, levando as correntes minoritárias a buscar no Judiciário forma de suprir sua incapacidade de fazer prevalecer suas opiniões ou ideologias" (MARTINS, Ives Gandra da Silva. Consequencialismo jurídico e a Constituição de 1988. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; CHALITA, Gabriel e NALINI, José Renato. **Consequencialismo no Poder Judiciário**. Indaiatuba: Editora Foco, 2019. p. 17-28. p.17/18).

este último através da distorção do ideal de "laboratório constitucional de inovação[347]" -, enquadrados como retóricas para uma "adaptação" da legislação positiva frente à "realidade".

Na verdade, o pragmatismo na seara jurídica mais se importa com a qualidade dos juízes como decisores do que com a filosofia hermenêutica aplicada[348].

É inegável a abertura pragmatista introduzida pelo art. 20 da LINDB, dando maiores tons consequencialistas ao Direito Público[349]. Isso não indica, contudo, que houve uma completa adesão pragmatista pela inclusão legislativa[350], especialmente pelo déficit existente nos órgãos brasileiros (judiciais, administrativos e controladores) quanto à percepção do antifundacionalismo e do contextualismo - que também são elementos importantes do pragmatismo - em sua atividade decisória, historicamente impregnada pela dogmática-jurídica de matiz tecnicista e positivista[351].

Da mesma forma, não há tradição do pragmatismo no meio jurídico nacional[352], além do ceticismo moral do pragmatismo não encontrar ressonância teórica

---

[347] HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy**: the origins and consequences of the new constitutionalism. Harvard University Press: Massachusetts, 2004. p.223.

[348] Para o pragmatismo, inexiste qualquer ofensa ao regime democrático quando há correção pelo decisor da aplicação das leis aprovadas pelos legisladores, que são escolhidos pelo povo como seus representantes, sendo que todo o poder emana do próprio povo (art. 1º, parágrafo único da CF). Essa correção é justificada quando não se considera as consequências práticas decorrentes de análise científica (empírica) da prática social. Não importa quem está errado (Legislativo, Judiciário ou Executivo), mas importa a qualidade de quem corrigirá esse erro. Diante dessa natureza corretiva, o pragmatismo considera o direito como instrumental, solapando argumentos de vulneração de sua autonomia e permitindo interpretações *contra legem* e corretivas da legislação positiva.

[349] "(...) os ideais do pragmatismo jurídico têm sido intensificados nos últimos anos no ordenamento jurídico pátrio, especialmente a partir das alterações implementadas na LINDB pela Lei 13.655/2018" (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Análise de impacto regulatório e pragmatismo jurídico: levando as consequências regulatórias a sério. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 8, n. 2, p. 136-152, 2021. p. 150).

[350] Da mesma forma que a previsão do art. 926 do CPC não implicou na adesão automática à teoria da integridade (*law as integrity*) de Ronald Dworkin e o art. 111 do CTN não implicou na adesão ao positivismo exegético (Escola da Exegese).

[351] "É possível perceber a importância da releitura do direito administrativo a partir do pragmatismo jurídico, superando-se teorizações abstratas e fundamentalistas que não se amoldam ao ordenamento constitucional plural. (...) Não se pretende afirmar, no entanto, que o pragmatismo seja o único meio de interpretação do ordenamento jurídico, mas, sem dúvida, representa uma importante ferramenta para se compatibilizar as normas com a realidade. Da mesma forma, o fato de o pragmatismo propor a interpretação comprometida com o contexto e com as consequências não significa, por certo, que o intérprete tenha que desconsiderar os valores consagrados na Constituição. A interpretação do direito administrativo deve levar em consideração os valores constitucionais conflitantes, mas, por certo, as consequências serão utilizadas como critérios justificadores para prevalência de determinado valor na solução do caso concreto". (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A releitura do Direito Administrativo à luz do pragmatismo jurídico. **Revista de Direito Administrativo**, v. 256, p. 129–163, 2011. p. 158).

[352] LIMA, Lucas Asfor Rocha. Breve reflexão sobre o consequencialismo e o artigo 20 da LINDB. **Revista Consultor Jurídico**, 05 ago. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-ago-05/rocha-lima-consequencialismo-artigo-20-lindb. Acesso em: 05 jan. 2023.

substancial na jurisprudência majoritária brasileira, que encontra resistência ao seu relativismo moral como elemento do processo decisório.

Igualmente, a coexistência de diversas ramificações teóricas do próprio pragmatismo, que são correntes contraditórias entre si, mostra-se inviável a afirmação de adesão legislativa absoluta por determinada corrente pragmática[353]. O consequencialismo é só uma das características do pragmatismo[354]. Trata-se, bem verdade, da aplicação diluída do pragmatismo através da observância isolada de uma de suas características: o consequencialismo[355].

A Lei nº 13.655/2018 não parece que tentou promover um complexo diálogo entre o pragmatismo filosófico – e sus diferentes correntes – com o pragmatismo jurídico. A mudança legislativa buscou um pragmatismo mais trivial, básico e simples, apoderando-se do conceito linguístico de "pragmatismo" e "consequencialismo" somente para fins de melhor compreensão do escopo almejado: que as decisões

---

[353] POSNER, Richard Allen. **A problemática da teoria moral e jurídica**. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo WMF Martins Fontes, 2012. p.378/379. Esclarecendo o caráter pragmático da decisão judicial de Posner: "A proposta pragmatista de Posner espelha uma particular preocupação com os resultados das decisões judiciais, estando ciente tanto de seus impactos internos como também, de forma mais ampla, na conformação do sistema jurídico para o futuro. Todavia, tal dimensão proporciona um protagonismo ao magistrado que ameaça a previsibilidade e conduz a certo grau de incompatibilidade em comparação às outras atividades estatais (legislativa e executiva). A proposta pragmatista fornece uma base legitimadora às decisões judiciais sem impor limites objetivos ao decisionismo, apto a enfraquecer a força normativa dos preceitos constitucionais e sem possibilitar uma abertura participativa e de controle efetivo pela sociedade em geral" (CAMBI, Eduardo e BALERA, José Eduardo Ribeiro. Entre Posner, Rawls e Dworkin: o ato de julgar, a motivação e a resposta correta **Revista de Processo**, vol. 277/2018. p. 133 – 157, mar 2018. p.152).

[354] "Alguns juristas que se autodeterminam pragmatistas querem apenas dizer que são indivíduos práticos, mais interessados nas reais consequências de decisões políticas e jurídicas específicas do que em teorias abstratas. Porém, 'pragmatismo' também é o termo que designa um tipo de teoria filosófica abstrata" (DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 53/54)

[355] "É curioso que Dworkin, que é bem conhecido por acreditar que os juízes devem engajar em deliberação moral e filosófica - que deveriam basear decisões em princípios, que ele vê como tendo um caráter totalmente diferente de políticas, que estão no domínio do pensamento utilitarista (e assim do consequencialismo) -, insiste que a tomada de decisão pragmática deve ser sempre consequencialista em caráter. Como tenho me esforçado para explicar, nada no pragmatismo decreta que a análise de custo-benefício ou maximização da utilidade ou outros métodos consequencialistas serão o único método legítimo de tomada de decisões. A deliberação prática, como o próprio Dworkin bem sabe, e de fato insiste, não pode ser assim restringida. Os filósofos pragmáticos clássicos não eram consequencialistas, não há motivo por que os avatares da atualidade devam ser" (POSNER, Richard Allen. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 264).

públicas sejam mais realísticas quando da concretização decisória de conceitos jurídicos abstratos[356].

A alteração legislativa, portanto, foi no intuito da tentativa de introduzir a realidade[357] ao sistema público-decisório através da vinculação da observância das consequências práticas[358], combatendo-se a insegurança e indeterminação pela racionalidade e proporcionalidade quando da motivação da interpretação de valores jurídicos abstratos[359] no ato decisório, como "a disposição de basear decisões públicas em fatos e consequências, não em conceitualismos e generalizações[360]".

---

[356] "Evidentemente, o pragmatismo, embora um paradigma adjudicatório contemporâneo, não deve ser tratado como uma panaceia para todos os problemas jurisdicionais, que dirá o consequencialismo, mas o relevo destes é justamente em rechaçar certo nefelibatismo que vinha prevalecendo e conferir balizas mais adequadas e realísticas para o processo decisório e para realização dos valores propalados pela Constituição" (GABRIEL, Anderson de Paiva. O neoconstitucionalismo pragmático e a jurisdição contemporânea. **Revista de Análise Econômica do Direito**. vol. 6. ano 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./dez. 2023).

[357] O Ministro Eros Grau, em seu voto como relator no julgamento da ADI nº 3689 (Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2007), com base na doutrina de Georg Jellinek, utilizou fundamentação baseada na força normativa dos fatos (*normative Kraft des Faktischen*), destacando que "na vida do Estado as relações reais precedem as normas em função delas produzidas", ressaltando a importância, inclusive normativa, da observância da realidade.

[358] "No último degrau da escala de vinculação da Administração ao direito, encontram-se os atos vinculados diretamente por princípios (constitucionais, legais ou regulamentares), impropriamente denominados de atos discricionários. Aqui, à míngua de regras ou conceitos indeterminados a preordenar a atuação administrativa, recairá sobre o administrador a tarefa de escolher, dentre as opções jurídica e materialmente disponíveis, aquela que melhor concretiza os fins colimados pela norma de competência (constitucional, legal ou regulamentar). A vinculação direta a princípios proporciona o mais baixo grau de vinculação administrativa à juridicidade" (BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 246/247)

[359] Acerca da proposta metodológica do Direito através do sistema móvel preconizado por Walter Wilburg, tem-se que a segurança jurídica, quanto à aplicação de princípios, adviria da certeza material de orientação por parte do próprio decisor: "Na exposição da teoria do sistema móvel, Wilburg exprime com clareza a exigência de que os princípios segundo os quais deve atuar o juiz sejam fixados pelo legislador. Somente assim, de fato, ele pode evitar as críticas dirigidas por décadas ao Movimento do Direito Livre: em particular, a de transformar o juiz em legislador do caso concreto. Porém, para os dogmáticos tradicionais, apenas a menção à norma geral e abstrata e apenas sua aplicação o mais literal possível garantem a certeza do direito. (...) Aquilo que o sistema móvel pode oferecer ao cidadão são as certezas materiais: uma 'certeza da orientação' (*Orientierungssicherheit*), no sentido de que, em certa medida, o cidadão pode saber como se comportará o juiz; uma certeza sobre o conteúdo não-formal da lei; uma certeza da igualdade proporcional de tratamento (*proportionale Gleichbehandlung*), no sentido de que o sistema móvel oferece maiores possibilidades de tratar cada caso levando em considerações sua diversidade" (LOSANO, Mario Giuseppe. **Sistema e estrutura no direito**, vol. 02. Tradução: Luca Lamberti. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 299/301).

[360] POSNER, Richard Alan. **A problemática da teoria moral e jurídica**. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo WMF Martins Fontes, 2012. p.358.

1.4. Passagem gradual da abstração do conteúdo da fundamentação decisória para o primado da realidade e das consequências da decisão: o giro-paradigmático e o caminhar consequencialista.

A terceira transformação no Direito Administrativo impactante para a motivação da decisão administrativa é a mudança – ainda em curso[361] – da fundamentação decisória baseada em valores abstratos para o primado da realidade das consequências, no que Gustavo Binenbojm denominou de "giro-pragmático".

Originado no Brasil a partir da década de 90, esse giro pragmático remonta raízes no movimento estatal voltado para o gerencialismo[362] (boa governança) da Administração Pública, que buscou melhores mecanismos para maior eficiência da prestação e organização dos serviços públicos[363]. Dentre esses mecanismos, destaque-se a privatização de serviços públicos e a criação de agências reguladoras de serviços públicos:

> Nada obstante, os ventos que sopraram em outras partes do mundo nas últimas décadas do século XX aportaram no Brasil, finalmente, a partir da

[361] "Tal qual se verifica no giro democrático-constitucional, a guinada pragmática do direito administrativo não é obra acabada, mas processo em curso; tendência já diagnosticada em alguns campos e inovação a ser ainda implementada em diversos outros, com a finalidade benfazeja de adequar a prática administrativa brasileira aos desafios e exigências de um mundo cada vez mais complexo e em permanente transformação" (BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016.p. 62/63).

[362] BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos e SPINK, Peter (orgs). **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas: 1998. p. 21-38. Ver ainda: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Uma reforma gerencial da Administração Pública no Brasil. **Revista do Serviço Público**, v. 49, n. 1, p. 05-42, jan.-mar. 1998.

[363] A eficiência foi incluída como princípio da Administração Pública no art. 37 da CF pela EC nº 19/1998 ("PEC da Reforma Administrativa"). Nessa linha se destacam as seguintes leis: Lei nº 9.491/1997 (alterou procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização), Lei nº 9.427/1996 (cria a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL), Lei nº 9.472/1997 (dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações e cria a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL), Lei nº 9.478/1997 (Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo e cria a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP [antiga Agência Nacional do Petróleo]), Lei nº 9.637/1998 (dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais e cria o Programa Nacional de Publicização), Lei nº 9.790/1999 (dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP e institui e disciplina o termo de parceria), Lei nº 9.782/1999 (define o sistema nacional de vigilância sanitária e cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA), Lei nº 9.961/2000 (cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS), Lei nº 9.984/2000 (cria a Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico – ANA [antiga Agência Nacional de águas]), Lei nº 9.986/2000 (dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras), Lei nº 10.233/2001 (dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre e cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT).

> segunda metade dos anos 1980 – com a redemocratização e a reconstitucionalização – e nos anos 1990, com as políticas de reforma do Estado. Ao lado, portanto, de um giro democrático-constitucional, preocupado, sobretudo, com a legitimidade e a controlabilidade das ações administrativas, surgiu também um giro pragmático em nosso direito administrativo, como mola propulsora de mudanças voltadas ao enfrentamento de problemas concretos e à consecução de resultados práticos. Embora o movimento tenha tido como marco jurídico a aprovação de uma Emenda à Constituição – a EC nº 19/1998, batizada como Emenda da Reforma Administrativa –, seu alcance foi mais simbólico do que prático, pela elevação da eficiência à condição de princípio constitucional reitor da Administração Pública. Tal postura pragmática esteve presente no discurso gerencialista que presidiu as políticas de privatização de empresas estatais, de desestatização de serviços públicos e de implantação da estrutura de agências reguladoras independentes no País. As sucessivas leis que institucionalizaram as parcerias público-privadas em sentido amplo, tanto no campo econômico como social, seguiram a mesma inspiração[364].

Essa mudança, ainda incipiente, contribui para um maior constrangimento argumentativo quanto ao uso indevido do principiologismo, entendido como o uso exclusivo de princípios ou termos indeterminados, de maneira subjetivamente abstrata na qualidade de retórica voluntarista do decisor, sem que ele observe as consequências fáticas no mundo real originadas por sua decisão.

Busca-se uma racionalidade pragmática, pautada pelo contextualismo, consequencialismo e antifundacionalismo, características derivadas do método pragmático[365]. Essa mudança tende a influenciar a contemporânea base dogmática do Direito Administrativo brasileiro e do novo modelo de governança estatal[366]:

> De outra parte, verifica-se um movimento pragmatista, cujas preocupações fundamentais centram-se na adoção de estruturas, conceitos, procedimentos e decisões administrativas que sejam aptos a produzir os melhores resultados. Dá-se, assim, uma ruptura parcial coma Administração Pública burocrática, de matriz weberiana, com ênfase no antifundacionalismo, no contextualismo e no consequencialismo, que permeiam o pensamento de viés pragmático. No bojo desse movimento emergem fenômenos, como a economicização da gestão do Estado, que passam a ditar o rumo das escolhas administrativas. Apenas a título de exemplo, no campo da regulação econômica, da defesa da concorrência e do desenho de editais de licitação em setores de infraestrutura, os raciocínios técnicos e econômicos, pautados

---

[364] BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016.p. 61.

[365] "Nos termos do art. 20 da LINDB, o qual adota teoria do consequencialismo judicial, impõe-se observar as consequências sociais, políticas e econômicas antes de se tomar uma decisão, especialmente em sede liminar. Haja vista que a intervenção do Poder Judicial para suspender os efeitos da lei poderá trazer consequências negativas para o desenvolvimento da região, não se mostra prudente a concessão da medida liminar nos termos requerido" (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.20.584765-0/001, Relator(a): Des.(a) Fábio Torres de Sousa , 2ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 07/12/2021).

[366] JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo. **Direito Administrativo Pragmático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

> por argumentos pragmáticos, exercem enorme influência sobre o novo direito administrativo. Tais argumentos impactam desde a concepção, interpretação e aplicação das normas até a organização e funcionamento dos arranjos institucionais[367].

Não se trata do fim dos princípios ou conceitos abertos[368], que são essenciais para a coerência e funcionamento do sistema jurídico[369]. A mudança, nos moldes ora abordados, diz respeito a uma maior preocupação legislativa com as consequências reais das decisões públicas quando reguladas, exclusivamente, em princípios ou valores abstratos, que diante de seu alto grau de subjetividade interpretativa, não atribuem relevância alguma às consequências práticas da decisão proferida:

> A Lei 13.655/2018 já observou, em sua gestação, o que prescreve. Em vez de ser fruto de abstrações como os princípios da 'supremacia do interesse público', da 'dignidade da pessoa humana' ou do 'princípio da licitação', resultou do trespasse de uma ampla fundamentação empírica para um diploma normativo. E é disso que se cogita, a partir da vigência do seu artigo 20, de acordo com o qual se prescreve que 'nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão'. A *ratio* é a de interditar a utilização indiscriminada de abstrações nas razões de decidir — as quais, nos últimos anos, serviram para ampliar o espectro de poder de instituições[370].

---

[367] BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 34/35.

[368] "El derecho como disciplina practica esta necesariamente andado a la realidad. Contrariamente a lo que a primera vista podría parecer, los principios no determinan el ordenamiento solo a través de derivaciones deductivas que irriten torpemente a las ciencias logico-formales. Ex principiis derivationes podría valer si se reconociese únicamente su primera dimensión, la de normas que condicionan el desarrollo de todas las demás normas. Bajo esta perspectiva podrían encontrarse de acuerdo - quizás significativamente tanto las doctrinas positivistas como las del iusnaturalismo puramente racionalista. Pero estaríamos ante una perspectiva parcial que ignora la otra y mas alta dimensión de los principios como criterios de valor de la realidad" (ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: Ley, derechos, justicia. Tradução: Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta S.A, 2011. p. 121).

[369] "No campo do direito administrativo das pessoas, das coisas, dos atos, dos contratos, somente a principiologia apropriada é que permitirá o entendimento dos institutos (...) Impossível o traçado do regime jurídico de direito público desvinculado da fundamentação principiológica, porque os princípios constituem pilares sobre os quais se estruturam os institutos e os institutos do direito público têm uma configuração toda especial, que não se confunde, com a paralela do direito privado" (CRETELA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo**, volume X: Princípios de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 152/153).

[370] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo e VÉRAS DE FREITAS, Rafael. A nova LINDB e o consequencialismo jurídico como mínimo essencial, **Revista Consultor Jurídico**, Brasília, 18 de maio de 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-mai-18/opiniao-lindb-quadrantes-consequencialismo-juridico. Acesso em: 15 fev. 2023.

A observância das consequências práticas, na decisão administrativa, almeja criar um mecanismo prioritário de atenção à realidade por parte do decisor[371].

Busca-se decisões mais consentâneas com efeitos concretos delas ocasionados. Por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana[372] é capaz de fundamentar qualquer decisão contra qualquer ato que restrinja direitos ou garantias da pessoa, apesar de não existir direitos fundamentais absolutos[373]. É dificultoso, inclusive, diante de um elevado grau de subjetividade da decisão, promover um controle da sua correção dessa decisão[374].

Nesse caso concreto, as consequências práticas são importantes para restringir eventual abstração e subjetividade da motivação da decisão[375].

---

371 "A partir dessa visão, o pragmatismo revoluciona o modo como se problematizam as funções institucionais dos magistrados, bem como a relação entre prática judicial e filosofia deontológica. Cada vez mais, Cortes constitucionais têm adotado explicitamente o discurso consequencial para resolver conflitos, especialmente em contextos de crise política e econômica. Antes um ideário distante, o pragmatismo tornou-se common place na prática adjudicativa. Compreendido como estimativa de resultados ou juízo prognóstico, o consequencialismo não se confunde com o utilitarismo nem menoscaba reflexões de ordem moral ou positivista. Pressupõe, apenas, que o juiz considere os estados de coisas consequencialmente decorrentes de cada exegese que a norma contemple" (STF, AO nº 1.773/DF, decisão monocrática do Min. Luiz Fux, DJ. 26.11.2018).

372 "A dignidade da pessoa humana é um valor moral que, absorvido pela política, tornou-se um valor fundamental dos Estados democráticos em geral. Na sequência histórica, tal valor foi progressivamente absorvido pelo Direito, até passar a ser reconhecido como um princípio jurídico. De sua natureza de princípio jurídico decorrem três tipos de eficácia, isto é, de efeitos capazes de influenciar decisivamente a solução de casos concretos. A eficácia direta significa a possibilidade de se extrair uma regra do núcleo essencial do princípio, permitindo a sua aplicação mediante subsunção. A eficácia interpretativa significa que as normas jurídicas devem ter o seu sentido e alcance determinados da maneira que melhor realize a dignidade humana, que servirá, ademais, como critério de ponderação na hipótese de colisão de normas. Por fim, a eficácia negativa paralisa, em caráter geral ou particular, a incidência de regra jurídica que seja incompatível — ou produza, no caso concreto, resultado incompatível — com a dignidade humana" (BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. **Interesse Público** – IP, Belo Horizonte, ano 14, n. 76, p. 29-70, nov./dez. 2012. p. 58).

373 "A leitura da Constituição brasileira mostra que essas limitações são, às vezes, expressamente previstas no Texto. Até o elementar direito à vida tem limitação explícita no inciso XLVII, a, do art. 5º, em que se contempla a pena de morte em caso de guerra formalmente declarada. Não há, portanto, em princípio, que falar, entre nós, em direitos absolutos. Tanto outros direitos fundamentais como outros valores com sede constitucional podem limitá-los" MENDES, Gilmar Ferreira e GONET, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**, 18ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.E-book).

374 SANTOS DE MENDONÇA, José Vicente. Dois futuros (e meio) para o projeto de lei do Carlos Ari. In: SANTOS DE MENDONÇA, José Vicente e LEAL, Fernando (org.). **Transformações do direito administrativo**: consequencialismo e estratégias regulatórias. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016. p.31/34.

375 "Em primeiro lugar, é preciso que os motivos sejam expostos de maneia concreta, precisa, não sendo suficiente uma simples vaga referência. (...) Expressões genéricas como 'melhor serviço', 'altos fins', 'interesse do povo', 'conveniência geral', não servem para motivar o ato, configurando mera logomaquia. É necessário, antes de tudo, que uma relação efetiva, de causa e consequência, se estabeleça entre a situação de fato e a determinação de direito" (CRETELA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo**, volume II: Teoria do Ato Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 208).

A preocupação pragmática das consequências práticas e reais dos atos administrativos há muito ocupa lugar no espaço da discussão pública.

A teoria dos motivos determinantes[376] é um exemplo disso. Por essa teoria criada por Gastón Jèze[377], a Administração Pública está vinculada aos motivos (pressupostos de fato e de Direito) alegados mesmo em atos que não necessitassem motivos – como alguns atos discricionários, por exemplo – vinculando-se a motivação ofertada à própria validade do ato[378]. É a realidade (finalidade concreta) moldando a normatividade[379].

Da mesma forma, com fortes tons pragmáticos, é possível destacar, por exemplo, a teoria da encampação quanto à legitimidade da autoridade coatora no mandado de segurança, o princípio da instrumentalidade de cunho processual, a

---

[376] "A propósito dos motivos e da motivação, é conveniente, ainda, lembrar a 'teoria dos motivos determinantes'. De acordo com esta teoria, os motivos que determinaram a vontade do agente, isto é, os fatos que serviram de suporte à sua decisão, integram a validade do ato. Sendo assim, a invocação de 'motivos de fato' falsos, inexistentes ou incorretamente qualificados vicia o ato mesmo quando, conforme já se disse, a lei não haja estabelecido, antecipadamente, os motivos que ensejariam a prática do ato. Uma vez enunciado pelo agente os motivos em que se calçou, ainda quando a lei não haja expressamente imposto a obrigação de enunciá-los, o ato só será válido se estes realmente ocorreram e o justificavam." (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**, 32ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014, p. 412)

[377] JÈZE, Gastón. **Los Principios Generales del Derecho Administrativo**. Tradução: Carlos Garcia Oviedo. Madrid: Editorial Reus, 1928.

[378] "El acto es irrazonable y con ello insanablemente antijurídico cuando desconoce arbitrariamente la situación de hecho existente, o pretende fundarse en una situación de hecho que no existe. Se puede denominar a esto control de los hechos o motivos determinantes, o teoría de la causa; pero cualquiera sea la terminología, es unánime la conclusión de que el acto se encuentra viciado de nulidade" (GORDILLO, Agustín**. Tratado de Derecho Administrativo**: Tomo 3: El Acto Administrativo*, 10ª ed.* Fundación de Derecho Administrativo: Buenos Aires, 2011. p. IX-40).

[379] "Assim, à parte o controle finalístico, fundado na teoria do desvio de poder, desenvolveu-se a chamada teoria dos motivos determinantes, segundo a qual a Administração deve responder pelos motivos que elege como pressuposto para a prática do ato administrativo. Diz-se haver uma vinculação administrativa tanto à realidade como à jurídicidade das razões de fato apresentadas pelo administrador na motivação do ato. Deste modo, ainda quando se esteja diante de ato cujo motivo não seja previsto em lei (motivo legal discricionário), a validade do ato estará condicionada à existência dos fatos apontados pela Administração como pressuposto fático-jurídico para sua prática, bem como à jurídicidade de tal escolha" (BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*,* 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.p. 218).

teoria de aparência, a teoria do fato consumado[380], a força normativa dos fatos, a teoria do funcionário público de fato e o princípio da praticabilidade[381].

O principal reforço da tese de giro pragmático e consequencialista do Direito Administrativo - especialmente almejando maior segurança jurídica e regulação do controle de Administração Pública - veio a partir da publicação da Lei nº 13.655/2018[382], que alterou a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942 – LINDB):

> O consequencialismo jurídico chegou de vez ao Direito brasileiro. Diversos dispositivos da LINDB incorporam exigências da consideração de consequências que é seu sentido mínimo. Tal propósito se dá de modo reativo à cultura do hipercontrole público que tomou conta do Brasil. Como toda cultura, ela não é só o que está nas normas, mas é, antes de tudo, um modo de se compreender e de se fazer o controle público a partir de cinco aspectos: o controle como (i vagueza, como (ii) opinião, como (iii) performance, como (iv) disputa, e, afinal, como (v) incremento. O hipercontrole não parecer ser bom para a sociedade, e é em parte contra ele que se afirma a alteração recente da Lei de Introdução[383].

---

[380] Tema nº 476 de Repercussão Geral (RE 608482, Relator(a): Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 07/08/2014): "Não é compatível com o regime constitucional de acesso aos cargos públicos a manutenção no cargo, sob fundamento de fato consumado, de candidato não aprovado que nele tomou posse em decorrência de execução provisória de medida liminar ou outro provimento judicial de natureza precária, supervenientemente revogado ou modificado" e Súmula nº 613 do STJ: "Não se admite a aplicação da teoria do fato consumado em tema de Direito Ambiental" (Primeira Seção, julgado em 09/05/2018, DJe 14/05/2018).

[381] "Com efeito, a norma jurídica utiliza-se de abstrações generalizantes não somente por razões de segurança, mas também para viabilizar a execução de seus comandos. Desse modo, tanto a tipificação quanto a conceitualização abstrata estão, pois, relacionadas ao princípio da praticabilidade, o qual se manifesta mediante a necessidade de utilização de técnicas simplificadoras da execução das normas jurídicas" (COSTA, Regina Helena. A praticabilidade nos atos administrativos. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; NOHARA, Irene Patrícia e MARRARA, Thiago (Org.). **Direito e Administração Pública**: Estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro. São Paulo: Atlas, 2013. p.822-830. p. 825).

[382] "A vulgarização da utilização de princípios pode acarretar que o *locus* da decisão sai da Administração Pública e se desloca para o juiz, que pode utilizar uma concepção de princípio jurídico que melhor lhe convém para determinar qual é o direito no caso concreto. Isso é uma enorme ameaça à certeza do direito e à segura jurídica. (...) E é nesse trilhar que vem a nova redação da LINDB determinando que os princípios não podem ser invocados exclusivamente como normas primárias, de forma que não podem ser invocadas pelo controlador como única fonte normativa para o exercício do controle" (SCHIRATO, Vitor Rhein. A necessidade de parametrização do controle da Administração Pública – a tentativa de dar sentido a um sistema extremamente complexo – breves considerações acerca do conteúdo do novo artigo 20 da Lei de Introdução às normas do Direitos Brasileiro. In: CARNEIRO DA CUNHA FILHO, Alexandre Jorge; ISSA, Rafael Hamze e SCHWIND, Rafael Wallbach (Coords.). **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro** Anotada, volume II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 92-96. p. 95/96).

[383] SANTOS DE MENDONÇA, José Vicente. Art. 21 da LINDB - Indicando consequências e regularizando atos e negócios. **Revista de Direito Administrativo**, p. 43–61, 2018. p. 58.

O art. 20 da LINDB estabelece que nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão[384].

Essa obrigação de observância das consequências práticas atrai a caraterística do consequencialismo[385], inerente ao método pragmatista, onde a correção ou incorreção de uma decisão ou posicionamento é dependente de suas consequências, em uma análise *pro futuro* e distante da deontologia jurídica[386].

Não se trata de sobreposição das consequências factuais sobre o normativo, mas uma complementação e justaposição entre eles:]

> La concepción del derecho 'por principios' tiene, por tanto, los pies en la tierra y no la cabeza en las nubes. La tierra es el punto de partida del desarrollo del ordenamiento, pero también el punto al que este debe retornar. Naturaleza práctica del derecho significa también que el derecho, respetuoso con su función, se preocupa de su idoneidad para disciplinar efectivamente la realidad conforme al valor que los principios confieren a la misma. Así pues, las consecuencias prácticas del derecho no son en modo alguno un aspecto posterior, independiente y carente de influencia sobre et propio derecho, sino que son un elemento calificativo del mismo. No se trata en absoluto de asignar a lo fáctico una prioridad sobre lo normativo, sino de mantener una concepción del derecho que permita que estos dos momentos no sean irrelevantes el uno para el otro, como, por el contrario, sucede en el positivismo[387].

O parágrafo único do art. 20 complementa essa visão consequencialista ao prever que a motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa,

---

[384] LIMA DOS SANTOS, Celso Rodrigo. "Nova LINDB", cinco anos. Uma convocação à racionalidade das decisões. Contribuições para os casos de dano ao erário. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 10, n. 2, p. 154-188, 2023.

[385] "A despeito disso, na qualidade de Estado-Juiz, impende apontar que art. 20 do Decreto-Lei 4.657/1942, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, consolidou, em algum grau, no ordenamento jurídico o dever de obediência a prescrições emanadas do consequencialismo jurídico como corolário necessário do princípio da segurança jurídica e do interesse social" (STF, AC 3637 ED-AgR, Relator(a): Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 11/09/2019).

[386] "O dispositivo contido no art. 20 da LINDB, conforme inserção feita pela Lei 13.655/2018, procurou reforçar o consequencialismo e a previsibilidade na interpretação. Existem decisões de controle que não calculam seu impacto negativo em termos de consequências e, com as novas disposições pretende-se que as distintas esferas, nelas incluídas os órgãos de controle, examinem as alternativas, as opções e os impactos da decisão." (MOTTA, Fabrício e NOHARA, Irene Patrícia. **LINDB no Direito Público**: Coleção Soluções de Direito Administrativo, volume 10. Thomson Reuters: São Paulo, p. 28)

[387] ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: Ley, derechos, justicia. Tradução: Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta S.A, 2011. p. 122.

inclusive em face das possíveis alternativas[388]. A previsão de “possíveis alternativas” indica que, dentre de mais de uma interpretação jurídica possível ao caso concreto, deverá o decisor optar por aquela que privilegie à realidade[389].

Não basta a mais a identificação de um princípio normativo a ser aplicado, mas há o dever de o gestor identificar outros direitos fundamentais incidentes e equilibrar proporcionalmente eles, pensando em todos os aspectos práticos e consequências concretas de sua decisão.

O consequencialismo atrai o pragmatismo na formação da vontade pública, com forte relação na proporcionalidade dessa vontade. Como todos os atos estatais estão submetidos ao controle de sua proporcionalidade, a adequação, os meios e a proporcionalidade em sentido estrito também aderem às consequências práticas da vontade estatal. Como a vontade estatal deve sempre estar voltada aos meios mais eficientes em sua formação, o impacto das externalidades na realidade e a sua proporcionalidade guardam estreita relação, especialmente pela coexistência entre os direitos e garantias fundamentais e o interesse público almejado.

O art. 21 da LINDB dispõe que a decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. Com isso, a invalidação deverá indicar expressamente quais as suas consequências jurídicas e administrativas. Há um ônus argumentativo imposto que induz necessariamente ao decisor considerar em sua decisão a análise das consequências jurídicas e administrativas, seja para afastá-las ou considerá-las, mas

---

388 “Quando a autoridade judicante fundamenta uma decisão por meio da análise de eventuais consequências produzidas pela referida decisão ou por eventuais decisões alternativas, o julgador possui o ônus de produzir uma argumentação dependente de critérios científicos (extrajurídicos) de adequação. (...) As situações de risco, incerteza e ignorância não descaracterizam a necessidade de a autoridade judicante fundamentar prognoses com base em dados, documentos ou pareces técnicos, pois a autoridade judicante não está epistemologicamente equipada para identificar se, de fato, se encontra em uma situação de risco, incerteza ou ignorância”. (KELLNER, Alexander Leonard Martins. **Consequencialismo judicial na suspensão de segurança nos julgamentos de direito regulatório**. 2018. 147p. Dissertação (Mestrado) – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018. p. 135/138).

389 “É bem de ver, como é cediço, que, com a modificação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, os arts. 20 a 30 exigem dos operadores do direito um viés consequencialista, tanto na tomada de decisões pelas autoridades administrativas - que passam também a ter um ônus maior de transparência, por meio de consultas públicas - quanto para o Judiciário - que passa a ter a obrigação de levar em conta as consequências de suas decisões no mundo jurídico, no mundo fático, antes de proferi-las” (voto do Min. Luis Felipe Salomão no REsp n. 1.842.475/SP, relator Ministro Luis Felipe Salomão, relator para acórdão Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 27/9/2022, DJe de 16/2/2023)

nunca poderá as abstrair, sob pena de nulidade da decisão pelo esvaziamento da motivação:

> A consideração das consequências não pode ser tratada como uma forma de legitimar decisões em descompasso com o ordenamento jurídico vigente, mas sim como mecanismo para, dentro dos limites legais, auxiliar o tomador de decisão a escolher o comando que atinja, de forma mais eficaz, a finalidade almejada. Abandonar atalhos que propiciam o (insuficiente) encurtamento da argumentação desenvolvida exige do julgador, é verdade, o emprego de esforço e tempo adicionais para analisar todos os elementos do caso e, com base neles, prever os possíveis resultados de cada uma das alternativas decisórias. A recompensa vem com a produção de decisões conectadas com a realidade e que possuam menor risco de gerar efeitos adversos ou diversos do almejado, se comparado com o cenário em que o julgador deixa de tratar das consequências da decisão e usa como fundamento exclusivo delas valores abstratos, tal como o interesse público[390].

O parágrafo único do art. 21 da LINDB estabelece que a decisão de invalidação, quando for o caso, deverá indicar as 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.

É a positivação, mais uma vez, do dever para a Administração Pública de convalidação, respeitando-se os efeitos já existentes decorrentes do ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa[391]. Essa convalidação deve ser proporcional – observando os critérios de necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito -, bem como deve ser equânime, observada à isonomia, impessoalidade e moralidade administrativa.

---

[390] BARBOSA, Bernardo Souza. **O consequencialismo e a mitigação das perdas no controle de contratos administrativos pelo Tribunal de Contas da União**, 2020. 107 f. Orientador: Carlos Ari Vieira Sundfeld. Dissertação (mestrado profissional) - Fundação Getulio Vargas, Escola de Direito de São Paulo. Dissertação (mestrado profissional) - Escola de Direito de São Paulo. Fundação Getulio Vargas. p. 82.

[391] "Situação factual consolidada. Impossibilidade jurídica de anulação dos negócios, diante das consequências desastrosas que, do ponto de vista pessoal e socioeconômico, acarretaria. Aplicação dos princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança legítima, como resultado da ponderação de valores constitucionais. (...) Sob pena de ofensa aos princípios constitucionais da segurança jurídica e da proteção à confiança legítima, não podem ser anuladas, meio século depois, por falta de necessária autorização prévia do Legislativo, concessões de domínio de terras públicas, celebradas para fins de colonização, quando esta, sob absoluta boa-fé e convicção de validez dos negócios por parte dos adquirentes e sucessores, se consolidou, ao longo do tempo, com criação de cidades, fixação de famílias, construção de hospitais, estradas, aeroportos, residências, estabelecimentos comerciais, industriais e de serviços, etc" (STF, ACO 79, Relator(a): Min. Cezar Peluso [Presidente], Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2012)

O art. 22 da LINDB preconiza que na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. Trata-se, mais uma vez, da tentativa legislativa de atrair a realidade concreto ao ato de decidir[392].

O decisor – no caso, o controlador - deverá, quando promover a interpretação/aplicação de normas sobre gestão pública, considerar os obstáculos e dificuldades do gestor/controlado. Isso traz um critério de contextualização (inclusive temporal) à interpretação, vez que os obstáculos e dificuldades a serem inferidas deverão ser àquelas existentes à época do ato controlado, sopesadas condições de tempo, local e demais variantes relevantes[393].

O § 1º do art. 22 aponta novamente que a decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, deverá considerar as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. É possível vislumbrar, analogamente, uma normatividade próxima à causa de exclusão de culpabilidade do Direito Penal relativa à inexigibilidade de conduta diversa, ou seja, deve-se analisar uma conduta dentro dos diferentes contextos nos quais ela está inserida.

O art. 23 dispõe que a decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente

---

[392] "Si el derecho debe volver a la realidad, es decir, si debe operar en cada caso concreto conforme valor que los principios asignan a la realidad, no se puede controlar la validez de una norma teniendo en cuenta exclusivamente lo que esta dice. No basta considerar el 'derecho de los libros', es preciso tener en cuenta el 'derecho en acción'; no basta una 'validez lógica', es necesaria una 'validez práctica'. Cuantas veces el significado en abstracto de una norma es diferente de su significado en el caso concreto?, cuantas veces las condiciones reales de funcionamiento de una norma tuercen su sentido, en ocasiones invirtiendo la intención del legislador? Siempre que se produce esta desviación, el 'derecho viviente', o sea, el derecho que efectivamente rige, no es el que esta escrito en los textos, sino el que resulta del impacto entre la norma en abstracto y sus condiciones reales de funcionamiento. La jurisprudencia que se cierra al conocimiento de esta valoración mas amplia de las normas, valoraci6n que indudablemente abre el camino a una visión de sociología jurídica, se condena a la amputaci6n de una parte importante de la función de garantía del derecho en un ordenamiento determinado por principios. (ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: Ley, derechos, justicia. Tradução: Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta S.A, 2011. p. 122).

[393] A contextualização induz a um pedido de empatia do controlado em face das vicissitudes vividas pelo gestor público (JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, p. 63–92, 2018. P. 69/70).

e sem prejuízo aos interesses gerais. Trata-se de aplicação da não-surpresa, que interdita nuances interpretativas por parte da Administração Pública, assegurando previsibilidade e confiança no atuar administrativo perante o administrado.

Além desses artigos, as demais disposições normativas trazidas pela Lei nº 13.655/2018 afetam, direta ou reflexamente, a estrutura da motivação da decisão pública em uma direção mais pragmática e consequencialista[394]. Cada disposição introduzida pela Lei nº 13.655/2018 será melhor analisada, no que seja pertinente à presente tese, no decorrer do próximo capítulo.

A partir dessas alterações surgiram questões relevantes à teoria da decisão e teoria do Direito, relacionadas, especialmente, à autonomia do Direito frente à Economia, Moral e Política[395]; a indevida ou devida sobreposição da realidade econômica-social à realidade normativa[396]; a constitucionalidade ou inconstitucionalidade das previsões pragmáticas da Lei nº 13.655/2018 e a questão que fundamenta a presente tese: quais seriam critérios objetivos de orientação para aplicação do consequencialismo previsto no art. 20 da LINDB na motivação da decisão administrativa?

---

[394] "O direito administrativo contemporâneo está sob o influxo da razão pragmática sob múltiplas formas e em diferentes setores de seu campo de atuação. Não se está aqui a sustentar a existência de um projeto global de reforma da disciplina fundado no pragmatismo filosófico, mas daquilo que Posner denominou, mais modestamente, de uma atitude ou um temperamento pragmático (pragmatic mood), caracterizado pelo ceticismo em relação às teorias generalizantes e aos conceitos meramente abstratos. Ao descrédito da grande narrativa do direito europeu continental, essa razão pragmática deve responder pragmaticamente – isto é, de maneira antifundacionalista, contextualizada e consequencialista –, e não com outra grande narrativa alternativa. Em suma: basear conceitos, proposições e decisões no exame de suas consequências práticas, em um determinado contexto concreto, sem prestar necessária reverência a premissas teóricas inquestionáveis – eis o itinerário do pragmatismo jurídico-administrativo" (BINENBOJM, Gustavo **Poder de polícia, ordenação, regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p.60)

[395] A autonomia do Direito reconhecida como o direito ao Direito (NEVES, António Castanheira. **O Direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 2002. p. 73).

[396] HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o Direito à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológica-política**, 3ª ed. Rio de Janeiro, 1994. p. 54/55

2 A LEI Nº 13.655/2018 E ALTERAÇÕES DA LINDB: A MOTIVAÇÃO DA DECISÃO PÚBLICA NO CONTEXTO PRAGMÁTICO E CONSEQUENCIALISTA

2.1 Lei 13655/3018: gênese doutrinário e trâmite legislativo do Projeto de Lei do Senado n° 349/2015

A base legislativa do Projeto de Lei do Senado nº 349/2015, que originou a Lei nº 13.655/2918, é fruto de uma gestação doutrinária e acadêmica[397] de professores de Direito Público, em especial do professor Floriano de Azevedo Marques Neto[398] (USP) e do professor Carlos Ari Sundfeld[399] (FGV/SP – Sociedade Brasileira de Direito Público-SBDP), autores do artigo "Uma nova Lei para aumentar a qualidade jurídica das decisões públicas e de seu controle[400]", que estabeleceu as premissas da

[397] "Foi um trabalho baseado em pesquisas acadêmicas de anos, amadurecida longamente pelo Congresso Nacional, que fez emendas importantes e gerou uma lei histórica. Seu objetivo foi ajudar a recuperar a segurança jurídica que o país havia perdido nas várias esferas, administrativa, controladora e judicial. Desde então, o direito público brasileiro mudou. Para muito melhor" (SUNDFELD, Carlos Ari; JORDÃO, Eduardo; MOREIRA, Egon Bockmann; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; BINENBOJM, Gustavo; CÂMARA, Jacintho Arruda; SANTOS DE MENDONÇA, José Vicente; JUSTEN FILHO, Marçal e MONTEIRO, Vera. Surpresa positiva do STF no julgamento da MP nº 966 – em decisão histórica sobre os limites do controle público, o STF reconheceu o valor das ideias e das normas da nova LINDB, consolidando uma nova forma de ver o Direito Público. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JORDÃO, Eduardo; MOREIRA, Egon Bockmann; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; BINENBOJM, Gustavo; CÂMARA, Jacintho Arruda; SANTOS DE MENDONÇA, José Vicente; JUSTEN FILHO, Marçal e MONTEIRO, Vera. **Publicistas**: Direito Administrativo sob tensão. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2022. p. 37-40)

[398] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A bipolaridade do Direito Administrativo e sua superação. In: SUNDFELD, Carlos Ari e JURKSAITIS, Guilherme Jardim (org.). **Contratos Públicos e Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015. p.353-415.

[399] SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros, 2012.

[400] SUNDFELD, Carlos Ari e MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Uma nova Lei para aumentar a qualidade jurídica das decisões públicas e de seu controle. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Contratações Públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 277-285.

proposta de alteração legislativa[401], que foi cunhada de “Anteprojeto da Lei de Segurança Jurídica”.

Esse trabalho técnico e acadêmico, que criou o arcabouço teórico da Lei nº 13.655/2018, teve como preocupação aumentar a eficiência e a segurança jurídica com enfoque em atenuar distorções da atividade jurídico-decisória pública, incluindo exageros no controle da Administração Pública[402]. Dentre os principais motivos, pode-se destacar:

> O alto grau de indeterminação de grande parte das normas públicas. A relativa incerteza, inerente ao Direito, quanto ao verdadeiro conteúdo de cada norma. A tendência à superficialidade na formação do juízo sobre complexas questões jurídico-públicas. A dificuldade de o Poder Público obter o cumprimento voluntário e rápido de obrigações por terceiros, contribuindo para a inefetividade das políticas públicas. A instabilidade dos atos jurídicos públicos, pelo risco potencial de invalidação posterior, nas várias instâncias de controle. Os efeitos negativos indiretos da exigência de que as decisões e controles venham de processos (que demoram, custam e podem postergar o cumprimento de obrigações). O modo autoritário como, na quase totalidade dos casos, são concebidas e editadas normas pela Administração Pública[403].

---

401 “Em 2013 foi publicada a obra coletiva Contratações públicas e seu controle, contendo diversas contribuições sobre temas desafiadores no campo das licitações e dos contratos administrativos. Seu derradeiro capítulo, de autoria de Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto, contém uma proposta de solução legislativa para minimizar o panorama de insegurança e aprimorar a qualidade jurídica das decisões administrativas e de seus controladores. Cinco grandes diretrizes estruturam a proposta: (1) impedir que consequências concretas sejam extraídas a partir de normas de alta indeterminação jurídica, de modo superficial e sem mensurar os efeitos decorrentes; (2) tutelar os atos jurídicos perfeitos, evitando que novas interpretações em momento futuro levem à revisão de decisões públicas ou à responsabilização dos gestores que a tomaram; (3) soluções negociadas podem ser mais efetivas e uma plêiade de casos concretos; (4) aquele que sofrer os efeitos negativos gerados pela existência, demora ou custos de processos deve ser compensado; e (5) os regulamentos, principal fonte de direitos e obrigações, precisam ser editados mediante prévia consulta pública. 24 Essa é a gênese da Lei no 13.655/2018” (BONACORSI DE PALMA, Juliana. Segurança jurídica para a inovação pública: a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei no 13.655/2018). **Revista de Direito Administrativo**, v. 279, n. 2, p. 209–249, 2020. p. 218).

402 “O aumento de regras sobre processos e controle da administração tem provocado aumento da incerteza e da imprevisibilidade e esse efeito deletério pode colocar em risco os ganhos de estabilidade institucional” (ANASTASIA, Antonio. Justificativa. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (coord.). **Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas**: desafios de uma sociedade democrática. Brasília: Senado Federal, p. 46-51, 2015. p. 49).

403 ANASTASIA, Antônio. Justificativa. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (coord.). **Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas**: desafios de uma sociedade democrática. Brasília: Senado Federal, p. 46-51, 2015. p. 50. Em idêntico sentido: SUNDFELD, Carlos Ari e MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Uma nova Lei para aumentar a qualidade jurídica das decisões públicas e de seu controle. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Contratações Públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 277-285. p. 278.

Esse anteprojeto foi entregue ao Senador Antônio Anastacia, dando origem ao Projeto de Lei do Senado nº 349/2015, que promovia alterações na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro[404] (Decreto-Lei nº 4.657/1942).

O projeto de lei foi submetido a uma única audiência pública, realizada em 19 de novembro de 2015:

> No dia 19 de novembro de 2015 foi realizada audiência pública na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania no Senado (CCJ) e no dia 9 de março de 2016 a senadora Simone Tebet apresentou relatório com voto favorável à aprovação do PLS no 349/2015 e de emenda que trazia pontuais alterações de aprimoramento do texto. No dia 29 de março de 2017, por unanimidade, o PLS foi provado pela CCJ-SF, sem recebimento de qualquer recurso. Aprovado pelo Plenário do Senado Federal no dia 19 de abril de 2017, PLS no 349/2015 foi remetido à Câmara dos Deputados, então PL nº 7.448/2017. Na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara (CCJC), não foram apresentadas emendas ao projeto e, no dia 15 de setembro de 2017, o relator deputado Paulo Abi-Ackel apresentou parecer pela constitucionalidade da matéria. A deputada Erika Kokay interpôs recurso que, por sua vez, foi objeto de requerimento de retirada de proposição de iniciativa coletiva (8.279/2018) deferido no dia 21 de março de 2018. No dia 5 de abril, pela Mensagem 10/2018, o presidente da Câmara dos Deputados, deputado Rodrigo Maia, encaminhou o PL no 7.448/2017 à sanção presidencial[405].

Até sua aprovação pelo Poder Legislativo, o Projeto de Lei, que ficou com a relatoria da Senadora Simone Tebet, sofreu emendas com algumas modificações do texto original.

Dentre as alterações do texto original apresentado pelo Senador Antonio Anastacia, destaca-se a aprovação pela CCJ das emendas modificativas ns. 04 e 06, apresentadas pelo Senador Benedito de Lira.

---

[404] Constou do parecer da Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) do Senado Federal que aprovou o PLS nº 349/2015: “cumpre lembrar que não temos no Brasil um Código de Direito Administrativo. Isso se deve não só à nossa tradição de abordar temas dessa disciplina de forma isolada (com leis específicas sobre licitações, servidores públicos e processo administrativo, por exemplo), mas também ao fato de que legislar sobre normas administrativas cabe a todos os entes da Federação. A proposta de incluir normas gerais de direito público na LINDB permitirá solucionar essa situação, trazendo, assim, uma maior coerência sistêmica, unificando conceitos desde o direito penal até o direito administrativo (sancionador ou não), passando até pelo direito processual (penal, civil, trabalhista e eleitoral). Esse incremento de coerência sistêmica tende, inclusive, a trazer mais segurança jurídica, no sentido não só da previsibilidade das decisões, mas também da proteção às legítimas expectativas dos que têm relação jurídica ou fática com a Administração Pública. Nesse sentido, a propositura do PLS nº 349, de 2015, vem a suprir importante lacuna legislativa”.

[405] BONACORSI DE PALMA, Juliana. Segurança jurídica para a inovação pública: a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei no 13.655/2018). **Revista de Direito Administrativo**, v. 279, n. 2, p. 209–249, 2020. p. 220.

A emenda nº 04 alterou a redação do atual art. 26 para excluir a obrigatoriedade do texto original quanto à realização de consulta pública[406], incluindo a expressão "quando for o caso, após a realização de consulta pública". A emenda nº 06 modificou a redação do atual art. 29, que previa em seu texto original a obrigatoriedade de prévia audiência pública, para constar a facultatividade da realização de prévia audiência pública[407].

O texto aprovado pelo Poder Legislativo (Projeto de Lei nº 7.448/2017), manteve a base fundamental da proposta do anteprojeto, especificamente objetivando um regramento de controle mais intenso da decisão pública que permitisse maior intensidade da sensação de segurança jurídica[408], melhores perspectivas de

[406] Justificativa da emenda: "A emenda busca aprimorar a redação do caput para estabelecer que a consulta pública para celebração do compromisso com os interessados quando cabível. A modificação tem o objetivo de se evitar o enfraquecimento da resolução extrajudicial de conflitos que envolvam a administração pública, seja por autocomposição (mediação, conciliação, transação etc.), seja por heterocomposição (arbitragem), que foram estimuladas e estão previstas tanto no Capítulo II da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015 (Lei de Mediação) e no §§ 1º e 2º do art. 1º e § 3º do art. 2º da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem), como no novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2006), que, em diversos dispositivos, trata da auto e heterocomposição e prevê a criação de câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo (art. 174), tendo em vista que na forma proposta na redação original todo e qualquer caso de composição deveria ser submetida previamente à consulta pública".

[407] Justificativa da emenda: "A emenda busca evitar que toda e qualquer edição de ato normativo seja submetida à consulta pública, tendo em vista que tal medida poderia resultar no aumento da lentidão do processo decisório administrativo, levando a uma perda de eficiência e eficácia da gestão pública".

[408] SANTOS DE MENDONÇA, José Vicente e LEAL, Fernando (org.). **Transformações do direito administrativo**: consequencialismo e estratégias regulatórias. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016.

fundamentações das decisões públicas[409], especialmente no âmbito controlador[410], bem como um fomento da resolução consensual na Administração Pública:

> A nova LINDB é calcada em quatro pressupostos: (i) a administração pública interpreta e sua interpretação tem peso; (ii) confiança no gestor público honesto para inovar a gestão pública; (iii) maior segurança jurídica para gestores, cidadãos e controladores; (iv) qualidade das decisões públicas pode ser melhor, favorecendo a segurança jurídica. No cerne de todos eles — e expressamente nos dois últimos — há uma notória preocupação com a segurança jurídica, tanto que a expressão apelidou a lei. Afora isso, o objetivo da nova LINDB é mais amplo — contribuir para aprimorar a gestão pública nacional — mas com a peculiaridade de endereçar um obstáculo diferente, o gargalo jurídico, ou seja, a forma como o direito brasileiro vem sendo interpretado e aplicado, especialmente pelos controladores[411].

Aprovado o texto pelo Poder Legislativo, houve encaminhamento à Presidência da República para exercício do juízo político e jurídico irretratável sobre a sanção ou veto[412] (art. 66 da Constituição Federal).

A base normativa do projeto de lei foi permeada intensamente por um viés pragmático[413]. Todos os artigos se relacionam de forma substancial com a motivação das decisões públicas e, consequentemente, com a presente tese desenvolvida.

---

[409] "Essa necessidade de fundamentação das decisões administrativas, controladoras e jurisdicionais é garantia do cidadão inerente ao estado democrático de direito. Trata-se de um elemento integrativo de uma garantia completa do contraditório,40 de fazer valer suas argumentações.41 É ela que expressa a necessidade de a decisão ser justificada e fundamentada. É na fundamenta-ção que se analisarão as questões de fato e de direito, motivará sua convicção quanto aos fatos da causa e apreciará os fundamentos jurídicos" (QUEIROZ DOS SANTOS, Welder; PAIVA PIRES MOREIRA MAIA, Grhegory. Segurança jurídica, transformações no direito administrativo e deveres da administração pública implementados pela Lei nº 13.655/2018. **Revista de Direito Administrativo**, v. 280, n. 3, p. 93–120, 2021. p.108).

[410] "Eis um pressuposto central na Lei no 13.655/2018: o gestor precisa de maior segurança para decidir. Não é de hoje que estudiosos da burocracia e de direito administrativo apontam para um quadro de paralisia decisória na esfera pública. Gestores públicos devem decidir, mas não querem assinar atos e contratos. Temem serem pessoalmente responsabilizados porque o controlador teve uma interpretação distinta da sua e, assim, reputou a decisão como um ato ilícito. Receiam ter de enfrentar inquéritos administrativos, serem questionados, prestarem esclarecimentos, serem constrangidos a assinar termos de ajustamento de gestão ou termos de ajustamento de conduta, figurarem no polo passivo de ações civis públicas de improbidade administrativa, virarem autoridades coatoras, lidarem com processos administrativos disciplinares, não fazerem jus aos benefícios da categoria e serem retaliados entre seus pares" (BONACORSI DE PALMA, Juliana. Segurança jurídica para a inovação pública: a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro [Lei no 13.655/2018]. **Revista de Direito Administrativo**, v. 279, n. 2, p. 209–249, 2020. p. 233).

[411] CARDOSO, Henrique Ribeiro e SANTOS, Mateus Levi Fontes. A deferência judicial redimida. **Revista de Direito Administrativo**, v. 282, n. 1, p. 139–172, 2023. p. 146

[412] AFONSO DA SILVA, José. **Processo Constitucional de formação das Leis**, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 214-215).

[413] JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, p. 63–92, 2018. p. 85/87.

2.2 Vetos ao projeto de lei nº 7.448/2017

Aprovado o Projeto de Lei nº 7.448/2017 (originado do Projeto de Lei do Senado nº 349/2015) e encaminhamento o respectivo autógrafo, houve intensa resistência contra o projeto, com manifestações favoráveis ao veto do projeto de lei por parte de membros do Poder Judiciário[414], Ministério Público[415] e Tribunal de Contas da União[416].

A Presidência da República vetou os dispositivos relativos ao parágrafo único do art. 23, art. 25 e seus parágrafos, inciso II do § 1º e § 2º do art. 26, §§ 1º, 2º e 3º do art. 28 e § 2º do art. 29 (mensagem nº 212 de 25 de abril de 2018):

> O então presidente Michel Temer vetou sete conjuntos normativos do PL da nova LINDB que dispunham sobre: (i) negociação do regime de transição;(ii) ação declaratória de validade; (iii) celebração de compromisso que tenham por objeto sanções e créditos; (iv) celebração de compromisso em jurisdição voluntária para excluir a responsabilidade pessoal do agente público por vício do compromisso; (v) o detalhamento legal do que não configura erro grosseiro; (vi) obrigatoriedade de publicação, preferencialmente por meio eletrônico, das contribuições e sua análise juntamente com o ato normativo;e (vii) apoio jurídico ao agente público na defesa de conduta praticada no exercício regular de suas competências Esses vetos podem ser agrupados em três categorias conforme a ordem de preocupação que exprimem: a) desconfiança da consensualidade administrativa; b) vetos favoráveis ao controle do Tribunal de Contas; e c) uma leitura de eficiência nos vetos. Independentemente das razões de veto, trata-se simplesmente de uma opinião do chefe do Poder Executivo que não adere à lei e, consequentemente, não tem qualquer implicação prática sobre sua interpretação e aplicação[417].

---

[414] Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA). Sugestão de veto ao PL 7448/2017 (PLS 349/2015).

[415] Nota Técnica Conjunta n° 01/2018 do Ministério Público Federal: Nota Técnica das 1ª, 2ª, 3ª, 4ª, 5ª e 7ª Câmaras de Coordenação e Revisão e da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão pelo veto integral ao PL 7448/2017 (PLS 349/2015).

[416] Processo TCU/CONJUR: TC-012.028/2018-5. Interessado: Tribunal de Contas da União. Assunto: Parecer do Projeto de Lei nº 7.448/2017, em face do parecer-resposta elaborado pelos autores do projeto em relação à análise preliminar que esta Consultoria havia realizado e Nota Técnica nº 01/2018 da Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (ATRICON) e a Associação Nacional dos Ministros e Conselheiros-Substitutos dos Tribunais de Contas (AUDICON).

[417] BONACORSI DE PALMA, Juliana. Segurança jurídica para a inovação pública: a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei no 13.655/2018). **Revista de Direito Administrativo**, v. 279, n. 2, p. 209–249, 2020. p.223/224.

Os vetos relativos aos incisos e parágrafos dos arts. 23, 26, 28 e 29 serão tratados nos tópicos específicos de cada artigo. Importante, contudo, tratar do art. 25, que foi vetado totalmente pela Presidência da República.

O *caput* do art. 25 do Projeto de Lei do Senado nº 349/2015 previa que quando necessário por razões de segurança jurídica de interesse geral, o ente poderia propor ação declaratória de validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, cuja sentença faria coisa julgada com eficácia erga omnes.

O § 1º estabelecia que o rito da ação utilizaria o rito aplicável à ação civil pública (Lei nº 7.347/1985), sendo o Ministério Público citado para a ação, onde poderia abster-se, contestar ou aderir ao pedido (§ 2º).

O § 3º previa que a declaração de validade poderia abranger a adequação e a economicidade dos preços ou valores previstos no ato, contrato ou ajuste.

O veto se baseou na ausência de interesse público pelo potencial aumento de demanda judicial injustificada, considerando a abrangência de cabimento pelo fundamento de "razões de segurança jurídica de interesse geral" o que na prática contribuiria para maior insegurança jurídica. Alegou-se, também, ofensa ao princípio da separação e harmonia entre os Poderes[418].

Em que pese a diminuta consistência dos argumentos expostos no veto do art. 25, tem-se que se tratava de instrumento processual similar – no âmbito legal e não constitucional - à ação declaratória de inconstitucionalidade[419] (arts. 13 a 20 da Lei nº

[418] Razões do veto: "a ação declaratória preconizada pelo dispositivo, cuja sentença terá eficácia para todos, inclusive podendo dispor a respeito de preço e valores, poderá acarretar em excessiva demanda judicial injustificada, tendo em vista a abrangência de cabimento para a impetração da ação por 'razões de segurança jurídica de interesse geral' o que, na prática, poderá contribuir para maior insegurança jurídica. Ademais, há omissão quanto à eficácia de decisões administrativas ou de controle anteriores à impetração da ação declaratória de validade, uma vez que a atuação judicial pode se tornar instrumento para a mera protelação ou modificação dessas deliberações, representando, também, violação ao Princípio Constitucional da Independência e Harmonia entre os Poderes."

[419] "O texto do artigo 25 é mais complexo, pois envolve Direito Processual e eficácia da sentença. Pelo que se depreende da redação, é uma ação declaratória que o ente público poderá propor para obter a declaração de validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa. Só em países com baixa estima por seus administradores se poderia pensar em algo semelhante, uma vez que inverte toda a lógica de validade do ato administrativo. A inspiração local, tudo indica, advém da ação declaratória de constitucionalidade, monstrengo introduzido na Constituição pela Emenda Constitucional 3/93, prevendo, inclusive, os mesmos efeitos sentenciais. Outra inspiração parece ser a ação civil pública. Trata-se de uma opção jurídico-política a adoção dessa alternativa, concedendo ao ente público o direito de defender suas decisões. Na prática, várias delas já desembocam no Poder Judiciário, levadas pelas partes privadas envolvidas" (SCAFF, Fernando Facury. Quem controla o controlador? Considerações sobre as alterações na Lindb. **Revista Consultor Jurídico**, 17 abril 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-abr-17/quem-controla-controlador-notas-alteracoes-lindb. Acesso em: 20 jul 2023).

9.868/1999[420]), já que objetivava que a imposição de determinação judicial com efeito *erga omnes* (coisa julgada), traria maior segurança jurídica a atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativas, que não seriam passíveis de rediscussão no próprio Poder Judiciário ou na esfera administrativa e controladora[421].

Importante diferença, contudo, é que na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) - onde existem os argumentos de sua irrelevância em face do princípio da presunção de constitucionalidade das leis[422] e de se tratar de ação constitucional com mero sinal trocado com a Ação Direta de Inconstitucionalidade[423] (ADI) -, tem-se que o art. 14, inciso III da Lei nº 9.868/1999 exige a indicação na

[420] A constitucionalidade de dispositivos da Lei nº 9.868/199 foi confirmada no julgamento das ADI´s 2.154 e 2.258, Relator(a): Dias Toffoli, Relator(a) p/ Acórdão: Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 03/04/2023.

[421] "Pois o citado artigo 25 do Projeto de Lei foi inspirado, por um lado, na tradicional ação declaratória prevista no CPC (arts. 19 e 20), e, por outro, na experiência da ação direta de constitucionalidade. Criou -se assim a ação declaratória de validade de regulamentos e outros atos públicos, cujos efeitos produzidos são erga omnes. Em verdade, o mecanismo permite que, em casos de instabilidade jurídica gerada por múltiplas contestações ou dúvidas abusivas, o Judiciário, sempre com a participação obrigatória do Ministério Público, possa conferir certeza definitiva quanto à validade, vigência e obrigatoriedade de normas e atos, garantindo o fluxo adequado da ação pública contra as sabotagens de que esteja sendo alvo" (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et al. Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL 7.448/2017. **Revista Brasileira da Advocacia**, vol. 9. Ano 3. P. 289-323. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr-ju. 2018. p. 302/303).

[422] "Vige no direito brasileiro o postulado de que lei formal goza de presunção de constitucionalidade até declaração em contrário" (STF, ARE 1182358 ED-AgR, Relator(a): Edson Fachin, Segunda Turma, julgado em 22/06/2020),

[423] "Costuma-se indicar que a ADC é a ADI com sinal invertido, ou seja, o pedido é o inverso daquele cabível na tradicional ação de controle abstrato. Deve-se pedir em ADC a declaração de constitucionalidade da lei ou ato normativo federal (não é cabível para lei estadual ou municipal). O resultado porém, pode ser a declaração de inconstitucionalidade, no caso de julgamento final pela improcedência do pedido formulado" (TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**,18ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. E-book).

petição inicial da "existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória[424]", sob pena de não conhecimento da ADC[425].

Essa exigência de prévia e relevante controvérsia (judicial ou geral[426]) sobre a aplicação da disposição objeto da ação, não foi repetida na redação do art. 25, que alocou com pressuposto do ajuizamento uma condição dotada de maior generalidade: a existência de razões de segurança jurídica de interesse geral.

A legitimação da propositura da ação era do ente estatal produtor do ato a ser declarado válido. Na verdade, buscou-se com a indução da criação de coisa julgada com efeito *erga omnes* sobre a validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, evitar uma profusão de ações judiciais sobre o tema, bem como garantir maior segurança quanto a possíveis questionamentos judiciais posteriores. Constou do parecer nº 22/2017-CCJ, da relatora Senadora Simone Tebet[427]:

> Deve ser enfaticamente destacado o aperfeiçoamento legislativo trazido pelo art. 24, ao instituir a ação declaratória da validade de ato ou contrato por parte do poder público e, assim, acabar com a "guerra de liminares" dos interessados em atrasar políticas públicas. É reconhecido na doutrina do direito administrativo que uma das maiores dificuldades em levar a cabo

[424] "Desde o julgamento da ADC nº 1, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ de 16/6/95, o Supremo Tribunal Federal firmou orientação quanto à exigência, para a caracterização de uma controvérsia judicial relevante, de 'antagonismo interpretativo em proporção que gere um estado de insegurança jurídica apto a abalar a presunção de constitucionalidade imanente aos atos legislativos, sem o qual a ação declaratória se converteria em inadmissível instrumento de consulta sobre a validade constitucional de determinada lei ou ato normativo (v.g., ADC nº 23-AgR, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe de 1º/2/16 e ADC nº 8- MC, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ de 4/4/03)' (ADC nº 31, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe de 15/2/22)" (STF, ADPF 646 AgR-ED, Relator(a): Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 27/06/2022)

[425] "Ao lado do direito de propositura da ação declaratória de constitucionalidade, há de se cogitar também de uma legitimação para agir in concreto, tal como consagrada no direito alemão, que se relaciona com a existência de um estado de incerteza, gerado por dúvidas ou controvérsias sobre a legitimidade da lei. Há de se configurar, portanto, situação hábil a afetar a presunção de constitucionalidade, que é apanágio da lei. Embora o texto constitucional não tenha contemplado expressamente esse pressuposto, é certo que ele é inerente às ações declaratórias, mormente às ações declaratórias de conteúdo positivo. Assim, não se afigura admissível a propositura de ação direta de inconstitucionalidade, se não houver controvérsia ou dúvida relevante quanto à legitimidade da norma. Evidentemente, são múltiplas as formas de manifestação desse estado de incerteza quanto à legitimidade de norma (...) Assim, não configurada dúvida ou controvérsia relevante sobre a legitimidade da norma, o Supremo Tribunal Federal não deverá conhecer da ação proposta" (MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. E-book).

[426] "Controvérsia judicial relevante não significa desacordo entre os tribunais acerca da aplicação da norma. Isso porque a justificativa da ação declaratória está na existência de dúvida sobre a constitucionalidade da norma. A dúvida sobre a aplicação da norma é dúvida sobre a sua constitucionalidade. O pressuposto da declaração de constitucionalidade não está na divergência entre os tribunais, mas na divergência entre o Judiciário e o Legislativo" (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**, 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. E-book).

[427] Disponível em: https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/20915?pagina=131. Acesso em: 14 jul 2023.

> contratações públicas por exemplo é a incerteza jurídica que grassa em torno das licitações. Em geral, os licitantes inabilitados, desclassificados ou que não sejam declarados vencedores judicializam a discussão sobre a validade do procedimento e, por vezes, do próprio contrato. Visa-se a mitigar a incerteza jurídica da Administração em relação ao reconhecimento da validade de seus atos, facultando-se, no regime da ação civil pública (ACP) – Lei nº 7.437, de 24 de julho de 1985 –, o ajuizamento de ação para obter, com efeitos erga omnes, a declaração de que ato ou contrato é válido. (...) Como afirmou o prof. Carlos Ari Sundfeld, durante a mesa redonda sobre o PLS, o objetivo é criar, à semelhança da ação declaratória de constitucionalidade (ADC), uma ação declaratória de validade dos atos ou contratos, para que, com efeitos erga omnes, o Judiciário reconheça sua legalidade e permita, assim, o bom andamento das atividades administrativas. Sua pertinência com a LINDB é o fato de criar um mecanismo – Ação Declaratória – que garanta a certeza quanto à vigência e obrigatoriedade das normas a todos os entes da Administração Pública.

O art. 25 foi objeto de inúmeras críticas, em especial de associações de magistrados, membros do Ministério Público e membros do Tribunal de Contas da União. O TCU divulgou uma análise preliminar do projeto de lei nº 7.448/2017 pela sua Consultoria Jurídica[428].

> Todo esse artigo 25 é inconstitucional, por ofensa aos arts. 70 e 71 da Constituição Federal, pois busca, pela via infraconstitucional, subtrair da apreciação do Poder Legislativo e dos Tribunais de Contas o exercício de suas competências relativas à verificação da regularidade dos atos, contratos, ajustes, processos e normas da Administração Pública, ao prever a submissão de sua análise ao Poder Judiciário, sem que se aponte qualquer lesão ou ameaça a direito, mas, ao contrário, apenas com a finalidade de se obter sentença declaratória de validade, o que, por via transversa, transforma o Judiciário em órgão de chancela das ações administrativas, inclusive quanto à sua adequação e economicidade dos preços e valores. Na prática, esse artigo permitiria submeter ao Judiciário um edital de licitação ou um contrato de concessão de uma rodovia, por exemplo, a fim de que o Juiz o declare válido, sobre os seus múltiplos aspectos, e ainda declare a sua adequação e a economicidade de seus preços[429].

Na Nota Técnica Conjunta nº 01/2018, emanada pelas 1ª, 2ª, 3ª, 4ª, 5ª e 7ª Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal e acolhida pela

---

[428] Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/analise-consultoria-juridica-tcu-lindb.pdf. Acesso em: 20 jul 2023.

[429] Parecer jurídico elaborado pela Consultoria Jurídica do Tribunal de Contas da União [Consultor parecerista Odilon Cavallari de Oliveira] no processo TCU/CONJUR: TC-012.028/2018-5, sobre o Projeto de Lei nº 7.448/2017, em face do parecer-resposta elaborado pelos autores do projeto em relação à análise preliminar que Consultoria havia realizado. Disponível em: https://cdn.oantagonista.net/uploads/2018/04/PL-7448-2017-Inteiro-teor-Altera-LINDB-Parecer-Conjur-2018-04-20.pdf. Acesos em: 18 jul 2023.

Procuradoria Geral da República[430], há severas críticas ao art. 25, arguindo sua inconstitucionalidade por ofensa aos arts. 70, 71, 127 e 129 da Constituição Federal:

> Embora o parágrafo primeiro discipline o rito (o mesmo da ação civil pública), o texto silencia sobre legitimados ativos e, pasme-se, inclui o Ministério Público no polo passivo, que, segundo o texto, poderá abster-se, contestar ou aderir ao pedido. Nos termos postos, o PL está eivado de inconstitucionalidade, porque subverte a função constitucional do Parquet, apequenando a tutela dos interesses sociais e individuais indisponíveis à tutela dos interesses secundários da Administração Pública, nem sempre convergentes. Inverte toda a lógica de estruturação dos instrumentos de tutela coletiva e impõe ao Ministério Público a condição de réu na ação civil pública, cuja atuação arrisca-se a não ser mais pautada pelas suas atribuições constitucionais mas pelas demandas criadas pelos gestores públicos. Em verdade, com a instituição da ação civil pública declaratória de validade de ato administrativo, o PL pretende enfraquecer ou mesmo desmontar todo o aparato de controle estatal, notadamente aquele conduzido pelos tribunais de contas. Isso fica evidente quando a declaração da validade do ato pode permite alcançar a adequação e a economicidade de preços ou valores previstos no ato, contrato ou ajuste. O dispositivo, portanto, além de inconstitucional por ofensa aos arts. 127 e 129 da Constituição Federal, afronta seus arts. 70 e 71, pois busca subtrair, pela via infraconstitucional, as competências relativas à verificação da regularidade dos atos, contratos, ajustes, processos e normas da Administração Pública, afetadas pela Carta Magna ao Poder Legislativo e aos Tribunais de Contas. Ataca-se aqui todo o desenho democrático de freios e contrapesos, anulando por completo a instância administrativa de controle. O Judiciário, além de transformado na única instância de controle, reduzir-se-á a órgão de chancela das ações administrativas, inclusive quanto à sua adequação e economicidade dos preços e valores[431].

[430] Disponível em: https://www.estadao.com.br/blogs/blog/wp-content/uploads/sites/41/2018/04/OF%C3%8DCIO-DA-PGR.pdf. Acesso em: 20 jul 2023.

[431] Disponível em: https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/Nota%20Tecnica%201_2018.pdf. Acesso em: 20 jul 2023.

As críticas elaboradas pelo TCU foram rebatidas por alguns artigos doutrinários[432], em especial por um parecer conjunto elaborado por um grupo de professores e professoras de Direito Administrativo[433], que apontou:

> As críticas tecidas pelo TCU carecem de fundamento jurídico e distorcem o sentido da norma. E são surpreendentes, por lançarem, sobre todos os juízes do Brasil, a suspeita de que eles estariam sempre disponíveis para participar de conluios, validando atos ilegais de modo desonesto. (...). Consequentemente, nenhum órgão do Estado está isento da força da coisa julgada produzida pela atividade jurisdicional, que alcança todos os assuntos relativos ao Direito. Os Tribunais de Contas, como órgãos administrativos de controle integrantes do Poder Legislativo, não podem obviamente reivindicar qualquer espécie de isenção frente à coisa julgada. Ou seja, as competências fiscalizatórias das Cortes de Contas subsistem em qualquer hipótese, mesmo com a competência do Judiciário para dizer o Direito. (...) Deste modo, e este é o ponto, a ação de declaração aqui analisada em hipótese alguma afeta as competências dos Tribunais de Contas na verificação da regularidade de atos, contratos, ajustes, processos e normas administrativas. Nos limites de suas competências, os órgãos de controle continuarão podendo naturalmente investigar e aplicar as medidas corretivas pertinentes. Aliás, nem haveria como se admitir que uma norma infraconstitucional pudesse afastar competências constitucionais expressas. Entretanto, o que faz o artigo 25 nada mais é do que criar uma via processual direta para que o Judiciário possa dar a última palavra sobre a validade de atos em sentido amplo (atribuição essa que, segundo o sistema constitucional brasileiro, já é sua). Não há aqui, portanto, nada de novo ou excêntrico[434].

---

[432] "Há, por fim, duas críticas à constitucionalidade do Projeto. Uma delas afirma ser inconstitucional a previsão da ação declaratória de validade, proposta no art. 25. Essa crítica ignora que a Constituição não busca exaurir todas as ações possíveis no ordenamento processual brasileiro. O simples fato de uma ação não ser prevista pela Constituição não significa que ela seja inconstitucional. Por outro lado, seja qual for o desfecho da ação declaratória conforme prevista no Projeto, a decisão estará sujeita a todos os graus recursais, ordinários e extraordinários, do Poder Judiciário brasileiro. Tal ação não constitui, portanto, um espaço 'fora da lei' onde valem barganhas e jeitinhos" (ALBERTO, Marco Antônio Moraes e MENDES, Conrado Hübner. Por que uma Lei contra o Arbítrio Estatal? *Portal Jota*, 12 abril 2018. Disponível em:https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/por-que-uma-lei-contra-o-arbitrio-estatal12042018. Acesso em: 21 jul. 2023). No mesmo sentido: "O Projeto não restringe as competências do Tribunal de Contas, que são inconfundíveis com as do Poder Judiciário. Ele autoriza o Poder Judiciário a declarar a validade de atos jurídicos antes de uma controvérsia perante o órgão de controle. Ao invés de ingresso no Poder Judiciário depois da decisão contrária do órgão de controle, fica admitido o exame antecipado pelo Judiciário. O Tribunal de Contas permanecerá titular de sua competência, que não se confunde com aquela do Judiciário" (JUSTEN FILHO, Marçal. PL 7.448/17 e sua importância para o Direito Brasileiro. **Portal Jota**, 18 abril 2018. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-do-justen/pl-7448-2017-e-sua-importancia-parao-direito-brasileiro-18042018. Acesso em: 20 jul 2023).

[433] Floriano de Azevedo Marques Neto, Carlos Ari Sundfeld, Adilson Abreu Dallari, Ives Gandra da Silva Martins, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Odete Medauar, Paulo Henrique dos Santos Lucon, Marçal Justen Filho, Roque Carrazza, Gustavo Binenbojm, Fernando Dias Menezes de Almeida, Alexandre Santos de Aragão, Fernando Facury Scaff, Jacintho Arruda Câmara, Vera Cristina Caspari Monteiro, Egon Bockmann Moreira, José Vicente Santos de Mendonça, Marcos Augusto Perez, Flavia Piovesan, Paulo Modesto, André Janjácomo Rosilho, Eduardo Ferreira Jordão, Vitor Rhein Schirato, Carlos Eduardo Bergamini Cunha e Yasser Gabriel.

[434] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et al. Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL 7.448/2017. **Revista Brasileira da Advocacia**, vol. 9. Ano 3. P. 289-323. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr-jul. 2018. p. 302/304.

As críticas acerca do art. 25, entretanto, surtiram efeito quanto ao veto por parte da Presidência de República, que através da mensagem nº 212 de 25 de abril de 2018, vetou integralmente o ar. 25 do Projeto de Lei nº 7.448/2017, sob o fundamento de que o efeito *erga omnes* da ação poderia acarretar uma excessiva judicialização de forma injustificada, considerando a abrangência de cabimento para a impetração da ação por razões de segurança jurídica de interesse geral o que, na prática, poderá contribuir para maior insegurança jurídica[435].

2.3 Críticas gerais à Lei nº 13.655/2018

A primeira premissa crítica que se deve ter em mente é que a Lei nº 13.655/2018 não é a solução para todos os males do Direito Público. Nem deve ser assim considerada e nem parece que teve essa pretensão pela justificativa de seu anteprojeto.

A Lei nº 13.655/2018 não é inovadora[436], mas configura um compêndio de conhecidas interpretações possíveis. Com base nessas premissas, deve-se evitar o efeito-descrédito, entendido como aquele que deriva da constatação generalizada de que uma lei não alcançou a perfeição naquilo que a justificou (muitas vezes por responsabilidade dos aplicadores e não por si mesma). Pela frustação dessas expectativas de perfeição, coloca-se uma moldura de imprestabilidade nas novas disposições normativas.

---

[435] Razões de veto ao art. 25: "A ação declaratória preconizada pelo dispositivo, cuja sentença terá eficácia para todos, inclusive podendo dispor a respeito de preço e valores, poderá acarretar em excessiva demanda judicial injustificada, tendo em vista a abrangência de cabimento para a impetração da ação por 'razões de segurança jurídica de interesse geral' o que, na prática, poderá contribuir para maior insegurança jurídica. Ademais, há omissão quanto à eficácia de decisões administrativas ou de controle anteriores à impetração da ação declaratória de validade, uma vez que a atuação judicial pode se tornar instrumento para a mera protelação ou modificação dessas deliberações, representando, também, violação ao Princípio Constitucional da Independência e Harmonia entre os Poderes."

[436] "A LINDB não é marcada por apresentar conteúdo revolucionário. Essa observação é cabível desde sua redação original. Não se trata de uma legislação de ruptura, por assim dizer. Ao contrário. O objetivo da LINDB é consolidar fórmulas já assentes de interpretação e aplicação do Direito" (CÂMARA, Jacintho Arruda. Art. 24 da LINDB - Irretroatividade de nova orientação geral para anular deliberações administrativas. **Revista de Direito Administrativo**, p. 113–134, 2018. p. 122)

A Lei nº 13.655/2018 tem como principal objetivo - dentre outros[437] - regulamentar o poder da decisão pública e, com isso, reduzir os excessos do poder exercido por órgãos judiciais, administrativos e controladores, promovendo-se maior segurança jurídica.

> A superação da crise econômica exige dar mais estabilidade e segurança aos negócios públicos, requisitos fundamentais para recuperar a nota de crédito do país e atrair investimentos privados de qualidade. E chegou a hora de enfrentar seriamente a crise ética. Para isso, é imperioso abandonar a crença equivocada de que mais burocracia e mais dirigismo inibem a corrupção. Estão aí os resultados da Lei 8.666/1993: o sistema de licitação aberta e com critérios de julgamento 'hiperobjetivos' deu margem a maus negócios (ou alguém ainda contesta que o café servido nas entidades estatais tem gosto menos aprazível do que qualquer outro no mundo, e que as canetas das repartições públicas duram menos do que as outras?) e a manobras que fogem por completo do direito público (como sói ocorrer com os 'contratos guarda-chuva', feitos com as fundações de apoio, mediante o repasse desenfreado de recursos públicos para fugir do dever de licitar e de prestar contas)[438].

A inovação legislativa objetivou imprimir maior conteúdo pragmático-realístico à teoria da decisão pública ou, ao menos, introduzir textos legais que constranjam

[437] "A nova LINDB é calcada em quatro pressupostos: (i) a administração pública interpreta e sua interpretação tem peso; (ii) confiança no gestor público honesto para inovar a gestão pública; (iii) maior segurança jurídica para gestores, cidadãos e controladores; (iv) qualidade das decisões públicas pode ser melhor, favorecendo a segurança jurídica" (CARDOSO, Henrique Ribeiro e SANTOS, Mateus Levi Fontes. A deferência judicial redimida. **Revista de Direito Administrativo**, v. 282, n. 1, p. 139–172, 2023. p. 146).

[438] SUNDFELD, Carlos Ari e JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Uma lei para dar mais segurança jurídica ao direito público e ao controle. In: SANTOS DE MENDONÇA, José Vicente e LEAL, Fernando [org.]. **Transformações do direito administrativo**: consequencialismo e estratégias regulatórias. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016. p.21-24. p. 24.

epistemologicamente os decisores[439], em uma espécie de gramática normativa de indução[440].

As premissas adotadas focam, diretamente, a segurança jurídica como claridade e previsibilidade de entendimentos, manutenção de contratos e posicionamentos, prevalência da convolação de irregularidades e preferência a um erro objetivo do que um acerto subjetivo, vez que a segurança jurídica também compõe o interesse público.

Parte-se da valoração da estabilidade jurídica das relações frente aos demais valores abstratamente considerados, que devem ser relativizados para garantia da estabilidade formada na relação jurídica. Isso deve ocorrer, inclusive, quando existente ilicitude, observados os atos autônomos de existência, as consequências práticas e as dificuldades reais do gestor. Aliás, essa circunstância é comum ao sistema jurídico em situações mais graves, como, por exemplo, a prescrição penal, a prescrição do ressarcimento ao erário público por atos não dolosos que caracterizem improbidade administrativa e a decadência tributária.

A histórica do Direito Administrativo é permeada pelo ideal de controle da Administração Pública para restrição do poder estatal sobre os direitos dos administrados. Desde a consideração da discricionariedade absoluta que sustenta a insindicabilidade do mérito administrativo até a deferência técnica do *non liquet*

---

[439] Esclarece Maria Helena Diniz que "se uma norma sintaticamente eficaz, por apresentar condições técnicas de atuação, mas semanticamente inefetiva, por ser regularmente desobedecida ou inaplicada pela autoridade, por não se adaptar ao tempo, ao local, às convicções e aos pontos de vista valorativos da sociedade, fala-se em inefetividade pragmática no sentido de desuso, isto é, omissão que ocorre diante de fatos que constituem condições para aplicação da norma. A norma em desuso não perde, enquanto não for revogada por outra, a eficácia jurídica, apesar de ser regularmente desobedecida" (DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao Código civil brasileiro interpretada**, 14ª ed. São Paulo, Saraiva, 2009. p.69).

[440] "Mudar a gramática do direito é mudar – um pouco – o mundo das decisões. O art. 20 do projeto talvez não tenha plena efetividade (isto é, não creio no primeiro futuro). A despeito disso, ele é importante, mais do que sugere o segundo cenário, pelo que sinaliza. O juiz que buscar 'consequências práticas' para fundamentar seu decisionismo estará sendo educado e constrangido por uma nova gramática. Além disso, uma coisa é discutir, à luz da decisão de licenciar o empreendimento, a 'dimensão objetiva do direito fundamental à dignidade da pessoa humana enquanto dever de proteção'; outra é discutir se o estado de coisas A ('os peixes vão morrer na lagoa') é preferível ao estado de coisas B ('a hidrelétrica não será construída e provavelmente faltará energia na região'). Consequências práticas podem ser muitas coisas, mas são menos coisas do que, por exemplo, a vis expansiva dos direitos fundamentais ou a dignidade da pessoa humana" (SANTOS DE MENDONÇA, José Vicente. Dois futuros (e meio) para o projeto de lei do Carlos Ari. In: SANTOS DE MENDONÇA, José Vicente e LEAL, Fernando (org.). **Transformações do direito administrativo**: consequencialismo e estratégias regulatórias. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016. p.34)

judicial, sempre houve preocupação com o aumento e com o aperfeiçoamento de instrumentos para o controle do Estado.

Chegou-se a uma etapa histórica no Direito Público brasileiro onde se achou necessário o controle dos controladores, já que os órgãos de controle da Administração Pública, bem verdade, também são partes da Administração Pública, passíveis, portanto, também de controle[441].

No movimento pendular típico da histórica, o legislador brasileiro, apoiado em gama relevante de doutrinadores e atores jurídicos, entendeu que existiam excessos na atividade de controle da Administração Pública que, ao invés do benéfico efeito de promover segurança jurídica, ocasionou o efeito contrário[442], afastando bons

[441] "Nas sociedades atuais, quem controla o poder não é apenas outro poder, mas o Direito, tendo por base a Constituição. Se houvesse uma verdadeira cultura constitucional em nosso país, a alteração proposta por esse PL seria desnecessária, pois redundante. O que se propõe é alterar a Lindb, que é o mesmo e velho Decreto-lei 4.657/42, antigamente conhecido como Lei de Introdução ao Código Civil, que apenas mudou de nome pela Lei 12.376/10. Registra-se desde já certo mal-estar civilizacional na leitura do texto, pois, subjacente a ele, identifica-se um país conflagrado, onde não mais se respeita a autoridade administrativa, e no qual todos são culpados até prova em contrário" (SCAFF, Fernando Facury. Quem Controla o Controlador? Considerações sobre as Alterações da LINDB. **Revista Consultor Jurídico**, 17 de abril de 2018.
Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-abr-17/quem-controla-controlador-notas-alteracoes-lindb. Acesso em: 20 jul. 2023).

[442] "As críticas apresentadas ao Projeto de Lei nº 7448/2017 não se sustentam. O aperfeiçoamento do controle público sobre decisões públicas, à luz da motivação, da segurança jurídica e da participação, não afrouxa a legalidade ou o combate à corrupção. Pelo contrário, um controle eficiente e movido por razões não arbitrárias é um pressuposto fundamental da democracia e da efetividade do sistema jurídico. Apenas num Estado autoritário há oposição entre fundamentação pública e poder político; o autoritário sempre deseja que os controladores não tenham qualquer ônus de justificação perante a sociedade civil. Em uma democracia, no entanto, controle sem dever de fundamentação é falso controle". (ALBERTO, Marco Antônio Moraes e MENDES, Conrado Hübner. Por que uma Lei contra o Arbítrio Estatal? **Portal Jota**, 12 abril 2018. Disponível em:https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/por-que-uma-lei-contra-o-arbitrio-estatal12042018. Acesso em: 21 jul. 2023.Estatal? *Jota*, 12 abril 2018. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/por-que-uma-lei-contra-o-arbitrio-estatal12042018. Acesso em: 21 jul. 2023).

administradores e promovendo uma imobilidade decisória frente ao receio de responsabilização[443], dando origem à aprovação da Lei nº 13.655/2018[444].

A Lei nº 13.655/2018 possui méritos, mas também é passível de críticas[445]. As críticas pontuais realizadas para cada dispositivo introduzido pela Lei nº 13.655/2018 serão abordadas no tópico específico de cada artigo, sendo o escopo do presente tópico a abordagem de críticas genéricas, que abrangem o aspecto global da lei.

A primeira das críticas se refere ao escopo principal da Lei nº 13.655/2018: a segurança jurídica e a redação legislativa para alcançá-la.

---

[443] "Muitas das críticas realizadas no contexto do processo legislativo da nova LINDB decorreram de uma má compreensão de seu conteúdo, possivelmente porque seus críticos o liam por uma lente de preconcepções e desconfianças. Também havia o receio de as instituições controladoras perderem seu amplíssimo espaço decisório construído desde a promulgação da Constituição Federal, que lhes conferiu prerrogativas inéditas. Leis controladoras que sobrevieram, de autoria dos próprios controladores, sedimentaram o cenário de desarmonia institucional: a quase inexistência de disciplina legal sobre como avaliar a legalidade de atos, contratos e processos administrativos que levaram a fatídicos exemplos de subversão da segurança jurídica e agora passariam a ser disciplinados pela nova LINDB" (BONACORSI DE PALMA, Juliana. Segurança jurídica para a inovação pública: a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro [Lei no 13.655/2018]. **Revista de Direito Administrativo**, v. 279, n. 2, p. 209–249, 2020. p.224).

[444] "O medo se espraiou pela Administração Pública. Na verdade, os agentes públicos que possuem alguma parcela de poder decisório ou aqueles que atuam em qualquer fase de alguns procedimentos estatais mais sensíveis aos olhos dos órgãos de controle (exemplos: processos de contratações públicas e de licenciamentos) possuem medo da atividade de controle (...). Em primeiro lugar, o agente público possui o medo das consequências de suas ações para a própria Administração Pública. Ou seja, possui receio de que a sua conduta seja prejudicial ao interesse público ao invés de tutelá-lo. Dessa forma, a sua inclinação é agir com maior parcimônia e responsabilidade a fim de evitar falhas. De outro lado, o agente público teme as consequências dos atos para terceiros, isto é, os efeitos colaterais de sua conduta que não são passíveis de mensuração pelo atual estado da arte. Destarte, esse medo vincula-se ao princípio da precaução, as sociedades de risco, a aversão a perda, a indiferença a probabilidade e aos efeitos sistêmicos. A terceira espécie de medo relaciona-se com os efeitos eleitorais das condutas do agente público" (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; HALPERN, Erick. O mito do "quanto mais controle, melhor" na Administração Pública, **Zênite Fácil, categoria Doutrina**, 07 out. 2020. Disponível em: http://www.zenitefacil.com.br. Acesso em: 10 mar 2023).

[445] O Ministro Herman Benjamin, antes da publicação da Lei nº 14.230/2021 (que alterou profundamente a Lei nº 8.429/1992), manifestando-se acerca da Lei nº 13.655/2018, expôs que a "impressão que fica, de alguns dispositivos da lei, é que no meio caminho, ou foi já desde o início, que foi modificar a Lei de Improbidade Administrativa sem dizer expressamente" (BENJAMIN, Antonio Herman. Seminário Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - Parte 2. **Youtube**, 10 abril 2019. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=EMZjSzlonoI. Acesso em: 20 jul 2023). Em sentido contrário: "Desmitificando a Lei no 13.655/2018, constatamos que ela não é uma conspiração de advogados contratados por concessionárias de serviços públicos para limitar o controle. A lei não cria qualquer mecanismo para que a administração se esquive do controle e na maior parte dos seus preceitos esclarece, aprofunda e generaliza experiências já em curso na gestão pública. A nova LINDB é reconhecidamente um projeto para aprimorar a segurança jurídica e melhorar a qualidade das decisões públicas. Porém, segurança jurídica não é um fim em si mesmo — sobre o que, afinal de contas, é a nova LINDB? A nova LINDB pretende ser uma metanorma nas relações com o poder público, de modo que particulares possam fazer os seus planos e, por sua vez, também o direito desenhe planos de articulação institucional para o alcance de finalidades públicas" (BONACORSI DE PALMA, Juliana. Segurança jurídica para a inovação pública: a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro [Lei no 13.655/2018]. **Revista de Direito Administrativo**, v. 279, n. 2, p. 209–249, 2020. p.243).

A Lei nº 13.655/2018 apresenta uma grande gama de conceitos vagos e indeterminados que demandam integração pelo intérprete. Exemplificando, foram empregados conceitos como “valores jurídicos abstratos”, “consequências práticas”, “proporcional”, “interesses gerais”, “anormais”, “excessivos”, “obstáculos e dificuldades reais do gestor”, “imposto, limitado ou condicionado a ação do agente”, “relevante interesse geral”, “solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais”, “condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral”, “compensação”, “benefícios indevidos”, “prejuízos anormais ou injustos”, “erro grosseiro” e “mudança posterior de orientação geral”.

Essa abertura interpretativa dos conceitos abertos tem potencial para ocasionar mais insegurança jurídica e imprevisibilidade[446], já que a Lei nº 13.655/2018 consiste em estratégia legislativa de controle do excesso do poder decisório[447].

Isso porque a completude interpretativa/aplicativa desses conceitos indeterminados é realizada, justamente, por aqueles a quem a lei direcionou seus preceitos para restrição de poder (órgãos judiciais, administrativos e controladores):

> O cenário seria menos ativista do que o atual: se julgadores estiverem vinculados à consideração e à medição das consequências práticas de suas decisões, o resultado será provavelmente menos revolto – para o bem e para o mal – do que o dos dias de hoje. Há, no entanto, dificuldades para se crer em tal futuro. A primeira é que ele consagra a hipótese em que autoridades interpretativas abdicam de poderes por meio de interpretação de lei. Ora, foi justamente pela interpretação das leis, dos regulamentos e das constituições que o estado atual de coisas, pan-principiológico e ultra-ativista, consagrou-

[446] “A premissa do PL – correta, a meu ver – é de que os desvios não resultam da falta de controle. Mas da constatação de que, ao controlar, os órgãos competentes (i) não dialogam com o gestor, o que explica o pânico da responsabilização e o engessamento; (ii) tampouco dialogam entre si; do contrário, haveria uniformidade de entendimentos. Tem-se aí um problema de ineficiência sistêmica que faz o controle custar caro, pelo prejuízo que representa às relações negociais e à independência das instituições de controle. Mesmo assim, é curioso notar que, nesse cenário de insegurança, há quem rejeite o PL por considerá-lo inseguro. Mesmo sabendo que ele busca mitigar os custos da ineficiência (que são, portanto, anteriores à sua própria existência)” (MORGAN, Fernanda. Repensando o Controle Público no Contrafluxo. **Portal Jota**, 23 abril 2018. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-eanalise/artigos/repensando-o-controle-publico-no-contrafluxo-23042018. Acesso em: 20 jul 2023).

[447] Em sentido contrário: “O conceito de ‘norma de conteúdo indeterminado’ foi muito controvertido quando da sanção da Lei nº 13.655/18 e imediatamente após, mas de toda sorte não é um conceito de difícil compreensão. (...) Essa indeterminação poderá ser preenchida no caso concreto, na decisão singular, ou por deliberação normativa, hipótese em que o órgão ou ente competente abdica de sua discricionariedade balizada (capacidade de preencher de conteúdo a indeterminação do preceito) por uma delimitação geral e abstrata, à qual passa a se vincular” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Art. 23 da LINDB - O equilíbrio entre mudança e previsibilidade na hermenêutica jurídica. **Revista de Direito Administrativo**, p. 93–112, 2018. p.105).

> se. Em uma analogia singela, seria como pretender curar um alcoólatra com um remédio à base de cachaça[448].

Configura-se, quase, uma espécie de Síndrome de Estocolmo normativa às avessas, onde a estratégia legislativa de controle se rende ao controlador que deveria ser por ela controlado[449]. O Ministro do STJ Antonio Herman Benjamim afirmou que "para quem elabora a lei é um mal não consultar juízes, porque podem escrever os manuais que quiserem, mas um parágrafo dito por um juiz faz coisa julgada[450]". Esse entendimento do Ministro Antonio Herman Benjamim segue a mesma linha do entendimento exposto pelo também Ministro do STJ Humberto Gomes de Barros, que em seu voto proferido no AgReg em ERESP nº 279.889/AL (relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 3/4/2001) demonstra aderir à ideia de prevalência da jurisprudência sobre a doutrina[451].

Como contraponto a esse entendimento, ressalte-se que a doutrina jurídica nacional não pode ser meramente caudatária da jurisprudência. A doutrina deve assumir, como bem destaca Lênio Luiz Streck, o seu relevante papel epistemológico,

---

[448] SANTOS DE MENDONÇA, José Vicente. Dois futuros (e meio) para o projeto de lei do Carlos Ari. In: SANTOS DE MENDONÇA, José Vicente e LEAL, Fernando (org.). **Transformações do direito administrativo**: consequencialismo e estratégias regulatórias. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016. p.32.

[449] "Muitas das críticas realizadas no contexto do processo legislativo da nova LINDB decorreram de uma má compreensão de seu conteúdo, possivelmente porque seus críticos o liam por uma lente de preconcepções e desconfianças. Também havia o receio de as instituições controladoras perderem seu amplíssimo espaço decisório construído desde a promulgação da Constituição Federal, que lhes conferiu prerrogativas inéditas. Leis controladoras que sobrevieram, de autoria dos próprios controladores, sedimentaram o cenário de desarmonia institucional: a quase inexistência de disciplina legal sobre como avaliar a legalidade de atos, contratos e processos administrativos que levaram a fatídicos exemplos de subversão da segurança jurídica e agora passariam a ser disciplinados pela nova LINDB" BONACORSI DE PALMA, Juliana. Segurança jurídica para a inovação pública: a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei no 13.655/2018). **Revista de Direito Administrativo**, v. 279, n. 2, p. 209–249, 2020. p.224).

[450] BENJAMIN, Antonio Herman. Seminário Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - Parte 2. **Youtube**, 10 abril 2019. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=EMZjSzlonoI. (03:44:54). Acesso em: 20 jul 2023.

[451] Consta do voto do Humberto Gomes de Barros: "não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico - uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja".

vez que a doutrina deve justamente doutrinar no sentido de produção de conteúdo jurídico-científico:

> Repetindo: o direito não é aquilo que o intérprete quer que ele seja. Portanto, o direito não é aquilo que o Tribunal, no seu conjunto ou na individualidade de seus componentes, diz que é (lembremos, aqui, a assertiva de Herbert Hart, em seu Concept of Law, acerca das regras do jogo de críquete, para usar, aqui, um autor positivista contra o próprio decisionismo positivista que claramente exsurge do acórdão em questão). A doutrina deve doutrinar, sim. Esse é o seu papel. Aliás, não fosse assim, o que faríamos com as mais de mil faculdades de direito, os milhares de professores e os milhares de livros produzidos anualmente? E mais: não fosse assim, o que faríamos com o parlamento, que aprova as leis? E, afinal, o que fazer com a Constituição, lei das leis?[452].

Em análise mais profunda, aqui a questão reside primordialmente no campo da hermenêutica jurídica - especialmente pela teoria de decisão - do que no campo da deontologia jurídica.

Essa situação é bastante perceptível pelas reações negativas de diversos membros da comunica jurídica nacional em face da aprovação da Lei nº 13.655/2018, como membros do Tribunal de Contas da União.

A compilação das críticas e reações negativas à Lei nº 13.655/2018[453] pode ser bem resumida na manifestação do Ministro Herman Benjamin do Superior Tribunal de Justiça, que em exposição realizada no Seminário Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (10/04/2019), afirmou categoricamente que, apesar do intuito nobre da Lei nº 13.655/2018 e da existência de boas alterações, ela tem problemas de tramitação, conceituais e de conteúdo[454].

---

[452] STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 264. Ver também: STRECK, Lenio Luiz. **Crise de paradigmas**: devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz. 2011. Disponível em: https://www.sedep.com.br/artigos/devemos-nos-importar-sim-com-o-que-a-doutrina-diz/. Acesso em: 17 maio 2023.

[453] Vide também o parecer jurídico elaborado pela Consultoria Jurídica do Tribunal de Contas da União [Consultor parecerista Odilon Cavallari de Oliveira] no processo TCU/CONJUR: TC-012.028/2018-5, sobre o Projeto de Lei nº 7.448/2017, em face do parecer-resposta elaborado pelos autores do projeto em relação à análise preliminar que Consultoria havia realizado. Disponível em: https://cdn.oantagonista.net/uploads/2018/04/PL-7448-2017-Inteiro-teor-Altera-LINDB-Parecer-Conjur-2018-04-20.pdf. Acesos em: 18 jul 2023.

[454] BENJAMIN, Antonio Herman. Seminário Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - Parte 2. **Youtube**, 10 abril 2019. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=EMZjSzlonoI. Acesso em: 20 jul 2023.

Interessante notar que justamente um projeto de lei que objetivava maior segurança jurídica tramitou rapidamente[455] - com apenas uma audiência pública – sem que tenha sido submetido a um número maior de audiências públicas[456] que permitissem uma participação mais plural da sociedade, especialmente com

[455] "O modo como essa alteração foi feita está longe de ter sido dos mais elogiáveis. Alterou-se aquela que é considerada a mais importante lei do direito brasileiro, a Lex Legum, em um cenário formalmente legal, mas democraticamente reprovável. O projeto de lei passou anos esquecido no Congresso Nacional, sem ser debatido nem por parlamentares, nem em audiências públicas, para ser, depois, aprovado às pressas, em uma votação terminativa na Câmara dos Deputados, sem ser sequer submetido à votação de plenário. Houve recurso dessa aprovação pela deputada Erika Kokai, o qual foi derrubado por acordo de líderes" (VITORELLI, Edilson. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a ampliação dos parâmetros de controle dos atos administrativos discricionários: o direito na era do consequencialismo. **Revista de Direito Administrativo**, v. 279, n. 2, p. 79–112, 2020. p.81). Em sentido contrário: Em sentido contrário: "O findar desta semana foi testemunha do alarido provocado por associações de classe, que congregam membros de órgãos de controle, em função da aprovação do Projeto de Lei n. 7.448/2017, de autoria do Senador mineiro Antonio Augusto Anastasia. (...) Sem maiores compromissos dogmáticos, despidos de fundamentação jurídica, mas imbuídos de seu resiliente *esprit de corps*, vergastaram o Projeto de Lei, com base em dois sucintos argumentos, quais sejam: a suposta ausência de debate, a caracterizar sua inconstitucionalidade formal, e um imaginado cerceamento dos órgãos de controle, o que lhe colocaria em choque com a Constituição. As ilações chegaram a supor que, com a nova lei, estaria esvaziada a lei de improbidade administrativa. (...) Se é que as vozes olímpicas da moralidade não foram ouvidas, não o foram, seja por desinteresse nos assuntos do país, seja pelo menosprezo que nutrem pela legislatura ou, quiçá, pela indiferença quotidiana que alimentam em relação à Lei. Pintam a opinião que lhes é desagradável com cores de conspiração, carregada com a retórica pedestre do novo salvacionismo. Os críticos da undécima hora resgatam o moralismo udenista - agora instrumento a serviço da usurpação do político" (SALDANHA, Daniel Cabaleiro. Novo Salvacionismo. **Jornal Estado de São Paulo**, 16 abril 2018, Blog do Fausto Maceo. Disponível em: http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/novosalvacionismo/. Acesso em: 21 jul. 2023).

[456] Como expôs Júlio Marcelo de Oliveira, Procurador do Ministério Público junto ao TCU, "isso apenas reforça a minha posição contra o projeto, porque mostra que o projeto veio ao mundo com um déficit de legitimidade democrática, com um déficit de discussão, com um déficit de aprofundamento assustador. Como é que algo que tem tanto impacto na vida da sociedade brasileira, na Administração Pública brasileira, na atuação de órgãos de Estado, como o Tribunal de Contas, o Poder Judiciário, o Ministério Público, como é que isso pode vir à baila sem que tenha havido uma única audiência pública para se debater esses temas com a participação e presença desses órgãos? Que não são só impactados, como são os responsáveis por operacionalizar a lei. É espantoso que isso tenha acontecido, né? Num país que tem tradição democrática de debater os temas à exaustão no Congresso Nacional. Então, de maneira respeitosa com o Congresso Nacional, eu não posso deixar de fazer a crítica de que o processo legislativo foi deficiente, do ponto de vista do devido processo legislativo substantivo" (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Discussão do Projeto de Lei 7.448/2017. Principais conclusões de diálogo público realizado pelo TCU no dia 23 de abril de 2018, em Brasília. [Palestrantes] Ministro Raimundo Carreiro [et al.] – Brasília: Secretaria-Geral da Presidência (Segepres), 2018. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/CD/E3/51/19/E151F6107AD96FE6F18818A8/Discussao_projeto_lei_7.448_2017.pdf. Acesso em: 20 jul 2023)

integrantes de carreiras submetidas ao conteúdo da própria lei, como magistrados, membros do Ministério Público e membros dos Tribunais de Contas[457].

O Ministro Herman Benjamin ainda critica o aspecto conceitual da Lei nº 13.655/2018, que inseriu alguns dispositivos na LINDB que não deveriam estar alocados nesse Lei. Isso porque a LINDB trata de normas de sobredireito[458] ou metadireito[459], que devem servir de base interpretativa para outras normas[460]. Por exemplo, argumenta que o art. 26 (termo de compromisso), não deveria constar na LINDB, mas em legislação mais pertinente, com na Lei de Licitações ou na Lei de Ação Civil Pública[461].

O Ministro critica o aspecto do conteúdo da inovação legislativa, que por se tratar de inserção na LINDB concernente ao Direito Público, deveria ao menos reforçar

[457] Em ofício encaminhamento ao Presidente do Senado Eunício de Oliveira, datado de 25 de junho de 2018, a Procuradora Geral da República (PGR) Raquel Elias Ferreira Dodge, solicitou a manutenção dos vetos do Presidente da República ao referido projeto de lei, convertido na Lei 13.655/18, afirmando que "pela dimensão e impacto da proposição legislativa, assinalou-se que a matéria deveria ter sido objeto de audiências públicas que contemplassem a visão dos diversos setores da administração pública encarregados da fiscalização dos atos administrativos, notadamente na área de gestão de políticas públicas e de uso do dinheiro público. Impressiona, no entanto, que proposta de tamanha envergadura – cuja vigência redunda em profunda modificação na atuação dos órgãos de controle – tenha sido aprovada em regime de urgência, sem debate com os setores envolvidos, sem mesmo a imprescindível participação da sociedade civil. Além de o projeto de ter sido aprovado de forma terminativa nas comissões das Casas Legislativas – sem discussão em Plenário e sem qualquer oportunidade de participação dos cidadãos e de suas associações – também foram alijados desse importante e necessário debate representantes de órgãos como os Tribunais de Contas, o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, o Poder Judiciário e o Ministério Público" (Disponível em: https://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/OfcioPresidenteCongresso2.pdf. Acesso em: 24 jul 2023).

[458] Na concepção de Humberto Ávila, as normas de metadireito ou sobredireito constituiriam postulados normativos (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**, 21ª ed. São Paulo: Malheiros/Juspodivm, 2022. p.169/189).

[459] DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada**, 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 04/05.

[460] "O Decreto-Lei nº 4.657/1942 consiste em um corpo normativo cuja fina-lidade é regulamentar a interpretação e a aplicação de outras normas, em todos os ramos do direito brasileiro.36 Originalmente chamado de "Lei de Introdução ao Código Civil, a LICC, em 2010, teve sua nomenclatura alterada pela Lei nº 12.376 para Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, com a finalidade de deixar claro que é aplicável a todos os ramos do direito, não só ao direito civil" (QUEIROZ DOS SANTOS, Welder; PAIVA PIRES MOREIRA MAIA, Grhegory. Segurança jurídica, transformações no direito administrativo e deveres da administração pública implementados pela Lei nº 13.655/2018. **Revista de Direito Administrativo**, v. 280, n. 3, p. 93–120, 2021. p.115).

[461] BENJAMIN, Antonio Herman. Seminário Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - Parte 2. **Youtube**, 10 abril 2019. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=EMZjSzlonoI. Acesso em: 20 jul 2023.

valores como a dignidade da pessoa humana, a probidade administrativa, o interesse público e a solidariedade[462].

Por fim, cabe apontar que projeto de lei aprovado não contém período de transição para adaptação da totalidade das inovações propostas que deram origem à Lei nº 13.655/2018 - com exceção do art. 29, cuja redação entrou em vigor 180 dias após a publicação da lei -, algo que contraria as próprias regras trazidas pela lei aprovada.

2.4 Consequencialismo invalidatório, motivação constitutiva e proporcionalidade

O art. 21 da LINDB estabelece que a decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

Trata-se de disposição normativa que visa conferir "uma racionalidade aos processos administrativos invalidadores[463]" de maneira geral[464], evitando-se possíveis ativismos decisórios[465].

---

[462] "Para mostrar como se poderia ter avançado mais e não se avançou, ou seja, que muito do que está aqui não será cumprido pelos juízes É não será cumprido porque o juiz não quer não. Não será cumprido porque se opõe à Constituição, ou se opõe às normas especiais ou o próprio dispositivo já traz a, não é a desculpa, mas o fundamento para o juiz não cumprir" (BENJAMIN, Antonio Herman. Seminário Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - Parte 2. **Youtube**, 10 abril 2019. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=EMZjSzlonoI. Acesso em: 20 jul 2023).

[463] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo e VÉRAS DE FREITAS, Rafael. **Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019. p.42.

[464] Entendendo se tratar de norma de abrangência geral, envolvendo qualquer manifestação estatal de qualquer ente federativo: ZAGO, Marina Fontão. Decidir as consequências da invalidação de ato administrativo: novo paradigma para velho problemas. In: CARNEIRO DA CUNHA FILHO, Alexandre Jorge; ISSA, Rafael Hamze e SCHWIND, Rafael Wallbach (Coords.). **Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro Anotada**, volume II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 154-160. p. 157.

[465] "Uma terceira forma de ativismo judicial é a invalidação de norma legal ou administrativa com base em princípio constitucional abstrato" (BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?, 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p.194).

A Administração Pública, através de seu poder de autotutela e assegurado os direitos fundamentais como contraditório[466], ampla defesa e devido processo legal, é capaz de revogar ou invalidar seus próprios atos[467].

A invalidação ou anulação, diversamente da mera revogação[468], é a extinção do ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa em face da sua produção em desconformidade com o ordenamento jurídico (ilegalidade ou inconstitucionalidade):

> Os atos nulos diferem dos anuláveis em diversos aspectos, muitos dos quais previstos por normas de Direito Privado. Mas, reconhecida a invalidação pela autoridade competente, tanto os efeitos do ato nulo como os do anuláveis retroagem à data do ato; não sendo possível a restituição das partes ao estado anterior, serão indenizadas com o equivalente. A resistência do particular, nos dois casos, é a passiva; os atos meramente irregulares não atingem a ordem jurídica, não afetam o interesse público e, por isso, não havendo prejuízos aos particulares, devem ser mantidos; Atos inexistentes, nulos ou anuláveis têm efeitos, enquanto não reconhecidos pela autoridade; os dois últimos, em alguns casos, mesmo depois de invalidados, podem continuar a tê-los, como na hipótese de funcionário de fato, ou de ressarcimento ao particular de boa fé[469].

---

[466] Enunciado nº 20 da I Jornada de Direito Administrativo do Conselho da Justiça Federal (CJF): "O exercício da autotutela administrativa, para o desfazimento do ato administrativo que produza efeitos concretos favoráveis aos seus destinatários, está condicionado à prévia intimação e oportunidade de contraditório aos beneficiários do ato".

[467] "A Administração Pública tem o poder de autotutela para rever seus próprios atos quando eivados de vícios com potencial de se tornarem ilegais, assegurando-se o contraditório e a ampla defesa em prévio procedimento administrativo (Súmula 473/STF)" (STJ, MS 10.670/DF, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Terceira Seção, julgado em 08/04/2015, DJe 20/04/2015).

[468] A revogação é a extinção do ato administrativo pela Administração Pública em razão do exercício do seu juízo de discricionariedade (conveniência e oportunidade). Dessa forma, "a revogação tem lugar quando uma autoridade, no exercício de competência administrativa, conclui que dado ato ou relação jurídica não atendem ao interesse público e por isso resolve eliminá-los a fim de prover de maneira mais satisfatória às conveniências administrativas" (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**, 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 399/400). Ainda: "De facto, diz-se que o acto administrativo é livremente revogável, salvo se for constitutivo de direitos ou interesses legalmente protegidos, caso em que será sempre irrevogável. Isto é, assegura-se pura e simplesmente a estabilidade desses actos, sem medir os interesses em jogo, desprezando a eventual relevância da revogação para o interesse público, e não curando de saber se os interesses do particular merecem tutela, se a confiança depositada na estabilidade das posições jurídicas subjectivas constituídas é, ou não, digna da protecção da ordem jurídica. Ora, há determinadas situações em que, seja por alteração da lei, seja pela alteração da situação de facto, seja mesmo pela alteração fundamentada das concepções da própria Administração, o interesse público pode tornar conveniente ou até imperiosa a revogação de um acto administrativo constitutivo de direitos. E, se isso acontecer, talvez se deva admitir a revogação, pelo menos em determinados casos, quando a realização do interesse público justificar inequivocamente a supremacia em face dos interesses dos particulares, e sobretudo se não houver razão para proteger a confiança do particular na manutenção da situação constituída - designadamente, quando o particular não estiver de boa fé (a má fé não implica necessariamente a ilegalidade do acto)" (VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Revogação do acto administrativo. **Direito e Justiça**, v. 6, p. 53-63, 1 jan. 1992. p. 61).

[469] VITTA, HERALDO GARCIA. Invalidação de atos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, v. 221, p. 257–272, 2000. p. 271.

Portanto, “os atos administrativos praticados em desconformidade com as prescrições jurídicas são inválidos. A noção de invalidade é autêntica à de conformidade com o Direito (validade)[470]”. A invalidade engloba atos nulos e atos anuláveis.

A Lei nº 4.717/1965 introduziu a diferenciação entre anulação e declaração de nulidade na esfera do Direito Administrativo[471], que também se utilizava dos conceitos de nulidade e anulabilidade[472] previstos no Código Civil de 1916[473].

Descrevendo expressamente hipótese de nulidades[474], a Lei nº 4.717/1965 optou pelo critério da subsidiariedade para a definição dos casos de anulabilidade. Os atos lesivos ao patrimônio das pessoas de direito público ou privado que não estiverem descritos como atos nulos, serão anuláveis (art. 3º da Lei nº 4.717/1965).

O art. 53 da Lei nº 9.784/1999 estabelece que a Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos. Essa redação aprimorou a disposição constantes nas Súmulas ns. 346[475] e 473[476] do

---

[470] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**, 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 409.

[471] FERRAZ, SÉRGIO. Extinção dos atos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, v. 231, p. 47–66, 2003. p. 61.

[472] Pontes de Miranda diferencia ato nulo de anulável pelo grau de desacordo com a legalidade, estando ambos no plano da existência, sendo diferenciados no plano da validade: “O nulo é ato que entrou, embora nulamente, no mundo jurídico. Também entra, e menos débil, no mundo jurídico o suporte fáctico do negócio jurídico anulável. Nulo e anulável existem. No plano da existência (= entrada no mundo jurídico), não há distingui-los. Toda distinção só se pode fazer no plano da validade. Se disséssemos que aquêle não existe, confundi-lo-íamos com o inexistente; se disséssemos que nulo é o que não tem efeitos, transplantaríamos ao plano da eficácia problema que só há de ser pôsto e resolvido no plano da validade. Trata-se de distinção interna ao plano da validade, baseada em maior ou menor gravidade do défice. (...) Para ter defeito, ou defeitos, é preciso existir. A anulabilidade é defeito menos grave, - há o defeito de que resulta a nulidade, que é mais grave” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: parte geral Tomo IV, validade, nulidade e anulabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 91/93).

[473] HORBACH, Carlos Batisde. **Teoria das nulidades do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 196/202.

[474] Por exemplo, são nulos os atos lesivos ao patrimônio público nos casos de incompetência, vício de forma, ilegalidade do objeto, inexistência dos motivos e desvio de finalidade (art. 2º); a admissão ao serviço público remunerado, com desobediência, quanto às condições de habilitação, das normas legais, regulamentares ou constantes de instruções gerais e a compra e venda de bens móveis ou imóveis, nos casos em que não cabível concorrência pública ou administrativa, quando for realizada com desobediência a normas legais, regulamentares, ou constantes de instruções gerais (art. 4º).

[475] Súmula nº 346/STF: A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

[476] Súmula 473/STF: A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Supremo Tribunal Federal[477] ao retirar a previsão de que atos ilegais não originam direitos.

Dessa forma, a Súmula nº 473 do STF, que prevê o exercício da autotutela administrativa[478] mediante a declaração de nulidade dos atos administrativos pela própria Administração Pública, foi derrogada expressamente pela superveniência do art. 21 da LINDB no trecho que estabelecia que atos ilegais não originam efeitos[479].

Em respeito à segurança jurídica[480] e à estabilização das relações[481], a autotutela da Administração Pública que permite a invalidação de seus atos é submetida ao prazo decadencial quinquenal[482] previsto no art. 54 da Lei nº

---

[477] MOREIRA, Egon Bockmann e GOMES, Gabriel Jamur. A indispensável coisa julgada administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, v. 277, n. 2, p. 239–277, 2018. p. 263/269.

[478] CRETELLA JÚNIOR, José. Da autotutela administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, v. 108, p. 47–63, 1972.p. 61/62.

[479] "A legalidade vigente nos dias de hoje nos diz que a administração pública não pode simplesmente anular seus próprios atos, nem mesmo os "eivados de vícios que os tornam ilegais". Ao contrário: deve envidar os melhores esforços para sanear, convalidar e assumir compromissos. Já se passou o tempo da administração não-igualitária, repressiva e subordinada ao passado. O direito não aceita decisões que contrariem a boa-fé, a confiança legítima e a segurança jurídica. Mesmo se o ato for nulo, dele podem advir soluções que criem valor – e não só problemas, como naqueles casos julgados há mais de 50 anos. Está na hora de dizer adeus, com todas as honras e glórias, à Súmula 473. (MOREIRA, Egon Bockmann. Súmula nº 473: é hora de dizer adeus – ela cumpriu seu papel, mas hoje traz problemas. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JORDÃO, Eduardo; MOREIRA, Egon Bockmann Moreira; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; BINENBOJM, Gustavo; CÂMARA, Jacintho Arruda; MENDONÇA, José Vicente Santos de; JUSTEN FILHO, Marçal e MONTEIRO, Vera. **Publicitas**: direito administrativo sob tensão. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 105-106. p. 106).

[480] "A segurança jurídica se faz presente a impedir que se desconsiderem de modo, sublinhe-se, injustificado, situações jurídicas que viessem sendo consideradas cristralizadas, até o momento em que verificada alteração em sua compreensão de jurídica. Há que se tomar sempre a segurança jurídica, como valor constitucional que é, e por deferência à unidade da Constituição, passível de harmonização com outros dos valores constitucionais." (STF, ADI 2909 ED, Relator Ministro Alexandre de Moraes, Plenário, Sessão virtual, DJe 26.2.2018).

[481] NOHARA, Irene Patrícia e MARRARA, Thiago. **Processo administrativo**: Lei 9.784/1999 comentada, 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 431/432.

[482] "Ação direta contra o art. 10, I, da Lei nº 10.177/1998, do Estado de São Paulo, que estabelece o prazo decadencial de 10 (dez) anos para anulação de atos administrativos reputados inválidos pela Administração Pública estadual. (...). O dispositivo impugnado não viola os princípios constitucionais da segurança jurídica e da razoabilidade. O prazo decenal não é arbitrário e não caracteriza, por si só, instabilidade das relações jurídicas ou afronta às legítimas expectativas dos particulares na imutabilidade de situações jurídicas consolidadas com o decurso do tempo. (...) Sem embargo, o prazo quinquenal consolidou-se como marco temporal geral nas relações entre o Poder Público e particulares (v., e.g., o art. 1º do Decreto nº 20.910/1932 e o art. 173 do Código Tributário Nacional), e esta Corte somente admite exceções ao princípio da isonomia quando houver fundamento razoável baseado na necessidade de remediar um desequilíbrio entre as partes. Os demais estados da Federação aplicam, indistintamente, o prazo quinquenal para anulação de atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis aos administrados, seja por previsão em lei própria ou por aplicação analógica do art. 54 da Lei nº 9.784/1999. Não há fundamento constitucional que justifique a situação excepcional do Estado de São Paulo, impondo-se o tratamento igualitário nas relações Estado-cidadão" (STF, ADI 6019, Relator(a): Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 12-05-2021).

9.784/1999[483] (lei de processo administrativo federal), aplicável, subsidiariamente, aos processos administrativos estaduais e municipais na forma da Súmula nº 633 do STJ[484]. Note-se que os atos ilegais em que a lei veda convalidação de efeitos, não são, só por tal razão, imprescritíveis quanto à invalidação[485].

A invalidação depende, igualmente, da observância das garantias e direitos fundamentais constitucionais[486], dentre os quais o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal e a proibição do uso de provas lícitas[487].

Uma interpretação sistemática envolvendo o art. 21 e o art. 26, ambos da LINDB, autoriza que a Administração Pública, para resolução dos efeitos concretos da invalidação, utilize-se da consensualidade instrumentalizada pelo termo de compromisso.

O *caput* do art. 21 foi regulamentado pelo art. 4º do Decreto nº 9.830/2019. A motivação, como exteriorização dos motivos, deve prever a contextualização dos fatos (pressupostos fáticos) e fundamentos de mérito e jurídicos (pressupostos jurídicos), trazendo a realidade ao conteúdo decisório:

---

[483] "A revisão de qualquer ato administrativo traz impactos para os administrados, como seus destinatários diretos ou indiretos. Os atos administrativos impactam diferentes esferas, criam ou extinguem direitos e deveres. A ideia que justifica a decadência do poder de autotutela é que se consolidem direitos após o decurso de tempo (determinado por lei), como forma de proteção dos administrados. Assim, ao se conferir proteção à estabilidade do ato como forma de privilegiar a segurança jurídica, o objetivo é, justamente, proteger seus efeitos. Quando o ordenamento jurídico obsta o exercício da autotutela pela decadência, ele quer garantir a permanência do ato e de seus efeitos em função da passagem do tempo" (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo e ZAGO, Marina Fontão. Decadência da autotutela administrativa: a proteção do ato administrativo e de seus efeitos jurídicos. **Revista de Direito Administrativo**, v. 281, n. 3, p. 117–142, 2022. p. 140).

[484] Súmula nº 633 do STJ: "A Lei n. 9.784/1999, especialmente no que diz respeito ao prazo decadencial para a revisão de atos administrativos no âmbito da Administração Pública federal, pode ser aplicada, de forma subsidiária, aos estados e municípios, se inexistente norma local e específica que regule a matéria" (Primeira Seção, julgado em 12/06/2019, DJe 17/06/2019).

[485] "Mas não existe ligação necessária entre ser inconvalidável e se imprescritível. A verdade é que direito administrativo brasileiro, visando proteger valores relevantes (estabilidade, certeza e segurança das relações), limitou no tempo a possibilidade de desfazimento compulsório, pela própria administração ou pelo Judiciário, por razões de legalidade, de quaisquer atos e contratos administrativos inválidos." (SUNDFELD, Carlos Ari. Invalidação e preservação do contrato administrativo. In: ZOCKUN, Maurício e GABARDO, Emersn (coord.). **Novas leis**: promessas de um futuro melhor? Livro do XXXVI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 320).

[486] MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo**: Princípios Constitucionais e Lei n. 9.784/99. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 225/241.

[487] "O amplo contraditório é requisito essencial para a invalidação administrativa, quando o ato invalidável produziu efeito favorável ao administrado. Se o mesmo ingressa de boa fé na órbita de vigência do ato viciado e não concorreu para o seu vício, parece-nos inconcebível que o regime jurídico-administrativo nenhuma garantia lhe conceda para preservá-la" (FRANÇA, Vladimir da Rocha. Contraditório e invalidação administrativa no âmbito da administração pública federal. **Revista de Direito Administrativo**, v. 233, p. 261–288, 2003. p. 288).

> Nenhuma ação ou omissão estatal pode legitimar-se mediante a invocação a uma regularidade puramente aparente, cuja existência se ponha numa dimensão abstrata. Toda e qualquer atuação estatal, ativa ou passiva, comporta fiscalização e controle no tocante à sua efetiva consistência. Cabe eliminar todos os instrumentos puramente retóricos ou formais, destinados a transformar a validade dos atos administrativos numa discussão sobre a aparência. É necessário ultrapassar a dimensão externa do ato administrativo para atingir o seu conteúdo. E a avaliação da validade do ato administrativo, em vista do exame de seu conteúdo, tomará em vista a sua compatibilidade com a promoção dos direitos fundamentais[488].

As consequências jurídicas e administrativas são limitadas aos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos que se espera do decisor no exercício diligente de sua atuação[489] (art. 4º, § 1º do Decreto nº 9.830/2019).

Não é exigido um exercício impossível de futurologia quanto às consequências, o que esvaziaria o sentido normativo. Trata-se do ônus de explicitar as consequências mais próximas e relevantes[490], pautadas em vidências comprovadas (empiria) e submetidas ao contraditório das partes envolvidas:

> O dispositivo em comento não tem o desiderato de exigir do decisor que ele preveja todas as possíveis consequências da decisão invalidadora, sob pena de tal mandamento se tornar inexequível. É que, da decisão invalidadora, terão lugar um sem-número de consequências diretas e indiretas. Razão pela qual temos que o art. 21 imporá o ônus de explicitar as consequências mais relevantes (econômicas e sociais) do provimento invalidador[491].

Como exemplo de inclusão legislativa de observância das consequências práticas e jurídicas, o art. 147 da Lei nº 14.133/2021 prevê que constatada irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual, caso não seja

---

[488] JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo de espetáculo. **Fórum Administrativo** – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, p. 144-154, jun. 2009. p. 152.

[489] "É que não se cogita mais que s normas jurídicas sejam consideradas como um fator exógeno ao sistema econômico. Muito ao contrário, cada vez mais, os agentes econômicos passam a comprar custos e benefícios, antes de tomar uma decisão – seja ela econômica, social ou institucional. Para além de fazer justiça, as normas jurídicas devem ter um viés de otimização (sob um critério de utilidade) da repartição de recursos escassos, o que legitima a sua interpretação à luz de critérios consequencialistas atrelados à eficiência e à racionalidade" (VÉRAS DE FREITAS, Rafael. Comentários gerais ao artigo 21. In: CARNEIRO DA CUNHA FILHO, Alexandre Jorge; ISSA, Rafael Hamze e SCHWIND, Rafael Wallbach (Coords.). **Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro Anotada**, volume II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 139-145. p. 141).

[490] "A norma exige que as consequências sejam expressamente indicadas pelo julgador. Mas ele não deve – porque não teria como – indicar todas as consequências jurídicas e administrativas da invalidação, mas, apenas, as mais importantes, sejam em termos econômicos, político-administrativos e/ou sociais. Caso não existam, o julgador deverá informá-los" (SANTOS DE MENDONÇA, José Vicente. Art. 21 da LINDB - Indicando consequências e regularizando atos e negócios. **Revista de Direito Administrativo**, p. 43–61, 2018. p. 58).

[491] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo e VÉRAS DE FREITAS, Rafael. Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019. p.50.

possível o saneamento, a decisão sobre a suspensão da execução ou sobre a declaração de nulidade do contrato somente será adotada na hipótese em que se revelar medida de interesse público, com avaliação, entre outros, do aspecto de impacto econômico e financeiros decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato, dos riscos sociais, ambientais e à segurança da população local decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato, da motivação social e ambiental do contrato e do fechamento de postos de trabalho diretos e indiretos em razão da paralisação, dentro outros aspectos descritos nos incisos do art. 147, que se caracterizam como consequências práticas e jurídicas expressamente dispostas e de observância obrigatória pelo decisor em sua motivação[492].

A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta, consideradas as possíveis alternativas – incluindo a deferência técnica ao órgão controlado[493] e o não decidir (*no liquet*) pelo órgão controlador como técnica de respeito aos limites institucionais[494] - e observados os critérios de proporcionalidade e de razoabilidade[495], podendo modular os efeitos da decisão de forma restritiva ou prospectiva (eficácia *pro futuro*).

Pode-se impor uma transição visando segurança jurídica para que a regularização ocorra de forma proporcional e equânime[496] e sem prejuízo aos interesses gerais, mitigando os ônus ou as perdas dos administrados ou da Administração Pública que sejam anormais ou excessivos em função das

---

[492] A declaração de nulidade do contrato administrativo requererá análise prévia do interesse público envolvido e operará retroativamente, impedindo os efeitos jurídicos que o contrato deveria produzir ordinariamente e desconstituindo os já produzidos (art. 148 da Lei nº 14.133/2021).

[493] Por exemplo, a tese fixada no Tema nº 991 de Repercussão geral: "Afronta o princípio da separação dos poderes a anulação judicial de cláusula de contrato de concessão firmado por Agência Reguladora e prestadora de serviço de telefonia que, em observância aos marcos regulatórios estabelecidos pelo Legislador, autoriza a incidência de reajuste de alguns itens tarifários em percentual superior ao do índice inflacionário fixado, quando este não é superado pela média ponderada de todos os itens". (STF, RE 1059819, Relator(a): Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 21/02/2022).

[494] MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica decisória e diálogo institucional: decidir menos para deliberar melhor. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 2, n. 1, p. 49-85, jan./jun. 2022

[495] "Da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42), extraem-se, especialmente de seus artigos 4º, 21 e parágrafo único, 23 e 26, § 1º, I, os vetores voltados aos princípios da proporcionalidade e da equidade como parâmetros para balizar uma solução que possa mais aproximar ao Justiça à hipótese" (STF, trecho do voto da Ministra Rosa Weber na ACO 3121, Tribunal Pleno, julgado em 13/10/2020).

[496] Enunciado nº 08 da 1ª Jornada de Direito Administrativo do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo de 2019: "A expressão 'equânime', contida no parágrafo único do art. 21 da LINDB, não transmite conceito novo que não esteja previsto no ordenamento jurídico, remetendo às ideias de isonomia, razoabilidade, proporcionalidade, equidade e ponderação dos múltiplos interesses em jogo" (IBDA. Enunciados do IBDA sobre a interpretação da LINDB. **Fórum Administrativo** – FA, Belo Horizonte, ano 19, n. 221, p. 167-168, jul. 2019. p. 167).

peculiaridades do caso (parágrafo único do art. 21 e art. 24, caput da LINDB e art. 4º, §§ 2º a 5º do Decreto nº 9.830/2019):

> O velho brocardo 'ato nulo não produz efeitos' perdeu espaço. Admite-se que a declaração de nulidade de ato administrativo, dependendo do caso, se atingir situação jurídica já constituída, para o bem da segurança jurídica e da proteção da confiança do administrado, invalide o ato, mas preserva os efeitos já produzidos[497].

É possível a fixação prospectiva da invalidação, permitindo que o ato invalidado continue emanado efeitos até sua futura exclusão do mundo jurídico. Isso, é claro, quando presentes razões de interesse geral[498] e segurança jurídica[499]. É algo parecido com as figuras da modulação da declaração da inconstitucionalidade, da inconstitucionalidade progressiva[500], da norma ainda constitucional (situação

---

[497] CÂMARA, Jacintho Arruda. Art. 24 da LINDB - Irretroatividade de nova orientação geral para anular deliberações administrativas. **Revista de Direito Administrativo**, p. 113–134, 2018. p. 115.

[498] Enunciado nº 09 da 1ª Jornada de Direito Administrativo do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo de 2019: "A expressão 'interesse geral' prevista na LINDB significa 'interesse público', conceito que deve ser extraído do ordenamento jurídico." (IBDA. Enunciados do IBDA sobre a interpretação da LINDB. **Fórum Administrativo** – FA, Belo Horizonte, ano 19, n. 221, p. 167-168, jul. 2019. p. 167).

[499] "Pode-se conceituar a segurança jurídica como sendo uma norma-princípio que exige, dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a adoção de comportamentos que contribuam mais para a existência, em benefício dos cidadãos e na sua perspectiva, de um estado de confiabilidade e de calculabilidade jurídicas, com base na sua cognoscibilidade, por meio da controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais, como instrumento garantidor do respeito à sua capacidade de – sem engano, frustação, surpresa e arbitrariedade – plasmar digna e responsavelmente o seu presente e fazer uma planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro"(ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**: Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. Malheiros: São Paulo, 2011. p.682).

[500] Ministério Público - ação civil ex delicto - Código de Processo Penal, art. 68 - norma ainda constitucional - estágio intermediário, de caráter transitório, entre a situação de constitucionalidade e o estado de inconstitucionalidade - a questão das situações constitucionais imperfeitas - subsistência, no Estado de São Paulo, do art. 68 do CPP, até que seja instituída e regularmente organizada a Defensoria Pública local - recurso de agravo improvido. (STF, RE 341717 AgR, Relator(a): Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 05/08/2003). No mesmo sentido: "Não obstante as Leis nº 10.637/02 e 10.833/03 estejam em processo de inconstitucionalização, ainda é constitucional o modelo legal de coexistência dos regimes cumulativo e não cumulativo na apuração do PIS/Cofins das empresas prestadoras de serviços" (STF, RE 1297329 AgR, Relator(a): Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 15/03/2021) e "Ao Estado, no que assegurado constitucionalmente certo direito, cumpre viabilizar o respectivo exercício. Enquanto não criada por lei, organizada - e, portanto, preenchidos os cargos próprios, na unidade da Federação - a Defensoria Pública, permanece em vigor o artigo 68 do Código de Processo Penal, estando o Ministério Público legitimado para a ação de ressarcimento nele prevista. Irrelevância de a assistência vir sendo prestada por órgão da Procuradoria Geral do Estado, em face de não lhe competir, constitucionalmente, a defesa daqueles que não possam demandar, contratando diretamente profissional da advocacia, sem prejuízo do próprio sustento". (STF, RE 135328, Relator(a): Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 29/06/1994)

imperfeita)[501] ou da inconstitucionalização, onde em todos os casos a norma inconstitucional, por razões de segurança jurídica, permanece válida em regime de transição até que sobrevenha situação concreta que altere o contexto fático e permita sua exclusão do mundo jurídico:

> É inegável que a opção desenvolvida pelo Supremo Tribunal inspira-se diretamente no uso que a Corte Constitucional alemã faz do "apelo ao legislador", especialmente nas situações imperfeitas ou no "processo de inconstitucionalização". Nessas hipóteses, avalia-se, igualmente, que, tendo em vista razões de segurança jurídica, a supressão da norma poderá ser mais danosa para o sistema do que a sua aplicação temporária. Não há negar, ademais, que aceita a ideia da situação 'ainda constitucional', deverá o Tribunal, se tiver de declarar a inconstitucionalidade da norma, em outro momento, fazê-lo com eficácia restritiva ou limitada[502].

O art. 21 da LINDB também é aplicável aos atos concretos derivados de normas declaradas inconstitucionais pelo Poder Judiciário e que não foram objetos de modulação dos efeitos da declaração da inconstitucionalidade.

Pela teoria das nulidades adotada majoritariamente no Brasil, a regra é de que os atos estatais concretos derivados de lei declarada inconstitucional são inexistentes, já que a declaração judicial em controle concentrado de inconstitucionalidade tem efeito declaratório[503], com a exclusão da norma do ordenamento jurídico (eficácia normativa), tendo eficácia *erga omnes* em relação aos atos administrativos ou judiciais

---

[501] "O caso envolve as chamadas situações constitucionais imperfeitas, em que as normas se situam em um estágio de trânsito entre a constitucionalidade e a inconstitucionalidade. Uma dessas hipóteses relaciona-se ao fenômeno da inconstitucionalidade progressiva: o decurso do tempo e a alteração das circunstâncias fáticas subjacentes à norma fazem com que ela, tida originariamente como válida, torne-se posteriormente inconstitucional. Daí porque a vigência da norma é temporariamente mantida, sendo, porém, condicionada a algum termo ou condição" (Souza Neto, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012. E-book).

[502] MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à Lei n. 9.868, de 10 -11-1999, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 487.

[503] "A doutrina majoritária afirma que a pronúncia da inconstitucionalidade tem efeito ex tunc, contendo a decisão judicial caráter eminentemente declaratório. Se assim fosse, afigurava -se inconcebível cogitar de 'situações juridicamente criadas', de 'atos jurídicos formalmente perfeitos' ou de 'efeitos futuros dos direitos regularmente adquiridos', com fundamento em lei inconstitucional. É fácil ver que a constitucionalidade da lei parece constituir pressuposto inarredável de categorias como direito adquirido e ato jurídico perfeito" (MENDES, Gilmar Ferreira e GONET, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**, 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. E-book).

derivados da lei inconstitucional (eficácia executiva)[504], sejam pretéritos ou sejam supervenientes.

Contudo, desenvolveu-se que a incidência da teoria das nulidades quanto aos atos concretos estatais pretéritos comporta exceções – inclusive reconhecidas pelo Supremo Tribunal Federal[505] - que decorrem da necessária diferenciação entre os efeitos da decisão no plano normativo e no plano da eficácia do ato concreto (singular)[506].

Essas exceções estão presentes quando, por meio de uma análise fundada no princípio da proporcionalidade, verifica-se que o ato pretérito estatal não é mais suscetível de revisão por ter esgotados seus efeitos (segurança jurídica[507] e

---

[504] "A declaração de inconstitucionalidade de uma lei alcança, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados, eis que o reconhecimento desse Supremo vício jurídico, que inquina de total nulidade os atos emanados do poder público, desampara as situações constituídas sob sua égide e inibe - ante a sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos validos - a possibilidade de invocação de qualquer direito. - A declaração de inconstitucionalidade em tese encerra um juízo de exclusão, que, fundado numa competência de rejeição deferida ao Supremo Tribunal Federal, consiste em remover do ordenamento positivo a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo plasmado na Carta Política, com todas as consequências daí decorrentes, inclusive a plena restauração de eficácia das leis e das normas afetadas pelo ato declarado inconstitucional" (STF, ADI 652, Relator(a): Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 02/04/1992).

[505] Recurso extraordinário. Ação rescisória. Transposição de cargo. Processo seletivo anterior à CF/88. Homologação posterior. Ato administrativo controvertido à época. Princípio da segurança jurídica. Aplicabilidade. Precedentes. 4. Recurso extraordinário a que se nega provimento (STF, RE 466546, Relator(a): Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 14/02/2006) e "Impõe-se reconhecer, no entanto, que se registra, no magistério jurisprudencial desta Corte, e no que concerne a determinadas situações (como aquelas fundadas na autoridade da coisa julgada ou apoiadas necessidade de fazer preservar a segurança jurídica, em atenção ao princípio da boa fé), uma tendência claramente perceptível no sentido de abrandar a rigidez dogmática da tese que proclama a nulidade radical dos atos estatais incompatíveis com o texto da Constituição da República" (RTJ 55/744 – RTJ 71/570 – RTJ 82/791).

[506] "Tal como observado, o princípio da nulidade continua a ser a regra também no direito brasileiro. O afastamento de sua incidência dependerá de um severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a ideia de segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente importante, manifestado sob a forma de interesse social relevante. (...) O princípio da nulidade somente há de ser afastado se se puder demonstrar, com base numa ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social" (MENDES, Gilmar Ferreira e GONET, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional***,* 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. E-book).

[507] "Os atos administrativos com base em lei inconstitucional que não mais se afigurem suscetíveis de revisão, além daqueles protegidos pela decadência ou prescrição, as chamadas fórmulas gerais de preclusão, são os que, no nosso entender, na ausência dessas fórmulas de preclusão, estão sob a direta guarda do princípio constitucional da segurança jurídica, aplicado mediante ponderação com o princípio da legalidade" (COUTO E SILVA, Alamiro. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, v. 237, p. 271–316, 2004. p. 313).

preclusão[508]) ou quando o afetar outro princípio constitucionalmente importante, manifestado sob a forma de interesse social relevante[509].

A lógica prática e jurídica das exceções estão assentadas, portanto: (1) na prevalência da segurança jurídica pelo decurso expressivo do tempo e pela impossibilidade de revisão do ato administrativo fundamentado em lei inconstitucional quando esgotados seus efeitos e; (2) quando o resultado da nulidade do ato administrativo baseado em lei inconstitucional ocasionar em mais inconstitucionalidades, ou seja, quando da nulidade do ato firmado com base em lei declarada inconstitucional decorrer um resultado que conflite com princípios constitucionais e direitos fundamentais de forma desproporcional, gerando efeitos secundários contrários às disposições da Constituição Federal (efeito colateral inconstitucional).

Note-se que existem muitos exemplos de leis que ratificaram/convalidaram atos concretos fundados em leis anteriores declaradas inconstitucionais, como se extrai, por exemplo[510], do art. 2º da Lei nº 11.336/2006[511] (TRT da 24ª Região), art. 2º da Lei

---

[508] "A ordem jurídica brasileira não dispõe de preceitos semelhantes aos constantes do § 79 da Lei da Corte Constitucional, que prescreve a intangibilidade dos atos não mais suscetíveis de impugnação. Não se deve supor, todavia, que a declaração de inconstitucionalidade afeta todos os atos praticados com fundamento na lei inconstitucional. Embora a ordem jurídica brasileira não contenha regra expressa sobre o assunto e se aceite, genericamente, a ideia de que o ato fundado em lei inconstitucional está eivado, igualmente, de iliceidade, concede -se proteção ao ato singular, procedendo-se à diferenciação entre o efeito da decisão no plano normativo e no plano do ato singular mediante a utilização das fórmulas de preclusão. Os atos praticados com base na lei inconstitucional que não mais se afigurem suscetíveis de revisão não são afetados pela declaração de inconstitucionalidade. Em outros termos, somente serão afetados pela declaração de inconstitucionalidade com eficácia geral os atos ainda suscetíveis de revisão ou impugnação. Importa, portanto, assinalar que a eficácia erga omnes da declaração de in constitucionalidade não opera uma depuração total do ordenamento jurídico". (MENDES, Gilmar Ferreira e GONET, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**, 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. E-book).

[509] "A declaração de inconstitucionalidade de lei in abstrato não tem como consequência imediata a nulidade de todos os atos administrativos. Em muitos casos, situações jurídicas não podem mais ser desconstituídas, e outras, considerando o tratamento isonômico, devem ser constituídas sob pena de nova inconstitucionalidade decorrente da negação na aplicação de outros princípios de igual hierarquia" (VAZ, Getúlio. A declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos para os atos administrativos. **Revista de informação legislativa**, v. 44, n. 173, p. 101-115, jan./mar. 2007. p.101).

[510] Todos os casos citados envolvem a anterior declaração de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário quanto à criação de cargos em comissão nos Tribunais nacionais através de ato administrativo interno e não por lei (ofensa ao art. 37, inciso I da CF), sem modulação *pro futuro* dos efeitos da decisão judicial.

[511] Art. 2º Ficam convalidados os atos praticados, até a data de publicação desta Lei, por servidores no exercício de funções comissionadas criadas por meio de atos administrativos do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região, bem como os efeitos financeiros decorrentes do exercício dessas funções.

nº 11.349/2006[512] (TRT da 8ª Região) e art. 2º da Lei nº 11.78/2008[513] (TRT da 1ª Região).

Esse entendimento também é nítido quando se trata da aplicação da chamada "teoria do funcionário de fato[514]", adotada pelo Supremo Tribunal Federal em alguns casos[515]. Por essa teoria[516], a inconstitucionalidade declarada da investidura do servidor público[517] não afeta seus atos praticados, em respeito aos postulados da confiança e da boa-fé dos cidadãos, da segurança jurídica e da aparência do Direito[518].

Cabe ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, através da tese fixada no Tema nº 476 de repercussão geral, que os princípios da segurança jurídica ou da

---

[512] Art. 2º São declaradas revogadas, a partir da vigência desta Lei, as resoluções administrativas editadas pelo Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região para a criação de funções comissionadas, ficando convalidados todos os feitos jurídicos decorrentes do seu exercício.

[513] Art. 2º. Ficam convalidados os atos praticados, até a data de publicação desta Lei, por servidores no exercício de cargos em comissão e funções comissionadas criados, até 7 de fevereiro de 2002, por meio de atos administrativos do Tribunal Regional do Trabalho da 1a Região, bem como os efeitos financeiros decorrentes do exercício desses cargos e funções.

[514] "É a conhecida teoria do 'funcionário de fato', ou 'agente público de fato'. O Funcionário de fato é aquele cuja investidura foi irregular, mas cuja situação tem a aparência de legalidade. Em nome do princípio da aparência, da boa-fé dos administrados, da segurança jurídica e do princípio da presunção de legalidade dos atos administrativos reputam-se válidos os atos por ele praticados, se por outra razão não foram viciados" (BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**, 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 251).

[515] STF, HC 71.834/RR, Rel. Min. Marco Aurélio, Segunda Turma; MS 26.914-MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, DJ 17.10.2007; ARE 785651 AgR, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 01/12/2017 e ADI 5109/ES, rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 13.12.2018.

[516] "A teoria da função de fato tem inteira aplicação em períodos de circunstâncias excepcionais, fundamentando-se no princípio da necessidade do funcionamento dos serviços públicos. O Estado reconhece, então, como válidos, todos os atos executados por pessoas não pertencentes aos quadros do funcionalismo, tendo em vista a continuidade e regularidade dos serviços públicos" (CRETELA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo**, volume X: Princípios de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 100).

[517] Como, por exemplo, o ingresso na Administração Pública sem concurso público após a Constituição Federal de 1988. Nesse sentido: "Contratações realizadas em conformidade com a legislação vigente à época. Admissões realizadas por processo seletivo sem concurso público, validadas por decisão administrativa e acórdão anterior do TCU. Transcurso de mais de dez anos desde a concessão da liminar no mandado de segurança. Obrigatoriedade da observância do princípio da segurança jurídica enquanto subprincípio do Estado de Direito. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica" (STF, MS 22357, Relator(a): Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 27/05/2004)

[518] "O que se cuida, afinal, na discutida teoria do funcionário de fato, é de saber da validade dos atos praticados por esses agentes e dos direitos que defluem da relação que se estabelece entre eles e a Administração Pública. Esta é, por certo, uma relação funcional. Essa relação, di-lo Ruiz y Gómez, é de interesse público e se rege por normas gerais estabelecidas, ou por princípios de direito de caráter jurisprudencial. Os princípios já examinados levam, segundo vimos, à inferência de que os atos realizados pelos funcionários de fato têm eficácia jurídica igual àqueles praticados pelos funcionários de direito. Em cada caso, será mister verificar se o exercício de fato da função se configura, se há investidura plausível, de aparência regular para o público, e superiores, e, sendo assim, deve-se reconhecer validade jurídica aos atos praticados pelo agente de fato, ainda que seja irregular a sua situação funcional" (BARROS JÚNIOR, Carlos S. de. Teoria jurídica do funcionário de fato. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 100, p. 51-58, set. 1970).

proteção da confiança legítima não podem justificar a manutenção no cargo de candidato admitido sem concurso público[519], ressalvados dos efeitos da decisão a aqueles que já estejam aposentados ou tenham preenchido os requisitos para a aposentadoria, exclusivamente para efeitos de aposentadoria, o que não implica efetivação nos cargos ou convalidação da lei inconstitucional para esses servidores[520].

Igualmente, a necessidade temporária de excepcional interesse público. realizada em desconformidade com os preceitos do art. 37, IX, da Constituição Federal não gera quaisquer efeitos jurídicos válidos em relação aos servidores contratados, com exceção do direito à percepção dos salários referentes ao período trabalhado e, nos termos do art. 19-A da Lei 8.036/1990, ao levantamento dos depósitos efetuados no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço FGTS[521].

Por força do conteúdo normativo do art. 21 da LINDB, a decretação de invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa passou a possuir um maior ônus argumentativo em sua motivação, que agora deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas, incluindo as razões por uma eventual não convalidação[522].

Essa obrigatoriedade prospectiva serve para uma maior contextualização do decisor que, ao concluir pela invalidação, deverá necessariamente apontar expressamente as consequências previsíveis de sua decisão, reduzindo, assim, eventual margem de abstração.

---

[519] "Não é compatível com o regime constitucional de acesso aos cargos públicos a manutenção no cargo, sob fundamento de fato consumado, de candidato não aprovado que nele tomou posse em decorrência de execução provisória de medida liminar ou outro provimento judicial de natureza precária, supervenientemente revogado ou modificado. Igualmente incabível, em casos tais, invocar o princípio da segurança jurídica ou o da proteção da confiança legítima. É que, por imposição do sistema normativo, a execução provisória das decisões judiciais, fundadas que são em títulos de natureza precária e revogável, se dá, invariavelmente, sob a inteira responsabilidade de quem a requer, sendo certo que a sua revogação acarreta efeito *ex tunc*, circunstâncias que evidenciam sua inaptidão para conferir segurança ou estabilidade à situação jurídica a que se refere. 3. Recurso extraordinário provido. (STF, RE 608482, Relator(a): Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 07/08/2014– Tema 476)

[520] STF, AR 2047 AgR, Relator(a): Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 02/05/2022.

[521] STF, RE 765320 RG, Relator(a): Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 15-09-2016. Tema nº 916.

[522] Enunciado nº 07 da 1ª Jornada de Direito Administrativo do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo de 2019: "Na expressão 'regularização' constante do art.21 da LINDB estão incluídos os deveres de convalidar, converter ou modular efeitos de atos administrativos eivados de vícios sempre que a invalidação puder causar maiores prejuízos ao interesse público do que a manutenção dos efeitos dos atos (saneamento). As medidas de convalidação, conversão, modulação de efeitos e saneamento são prioritárias à invalidação." (IBDA. Enunciados do IBDA sobre a interpretação da LINDB. **Fórum Administrativo** – FA*, Belo* Horizonte, ano 19, n. 221, p. 167-168, jul. 2019. p. 167).

Não há mais cabimento da fórmula da desconsideração geral dos efeitos de um ato ilegal (retorno ao *status quo ante*, como se não existissem os efeitos no mundo real[523]), mesmo decorrente de uma nulidade absoluta[524], sem que se observe as consequências práticas e jurídicas da invalidade, incluindo possíveis alternativas:

> A nova LINDB pretendeu justamente reforçar esse amplo movimento de superação da ideia de nulidade absoluta. E o faz trocando o velho cânone da desconstituição automática e geral, prospectiva e retroativa dos atos viciados e seus efeitos, por solução mais aberta, pragmática e realista. (...) Assim, para a nova LINDB, toda invalidação de atos, contratos, ajustes, normas e processos é criativa ou constitutiva; isto é, cria um arranjo jurídico novo para, tanto quanto possível, fazer a normalização dos acidentes e ilegalidades. Se estiver em causa situação que já tenha gerado efeitos, a invalidação não será apenas declaratória, tampouco produzirá desconstituição geral automática[525].

As consequências a serem expressamente apontadas são aqueles passíveis de antecipação pelo "gestor diligente[526]". Esse conceito aberto será construído com o tempo pelo desenvolvimento doutrinário e decisório dos órgãos de controle (Poder Judiciário e Tribunais de Contas em especial). "Gestor diligente" se aproxima da textura normativa aberta do conceito de "homem médio" (*bonus pater familiae*) no que concerne ao ideal transposto ao agente público[527].

Busca-se estabelecer condutas concretas que representem a diligência ordinária de um gestor no exercício da atividade pública. É passível, portanto, de variações interpretativas naturais conforme precedentes do órgão de controle

---

[523] BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de Direito Administrativo**, vol. 01. Rio de Janeiro: Forense, 1969. p.593.

[524] Em sentido contrário: "São inconvalidáveis os atos absolutamente nulos. No caso de vício de competência, a jurisprudência e a doutrina têm entendido como nulidade absoluta a violação de competência indelegável, que a lei atribua com exclusividade a certa autoridade, e também a incapacidade absoluta civil (art. 145, I, do C. Civil), caso em que o ato administrativo é nulo inclusive como ato jurídico, do qual é espécie. É também impeditiva da convalidação a não utilização de forma que a lei considere essencial à validade do ato (C. Civil, art. 145, I1I), integrando esta noção de forma também o procedimento necessário (devido processo legal), a motivação do ato vinculado (solenidade imprescindível), o edital de concursos e licitação" (ARAÚJO, Edmir Netto. de. Atos administrativos e recomposição da ilegalidade. **Revista de Direito Administrativo**, v. 207, p. 163–201, 1997. p. 189)

[525] SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo**: o novo olhar da LINDB. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p.79/80.

[526] O Tribunal de Contas da União (TCU) sustenta o entendimento que firma o dever do gestor público de se enquadrar na figura do "administrador médio ou padrão", que é aquele que observa o dever de cuidado no trato com a coisa pública, empregando um nível de diligência normal no desempenho de suas funções, considerando os obstáculos e dificuldades reais que se apresentavam à época da prática do ato impugnado (Vide: TCU – Acórdão nº 10399/2023 - Primeira Câmara – Rel. Min. Jorge Oliveira, DJ. 05/09/2023 e Acórdão 5222/2023 - Segunda Câmara, Rel. Min. Augusto Nardes, DJ. 27/06/2023).

[527] SADDY, André. Atividade apreciativa da administração pública: uma nova visão sobre a discricionariedade administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, v. 277, n. 3, p. 139–168, 2018. p. 157/158.

competente, incluindo sua história institucional. Com efeito, a oposição pelo decisor de consequências erradas ou inexistentes, como pressupostos, decerto invalidam a invalidação[528].

A motivação da decisão de invalidação está sujeita à proporcionalidade (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito) quanto às medidas impostas e as consequências advindas, devendo-se ponderar possíveis alternativas existentes em direção à tentativa prioritária de convalidação[529] do ato ilegal[530]:

> De regra, até mesmo em homenagem aos valores da segurança e da estabilidade jurídicas, deve-se evitar a invalidação do ato administrativo, buscando antes a convalidação (desde que a ela não se contraponham o princípio finalístico e o interesse público; e mais: desde que as máculas não se revistam de tal gravidade e monta que se apresentem absolutamente inadmissíveis pelo ordenamento jurídico)[531]

Há um dever à autoridade competente de escolher a alternativa menos gravosa ao administrado dentre as interpretações juridicamente possíveis[532], o que implica na convalidação[533] dos efeitos do ato invalidado dentro das hipóteses possíveis na legislação[534], já que ao mesmo tempo que se deve preservar efeitos de atos nulos

---

[528] SANTOS DE MENDONÇA, José Vicente. Art. 21 da LINDB - Indicando consequências e regularizando atos e negócios. **Revista de Direito Administrativo**, p. 43–61, 2018. p. 59.

[529] O art. 55 da Lei nº 9.784/1999 (lei de processo administrativo federal) prevê que na decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.

[530] "O parágrafo único do art. 21 cuida da regularização da situação ilegal. Trata-se, na realidade, da convalidação do vício da ilegalidade, o qual deverá ocorrer nos moldes da respectiva lei de procedimento administrativo" (NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **As normas de Direito Público na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro**: paradigmas para interpretação e aplicação do Direito Administrativo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019. p.71).

[531] FERRAZ, SÉRGIO. Extinção dos atos administrativos***. Revista de Direito Administrativo***, v. 231, p. 47–66, 2003. p. 56.

[532] "Há, para a autoridade competente, por força da inovação legal, o dever de eleger a solução menos gravosa ao administrado, contanto que se inscreva dentro do conjunto daquelas reputados pelo sistema jurídico como possíveis" (NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **As normas de Direito Público na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro**: paradigmas para interpretação e aplicação do Direito Administrativo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019. p.7 2).

[533] "Aproveitar o conteúdo passível de adaptação ao Direito também é dever da Administração, tanto quanto retirá-lo, quando não há possibilidade de aproveitamento do seu conteúdo para o alcance do interesse público determinado para concretização no momento da produção do ato administrativo" (FRANÇA, Phillip Gil. Uma ótica consequencialista da convalidação e da invalidação do ato administrativo como meio de proteção da confiança e da legitimidade estatal. In: MAFFINI, Rafael e RAMOS, Rafael (Org.). **Nova LINDB: proteção da confiança, consensualidade, participação democrática e precedentes administrativos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p.59-71. p. 65).

[534] "Atos que já geraram direito subjetivo ao beneficiário, decisões favoráveis ao funcionário em processo disciplinar, e atos de efeitos instantâneos, como vimos, não podem mais ser revistos pela Administração, pois, estando resguardados os efeitos, a convalidação de eventual nulidade seria dispensável" (ARAÚJO, Edmir Netto. de. Atos administrativos e recomposição da ilegalidade. ***Revista de Direito Administrativo***, v. 207, p. 163–201, 1997. p. 189)

quando presente relevante interesse público e observada a segurança jurídica, também não se pode utilizar a convalidação como um incentivo/estímulo à burla dolosa das regras e princípios do ordenamento jurídico com prejuízo à moralidade administrativa e impessoalidade[535].

A invalidação, dessa forma, não pode ser desproporcional ou desarrazoada[536]. Se as consequências advindas da invalidação produzirem efeitos gerais mais negativos do que a manutenção do ato há, em regra, em um juízo de ponderação, um dever de convalidação[537], pois não se estaria atendendo ao critério (teste) da adequação[538]. Isso, é claro, vai depender do contexto fático e de outras normas constitucionais ou legais incidentes sobre o caso concreto, observadas possíveis alternativas[539].

---

[535] "Por detrás da tentativa de se assegurar segurança jurídica a qualquer preço aos contratos, processos e atos da Administração Pública, o dispositivo permite prestigia inconfessáveis interesses: manutenção de negócios viciados (vícios de ilegalidade), ímprobos (geradores de enriquecimento ilícito, de prejuízo ao erário e de violação de princípios da Administração Pública), criminosos (crimes contra a Administração Pública, de organização criminosa, etc) e lesivos ao interesse da coletividade. (...) Com efeito, o art. 21 da LINDB lido pela lente da Constituição de 1988 parece não ter condições de passar pelo teste de constitucionalidade" (BERTONCINI, Mateus. **LINDB** – Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro: Constituição e as alterações implementadas pela Lei 13.655/2018. Curitiba: Juruá, 2022. p. 98/99).

[536] "A análise dos presentes autos deve levar em conta o consequencialismo, inserto em nosso ordenamento através da Lei nº 13.655/2018, mais especificamente nos artigos 20 e 21, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Neste desiderato, o primeiro ponto a ser delimitado é o de que a anulação do convênio acarretaria no retorno à situação primitiva, com a necessidade da devolução de todos os repasses realizados através do convênio. Além da anulação acarretar neste demasiado ônus financeiro para o Município, nenhum efeito prático em relação ao desvirtuamento da finalidade celebrada naquele convênio se imporia na realidade, pois, conforme descrito pela apelante, o projeto 'Fábrica da Cultura' já se encontra em funcionamento. Diante deste quadro, não há como se vislumbrar a anulação pretendida, pois os efeitos da decisão acarretariam em situação consequencial que não se demonstra razoável no sistema jurídico" (TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApelRemNec - Apelação / Remessa Necessária - 5002991-97.2018.4.03.6114, Rel. Desembargador Federal Nelton Agnaldo Moraes dos Santos, julgado em 02/12/2022).

[537] Similar em sua natureza com o dever de convalidação do ato inválido, Antônio Junqueira de Azevedo destaca o "princípio da conservação" do negócio jurídico, consistente "em se procurar salvar tudo que é possível num negócio jurídico concreto, tanto no plano da existência, quanto da validade, quanto da eficácia" (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócios Jurídico: existência, validade e eficácia*, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 66). Ver, ainda: "Em síntese, apesar da letra da lei, não é facultativa, numa interpretação tópico-sistemática, a convalidação dos atos administrativos. Presentes os pressupostos (...) mostra-se cogente a convalidação. Vale dizer, torna-se mais vinculante do que o dever de anular" (FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**, 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.423).

[538] "O juízo de ponderação a ser exercido liga -se ao princípio da proporcionalidade, que exige que o sacrifício de um direito seja útil para a solução do problema (teste da adequação), que não haja outro meio menos danoso para atingir o resultado desejado (teste da necessidade) e que passe no teste da proporcionalidade em sentido estrito, isto é, que o ônus imposto ao sacrificado não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução" (MENDES, Gilmar Ferreira e GONET, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**, 18ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.E-book.).

[539] MAFFINI, Rafael. Art. 21 e o novo regime consequencial das invalidades. In: RAMOS, Rafael (Coord.). **Comentários à nova LINDB**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2023. P. 43-65. p. 56/57.

Na seara urbanística e ambiental vigora entendimento de que as licenças públicas emitidas são sujeitas à cláusula *rebus sic stantibus*, não se constituindo, por si só, ato jurídico perfeito, ficando sujeita sua eficácia a fatores fáticos e legais existentes à época da sua efetiva execução no plano real[540].

O direito de construir[541] tem sua eficácia subordinada à efetiva realização de atos concretos quando envolver direito intertemporal e transitório frente à superveniência de legislação ou atos administrativos mais restritivos quanto ao seu exercício.

Esse entendimento pragmático e utilitarista da observância de atos concretos é majoritariamente sustentado pela jurisprudência e pela doutrina há algum tempo[542]. Por tal entendimento, somente é possível entender existente direito adquirido ao conteúdo de licenças públicas de construção quando após a expedição da respectiva

---

[540] "Atividades e empreendimentos, imobiliários ou não, devem respeitar as legislações federal, estadual e municipal vigentes no momento de sua implantação física, já que licenças ambientais e urbanísticas são emitidas rebus sic stantibus. Daí a existência de projeto simplesmente aprovado, mas ainda não realizado, não induzir situação eficaz, líquida e certa capaz de bloquear limitação administrativa superveniente, decorrente da legislação ambiental, urbanística, sanitária, de parcelamento do solo ou de proteção do consumidor. In casu, não foi corporificado ato jurídico perfeito, pois o que é ambientalmente ilegal não se aperfeiçoa jamais, já que o contrário equivaleria, em outras palavras, a transformar o aberto atentado ao ordenamento jurídico em direito castiço e, pior, em direito adquirido e permanente de poluir e degradar o meio ambiente" (STJ, REsp n. 1.284.451/MG, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 20/9/2016, DJe de 20/8/2020). No mesmo sentido: REsp 1440414/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 02/06/2016, DJe 05/11/2019.

[541] "A licença para construir é um ato administrativo, gera direitos e vincula tanto a administração que o emitiu, como os seus destinatários. Não se revoga ato administrativo em face à mutação de interpretação; somente quando tenha havido infração da lei poderá revogar-se o ato de que resultou vantagem para o particular. A alteração de jurisprudência administrativa não atinge os atos administrativos já praticados" (SILVA, Caio Medeiros. Licença para construir - Ato administrativo - Revogação - Ilegalidade e inoportunidade - Modificação de jurisprudência administrativa - Respeito às situações constituídas. **Revista de Direito Administrativo**, v. 109, p. 269–280, 1972. p. 269).

[542] "O denominado direito de construir nada mais é, em verdade, que uma das faculdades jurídicas que se contêm no direito de propriedade. Essa faculdade, porém, só pode ser exercitada regularmente quando o Poder Público regula esse exercício. O que vale dizer que o exercício dessa faculdade jurídica está subordinada a um controle prévio do Estado, em atenção ao interesse coletivo. Por isso, a licença de construção é um ato administrativo que se classifica entre as autorizações. Não sendo o direito de construir um direito subjetivo, mas simplesmente uma faculdade jurídica que integra, com muitas outras, o conteúdo do direito subjetivo de propriedade, poder-se-á discutir - as opiniões, a respeito, não são acordes - se, com a concessão da licença, se constituiria, em favor do titular dessa faculdade jurídica, algum direito que se pudesse considerar adquirido, para efeito da aplicação do princípio consubstanciado na súmula n° 473: 'A Administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial" (STF**,** RE 85002, Relator(a): Moreira Alves, Segunda Turma, julgado em 03/12/1976).

licença, ocorrer atos concretos para efetivá-la antes de quaisquer alterações supervenientes que lhe afetem[543].

Cabe lembrar que não se admite a aplicação da teoria do fato consumado em tema de Direito Ambiental (Súmula nº 613/STJ), incluindo o meio ambiente cultural, sendo que o Superior Tribunal de Justiça tem firme entendimento no sentido de que, no Direito Ambiental, não se admite a incidência da teoria do fato consumado para legitimar atividades ou edificações realizadas com infração à legislação e que ainda são legalmente vedadas[544].

Como instrumentalização do juízo de ponderação pela proporcionalidade e razoabilidade, a nova legislação previu a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão de invalidação, semelhante à modulação dos efeitos da declaração da inconstitucionalidade de leis e atos normativos pelo Poder Judiciário.

Se até para a inconstitucionalidade de uma lei - que é o vício mais grave existente no ordenamento jurídico – é possível a modulação dos efeitos da decisão quando presentes razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social[545] (art. 27 da Lei nº 9.868/1999[546]), nada mais lógico do que estender essa possibilidade às decisões que promovam a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma

---

[543] "Direito de construir. Mera faculdade do proprietário, cujo exercício depende de autorização do estado. Inexistência de direito adquirido a edificação anteriormente licenciada - mas nem sequer iniciada -, se supervenientemente foram editadas regras novas, de ordem pública, alterando o gabarito para construção no local". (STF, AI 135464 AgR, Relator(a): Ilmar Galvão, Primeira Turma, julgado em 05/05/1992). Ainda: "Antes de iniciada a obra, a licença para construir pode ser revogada por conveniência da Administração Pública, sem que valha o argumento do direito adquirido. (STF, RE 105634, Relator(a): Francisco Rezek, Segunda Turma, julgado em 20/09/1985). No mesmo sentido: STF, AI 121798 AgR, Relator(a): Sydney Sanches, Primeira Turma, julgado em 04/03/1988; STJ, REsp 103.298/PR Rel. Ari Pargendler, DJ. 17/11/1998 e TJSP; Apelação Com Revisão 9076606-53.1999.8.26.0000; Relator Antonio Carlos Villen: 8ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento 20/09/2000 e Apelação Cível 1008622-48.2016.8.26.0048; Relator Djalma Lofrano Filho: 13ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento: 21/08/2019.

[544] STJ, REsp 1.638.798/RS, Relator Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 13.12.2019. No mesmo sentido: AgInt no REsp 1572257/PR, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 17/05/2019; AgInt no REsp 1419098/MS, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 21/05/2018, AgRg nos EDcl no AREsp 611.701/RS, Rel. Ministro Olindo Menezes, Des. convocado do TRF 1ª Região, Primeira Turma, DJe 11/12/2015.

[545] "Assim, razões de segurança jurídica podem revelar-se, igualmente, aptas a justificar a não-aplicação do princípio da nulidade da lei inconstitucional" (MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à Lei n. 9.868, de 10 - 11-1999, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 487)

[546] "Verificadas razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, nos termos do que prescreve o art. 27 da Lei nº 9.868/1999, cumpre ao Supremo Tribunal Federal harmonizar o princípio da nulidade da norma inconstitucional com a exigência de preservação, considerado o aspecto temporal, histórico e irreversível da realidade, de outros preceitos constitucionais, como a segurança jurídica, a confiança legítima e a boa-fé objetiva. O atribuir eficácia retroativa ou plena à decisão implicaria danos irreversíveis a tais valores constitucionais" (STF, ADI 5817 ED-segundos, Relator(a): Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 29/06/2020)

administrativa, que são, em regra, detentores de presunção de legitimidade, veracidade e legalidade na condição de ato administrativo *lato sensu*[547].

A modulação dos efeitos da decisão poderá ser restritiva (somente para alguns efeitos ou seletiva) ou prospectiva (eficácia futura ou *ex nunc*), visando atender à segurança jurídica e proporcionalidade na regularização sem prejuízo aos interesses gerais, mitigando os ônus ou as perdas dos administrados ou da Administração Pública que sejam anormais ou excessivos em função das peculiaridades do caso[548]. Por exemplo, o § 2º do art. 148 da Lei nº 14.133/2021 prevê que ao declarar a nulidade de contrato administrativo, a autoridade pública, com vistas à continuidade da atividade administrativa, poderá decidir que ela só tenha eficácia em momento futuro, suficiente para efetuar nova contratação, por prazo de até 6 (seis) meses, prorrogável uma única vez.

---

[547] VITTA, Heraldo Garcia. *Poder de Polícia.* São Paulo: Malheiros, 2010. p 216/236; ALESSI, Renato. **A revogação dos atos administrativos**. Tradução: Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo, Augusto Neves Dal Pozzo e Ricardo Marcondes Martins. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022. p. 93/99; MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 141/142; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2022. P. 189/191; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**, 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.p. 102/103; MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**, 17ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 160 e CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 102/121.

[548] Enunciado nº 10 da 1ª Jornada de Direito Administrativo do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo de 2019: "A expressão 'ônus e perdas anormais e excessivos', constante do parágrafo único do art. 21 da LINDB, faz referência à imposição de obrigações de fazer ou não fazer (ônus) e a qualquer tipo de dano, a exemplo dos danos materiais, morais, emergentes e lucros cessantes (perdas), que não se mostrem razoáveis e proporcionais no caso concreto" (IBDA. Enunciados do IBDA sobre a interpretação da LINDB. **Fórum Administrativo** – FA, Belo Horizonte, ano 19, n. 221, p. 167-168, jul. 2019. p. 167).

Diante dessa nova disposição normativa, afasta-se o vetusto entendimento de que toda a declaração de nulidade de ato administrativo possuiria efeito *ex tunc*[549] (retroativo)[550] e que remontaria ao *status quo ante*[551].

O art. 21 da LINDB, portanto, estabelece um verdadeiro rito do devido processo legal anulatório, remodelando a dogmática tradicional brasileira quanto à teoria das nulidades[552], atualmente submetida ao uma espécie de "justiça Restaurativa" no sentido da negativa de a "pretexto de corrigir uma ilegalidade cometer outra[553]".

2.5 Contextualização dos atos de gestão pública, consequencialismo deferente e critérios gerais de dosimetria das sanções

[549] Contrariando esse entendimento, a disposição normativa prevista no § 1º do art. 148 da Lei nº 14.133/2021 estabelece que a caso não seja possível o retorno à situação fática anterior na hipótese de declaração de nulidade de contrato administrativo pela Administração Pública, a nulidade será resolvida pela indenização por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e aplicação das penalidades cabíveis. O art. 17 da Lei de processo administrativo federal da Argentina (Ley 19.549/1972 com redação da Ley nº 21.686/1977) prevê que o ato administrativo nulo – considerado aquele que excluir a vontade da Administração Pública por erro essencial, fraude, violência física ou moral com o agente, simulação absoluta ou falsidade dos fatos embasadores, além dos emitidos por autoridade incompetente ou com inobservância de forma essencial (art. 14) -, pode ser considerado válido e eficaz se tiver gerado direitos subjetivos que estão sendo cumpridos, onde sua subsistência e efeitos só poderão ser evitadas através de declaração judicial de nulidade.

[550] "Como a desconformidade com a lei atinge o ato em suas origens, a anulação produz efeitos retroativos à data em que foi emitido (efeitos *ex tunc,* ou seja, a partir de então). (...) A anulação feita pela própria Administração independe de provocação do interessado uma vez que, estando vinculada ao princípio da legalidade, ela tem o poder-dever de zelar pela sua observância" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 225).

[551] "Reconhecida e declarada a nulidade do ato, pela Administração ou pelo Judiciário, o pronunciamento da invalidade opera ex tunc, desfazendo todos os vínculos entre as partes e obrigando-as à reposição das coisas ao status quo ante, como consequência natural e lógica da decisão anulatória" (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 189). Em sentido contrário: "Se a decretação de nulidade é feita tardiamente, quando da inércia da Administração já permitiu se constituíssem situações de fato revestidas de forte aparência de legalidade, a ponto de fazer gerar nos espíritos a convicção de sua legitimidade, seria deveras absurdo que, a pretexto da eminência do Estado, se concedesse às autoridades um poder dever indefinido de autotutela. Desde o famoso affaire Cachet, é esta a orientação dominante no Direito francês, com os aplausos de Maurice Hauriou, que bem soube pôr em realce os perigos que adviriam para a segurança das relações sociais se houvesse possibilidade de indefinida revisão dos atos administrativos" (REALE, Miguel. **Revogação e anulamento do ato administrativo***.* Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 72).

[552] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo e VÉRAS DE FREITAS, Rafael. **Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019. p.44. Ver, também: MAFFINI, Rafael e HEINEN, Juliano. Análise acerca da aplicação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (na redação dada pela Lei 13.655/2018) no que concerne à interpretação de normas de direito público: operações interpretativas e princípios gerais de direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, v. 277, n. 3, p. 247–278, 2018.

[553] SANTOS DE MENDONÇA, José Vicente. Comentários ao art. 21, par. Único, do Decreto-Lei 4.657/42, introduzido pela Lei n. 13.655/2018. In: CARNEIRO DA CUNHA FILHO, Alexandre Jorge; ISSA, Rafael Hamze e SCHWIND, Rafael Wallbach (Coords.). **Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro Anotada**, volume II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 160-164. p. 164.

O caput do art. 22 da LINDB estabelece que na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor[554] e as exigências das políticas públicas a seu cargo[555], sem prejuízo dos direitos dos administrados[556]. Essa mesma redação é repetida no *caput* do art. 8º do Decreto nº 9.830/2019.

[554] Enunciado nº 11 da 1ª Jornada de Direito Administrativo do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo de 2019: "Na expressão 'dificuldades reais' constante do art. 22 da LINDB estão compreendidas carências materiais, deficiências estruturais, físicas, orçamentárias, temporais, de recursos humanos (incluída a qualificação dos agentes) e as circunstâncias jurídicas complexas, a exemplo da atecnia da legislação, as quais não podem paralisar o gestor" (IBDA. Enunciados do IBDA sobre a interpretação da LINDB. **Fórum Administrativo** – FA, Belo Horizonte, ano 19, n. 221, p. 167-168, jul. 2019. p. 167).

[555] "À luz do disposto no art. 22 da LINDB, para a concessão da medicação, considerando a limitação de recursos disponíveis no SUS para a efetivação de políticas públicas de saúde e a previsão legal expressa de exigência de relação positiva de custo-efetividade para incorporação de tecnologia em saúde ao SUS, exige-se não somente a demonstração de benefício esperado pela medicação, mas também do custo por ela imposto ao SUS, os quais devem ser avaliados em contraste com os benefícios e custos de outras medicações possíveis para o tratamento. Não há direito ao recebimento via SUS da melhor, mais moderna e de menores efeitos colaterais medicação disponibilizada pela indústria farmacêutica, quaisquer que sejam os seus custos" (TRF 4ª Região, AG 5014183-33.2023.4.04.0000, Sexta Turma, Relator João Batista Pinto Silveira, juntado aos autos em 27/04/2023)

[556] O Ministro do STJ Antonio Herman Benjamin criticou a redação do art. 22 da LINDB, expondo que a parte final do dispositivo ("sem prejuízo do direito dos administrados"), inviabiliza a própria aplicação do artigo (BENJAMIN, Antonio Herman. Seminário Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - Parte 2. **Youtube**, 10 abril 2019. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=EMZjSzlonoI. Acesso em: 20 jul 2023).

Alguns passaram a considerar essa disposição normativa como uma "dever de empatia[557]" do controlador em face do gestor público, já que o controlador passa a ter a obrigação de contextualização das condutas controladas[558]

> Na prática, dever de considerar os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências de políticas públicas é um comando de sensibilização do controlador à realidade da burocracia pública brasileira: esses elementos de fato não devem ser ignorados, mas contemplados na hermenêutica jurídica, que não é pura. O ponto é particularmente relevante quando consideramos que a administração pública é a principal instituição de Estado responsável por garantir direitos fundamentais. Mais do que qualquer outra instituição de Estado, é a administração que interage diretamente com os cidadãos e, por meio da prestação de serviços públicos, implementa as políticas públicas a seu cargo. Não são raros os casos de decisões trágicas, em que o gestor precisa fazer escolhas difíceis diante de um quadro estrutural dramático, como falta de pessoal ou de recursos públicos[559].

---

[557] JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, p. 63–92, 2018. p. 69/70. Em sentido contrário: "Aparentemente, a partir da reforma de 2018, ao menos no que diz respeito às questões da Administração Pública, o juiz haverá de enxergar os negócios jurídicos segundo o olhar do gestor, premissa que também se aplica às demais autoridades exercentes de funções de controle. (...) Sem o elemento crítico, próprio do olhar de quem verifica a correção dos atos da Administração Pública, para aferir e conferir a sua conformidade com a ordem jurídica, não há atividade de controle. Esse disparate legislativo (art. 22 da LINDB) é inconstitucional, pois a Constituição de 1988 outorga autonomia ao Poder Judiciário (art.2º), ao Poder Legislativo, com ou sem o auxílio do Tribunal de Contas (art. 2º c.c. o art. 70), e ao Ministério Público (art. 127, § 1º) no desempenho de suas funções, embora não se possa dizer o mesmo dos órgãos de controle interno. O critério que vincula esses órgãos estatais – e também a Administração Pública – é a lei axiologicamente considerada, e não a vontade ou o olhar do administrador público, segundo os valores e propósitos por ele preferidos" (BERTONCINI, Mateus. **LINDB – Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro**: Constituição e as alterações implementadas pela Lei 13.655/2018. Curitiba: Juruá, 2022. p. 106/107).

[558] MAFFINI, Rafael. LINDB, Covid-19 e Sanções Administrativas Aplicáveis a Agentes Públicos. *Revista da CGU*, v. 13, n. 23, p. 55–70, 2021. p. 61. Criticando a contextualização do art. 22 da LINDB, ver: "No artigo 22, os problemas continuam (...) Note-se que se está a discutir com argumentos circunstanciais não apenas eventual culpabilidade do agente que viola a norma, mas a própria validade do ato que viola a norma (...) Todo o Direito Administrativo hoje construído em torno do princípio da obediência à lei passaria a ser orientado pela análise circunstancial dos casos concretos, transformando a lei em apenas mais um dado da realidade, passível de ser cumprida ou descumprida conforme o gestor subjetivamente avalie que seja possível ou conveniente cumpri-la, tornando o controle uma atividade virtualmente impossível" (MARCELO DE OLIVEIRA, Júlio. Projeto de lei ameaça o controle da administração pública. **Conjur**, 10 abril 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-abr-10/projeto-lei-ameaca-controle-administracao-publica. Acesso em: 15 out. 2023).

[559] BONACORSI DE PALMA, Juliana. Segurança jurídica para a inovação pública: a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro [Lei no 13.655/2018]. **Revista de Direito Administrativo**, v. 279, n. 2, p. 209–249, 2020. p.229.

A contextualização deve ser ampla, abarcando todos os impactos considerados pelo ato controlado ou pela política pública implantada[560], incluindo o aspecto financeiro do ente federativo[561], apesar da segura jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que afasta, peremptoriamente, a aplicação do argumento da reserva do possível orçamentário[562].

Na prática, o ônus de observar o contexto se afigura como um acréscimo normativo que reforça a adoção de uma postura deferente por parte do controlador[563],

---

[560] "Superlotação do Centro de Detenção Provisória Pinheiros III, do Município de São Paulo. Pretensão de transferência de detentos para outros estabelecimentos prisionais, proibindo-se o recolhimento de novas pessoas. Necessidade de contextualização dos fatos e dos obstáculos, assim como das dificuldades reais da Administração Pública para a implantação da política pública. Artigos 20 e 22 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB). Demonstração de que o Estado de São Paulo tem adotado medidas para a redução da população carcerária, além da implementação de novas vagas e transferência de presos a unidades adequadas. Manual para Gestão da Lotação Prisional formulado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que trata a transferência entre estabelecimentos penais como medida excepcional. Medidas pontuais que não são soluções e podem agravar o problema. Ausência de omissão estatal. Dificuldades e obstáculos reais do gestor que não são salvo-conduto para não implantar a política pública, mas que devem ser observados na forma da lei" (TJSP; Apelação Cível 1037065-23.2018.8.26.0053; Relator (a): Eduardo Prataviera; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento: 22/05/2023; Data de Registro: 24/05/2023).

[561] "Impende ser assinalado que a consideração dos obstáculos e dificuldades reais do gestor não se restringe às situações em que haja possibilidade de responsabilização do agente público. Absolutamente. O texto legal é expresso no sentido de que tal deve se dirigir também para a execução das políticas públicas a cargo do órgão ou ente público, principalmente quando, no presente instante, é notório o quadro de dificuldades financeiras pelas quais vem passando a União, os Estados (estes, pincipalmente) e os Municípios" (NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **As normas de Direito Público na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro**: paradigmas para interpretação e aplicação do Direito Administrativo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019. p.88/89).

[562] STF, ARE 639337 AgR, Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 15.09.201

[563] A deferência, especialmente na questão técnica frente à judicialização da saúde, encontra grande embate quanto ao surgimento de novos fármacos e procedimentos ainda não aprovados pelo Poder Público e decisões judiciais concessivas dessas inovações: "A incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (Lei 8.080/90, art. 19-Q). Tendo, a Conitec, avaliado as evidências científicas sobre a eficácia, segurança, custo-efetividade e impacto orçamentário do medicamento Nintedanibe para o tratamento de fibrose pulmonar idiopática, e concluído por sua não incorporação para dispensação na rede pública, não pode o Poder Judiciário substituir-se ao administrador, sem qualquer fundamento ou indicação de ilegal idade perpetrada, e determinar o seu fornecimento. Cabe ao julgador, para inobservar a política pública adotada, justificar a sua decisão em eventual falha praticada pelo órgão administrativo competente, e, o que se faz também essencial: considerar os parâmetros e limites definidos pela LINDB - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, notadamente as disposições contidas em seus artigos 20 a 24, que se referem à necessidade de avaliação das consequências práticas da decisão, e aos critérios a serem observados quando do controle da atuação administrativa" (TJMG - Apelação Cível 1.0000.23.034487-1/001, Relator(a): Des.(a) Áurea Brasil , 5ª Câmara Cível, julgamento em 11/05/2023, publicação da súmula em 11/05/2023)

assegurando que os riscos e incertezas, presentes no momento do ato controlado, sejam considerados e valorados no exercício do controle[564]:

> Com frequência, a vida real não se adequa a essas exigências burocráticas. A lei atua em favor do 'direito administrativo dos negócios públicos' ao apontar para a necessidade de olhar a viabilidade prática das políticas públicas, para a sua eficácia, globalmente consideradas. Um exemplo é justamente a norma do art. 22, que manda considerar o macro, a política pública, os negócios públicos, impedindo que as interpretações sejam focadas no micro, no detalhe, no formal, no burocrático, nos clipes, enfim[565].

Através do ônus argumentativo imposto ao controlador pela contextualização dos atos do controlado (obstáculos e as dificuldades reais[566]), deverá ser privilegiada a escolha do gestor dentro de um campo de opções legítimas:

> Assim, diante de situações tais, o controlador, ao invés de impor, no caso, a leitura e interpretação jurídica que ele mesmo faria nesse contexto de indeterminação, deveria cogitar da existência de uma álea de razoabilidade, ou um leque de interpretações razoáveis, isto é, deveria se limitar a avaliar a razoabilidade da escolha interpretativa realizada pelo administrador público, prestando deferência à escolha interpretativa razoável da administração, mesmo que ela não corresponda à escolha interpretativa específica que ele próprio (controlador) faria, se coubesse a ele a interpretação em primeira mão. Logo, o art. 22 pode ser entendido como o fundamento normativo específico, no nosso direito, para a adoção da deferência judicial nos moldes da doutrina Chevron[567].

Em face da parte final do *caput* do art. 22, a contextualização não poderá ser utilizada para flexibilizar direitos fundamentais dos administrados envolvidos[568].

---

[564] BAPTISTA, Patrícia. A LINDB e o Direito Administrativo do Risco. Parâmetros substantivos e procedimentais para decisões públicas em ambiente de risco e incerteza. In: MAFFINI, Rafael e RAMOS, Rafael (Org.). **Nova LINDB**: proteção da confiança, consensualidade, participação democrática e precedentes administrativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p.25-35. p. 31.

[565] SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo**: o novo olhar da LINDB. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p.47.

[566] "Em resumo, o artigo 22 da Lei 13.655/2018 confere uma racionalidade pragmática à função punitiva estatal, interdita interpretações retrospectivas, quiméricas, descontextualizadas e extemporâneas; reside num marco de evolução para o Direito Administrativo sancionador, e não de retrocesso". (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo e VÉRAS DE FREITAS, Rafael. O artigo 22 da LINDB e os novos contornos do Direito Administrativo sancionador. **Revista Consultor Jurídico**, 25 jul. 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-jul-25/opiniao-artigo-22-lindb-direito-administrativo-sancionador. Acesso em: 13 set. 2023).

[567] CARDOSO, Henrique Ribeiro e SANTOS, Mateus Levi Fontes. A deferência judicial redimida. **Revista de Direito Administrativo**, v. 282, n. 1, p. 139–172, 2023. p. 147.

[568] SANTOS DE MENDONÇA, José Vicente e ALBUQUERQUE, Lucca Fernandes. Art. 22 da LINDB: decifrando o dever de contextualização. In: RAMOS, Rafael (coord.). **Comentários à Nova LINDB**: Lei nº 13.655/2018. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 67-80. p.77.

A contextualização[569] para exercício do controle dos atos dos gestores mostrou sua importância durante a decretação da pandemia do COVID-19, onde as incertezas científicas iniciais e o estado das coisas influenciaram nas políticas públicas de combate ao contágio e proliferação do vírus, bem como de cuidado médico aos contaminados[570].

Essa situação pandêmica afetou relações contratuais (reequilíbrios econômico-financeiros, por exemplo), políticas públicas (especialmente quanto ao conflito federativo de medidas sanitárias - como o plano de imunização[571] – e quanto a urgentes investimentos para incremento e continuidade de serviços públicos essenciais) e as relações tributárias e financeiras pelo distanciamento social imposto e consequente fechamento compulsório de estabelecimentos comerciais (*lockdown*). Reforçando o conteúdo normativo da Lei nº 13.655/2018 durante o período

---

[569] "A apreciação dos acertos e erros do gestor no contexto em que as decisões foram tomadas decorre da constatação de que a avaliação abstrata de decisões cria um parâmetro ideal incompatível com a realidade que se impunha ao tempo da decisão. Em verdade, a análise das peculiaridades da situação enfrentada concretamente evita o excesso de responsabilização, já que seres humanos não são seres ideais, e também não gera desestímulo na assunção dos riscos da atividade de interventor. Não por acaso esta lógica tem sido implementada também na Administração Pública, o que se verifica pela atual redação da LINDB (art. 22)" (TJPR - 18ª Câmara Cível - 0001487-79.2003.8.16.0001 - Curitiba - Rel.: Desembargador Marcelo Gobbo Dalla Dea - DJ. 22.08.2022)

[570] Apelação cível. Cumprimento de sentença. Ação civil pública. pacientes internados em UPA por prazo superior a 48 (quarenta e oito) horas, aguardando transferência para leito de UTI. sentença que declarou a extinção da execução, nos termos do art. 924, II, do CPC. Mérito recursal. Pleito de reforma da sentença para imposição de multa em face do Estado do Paraná, em virtude do descumprimento da decisão judicial. Não acolhimento. Necessidade de observar as consequências práticas da imposição de multas sucessivas ao ente estadual e as dificuldades dos gestores públicos (arts. 20 e 22 da LINDB). Circunstâncias referentes à pandemia – fato público e notório sem necessidade de comprovação (art. 374, I CPC) – que impediram o cumprimento dos prazos estritos fixados. Cumprimento superveniente da obrigação, com a transferência de todos os pacientes, que permite o afastamento da multa, nos termos do art. 537, §1º, II, do CPC. Recurso conhecido e desprovido. (TJPR - 4ª Câmara Cível - 0001067-22.2021.8.16.0170 - Toledo - Rel.: Desembargadora Maria Aparecida Blanco de Lima - DJ. 28.03.2022)

[571] "No caso, pretende a Defensoria Pública o fracionamento da vacinação da população carcerária, a fim de que sejam imediatamente imunizados os idosos e as grávidas/puérperas. Não se desconhece que tal população está em situação de vulnerabilidade, porque exposta a condições de superlotação e circulação restrita de ventilação. Porém, deve ser ponderada a dificuldade, a nível mundial, de concretizar as orientações de vacinação de modo equânime e universal, diante da escassez de insumos. E, conforme os Planos Nacional e Estadual de Imunização, a população privada de liberdade foi alocada em um único grupo prioritário para imunização (após pessoas não privadas de liberdade que são idosas e/ou apresentam comorbidades), a fim de reduzir custos logísticos com a imunização por etapas nos estabelecimentos prisionais e não expor as equipes de saúde a maiores riscos de contágio. Assim, é evidente que a imunização, nos termos pleiteados pela Agravante, não pode ser cumprida a passe de mágica, porque depende de todo um processo de reestruturação logística e, principalmente, de um mapeamento prévio e minucioso da população privada de liberdade que, for caso, se encaixe em um ou outro grupo prioritário de pessoas em liberdade, o que custa, além de tempo, dinheiro público" (TJPR - 5ª Câmara Cível - 0029120-38.2021.8.16.0000 - Curitiba - Rel.: Desembargador Leonel Cunha - J. 06.12.2021)

pandêmico, podemos citar a Lei nº 13.979/2020, a Lei nº 14.035/2020 e a Lei nº 14.216/2021, além da Medida Provisória nº 966/2020.

O § 1º do art. 22 prevê que na decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas[572] que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente[573], reforçando-se a necessária contextualização para controle do processo decisório do gestor público[574]:

> Contextualizar, portanto, é abrir o processo decisório do agente público. É considerar aspectos – não somente jurídicos – que levam um agente público a escolher uma dentre as alternativas que se colocam. Nesse aspecto, a decisão será única: a solução dependerá do contexto em que ocorreu. Isso não significa, por outro lado, que a interpretação contextualizada será casuística. Se os contextos são diversos, não se está diante de casuísmo, mas de distinção de casos. Ademais, a extração da norma individualizável aplicável ao caso concreto sempre dependeu da análise e da verificação de seu contexto[575].

---

[572] Enunciado nº 12 da 1ª Jornada de Direito Administrativo do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo de 2019: "No exercício da atividade de controle, a análise dos obstáculos e dificuldades reais do gestor, nos termos do art.22 da LINDB, deve ser feita também mediante a utilização de critérios jurídicos, sem interpretações pautadas em mera subjetividade" (IBDA. Enunciados do IBDA sobre a interpretação da LINDB. **Fórum Administrativo** – FA, Belo Horizonte, ano 19, n. 221, p. 167-168, jul. 2019. p. 167).

[573] "Improbidade Administrativa. Reembolso dos gastos com gasolina na Câmara Municipal de Nova Fátima no ano de 2003. Vereadores do Município. Procedimento sem amparo em lei. Aquisição excessiva de gasolina. Sentença de procedência. Ressarcimento ao erário dos valores recebidos pelo Presidente da Câmara e por um servidor comissionado. (...) Mérito recursal. Alegada ausência de dolo. Acolhimento. Inexistência de veículo oficial da Câmara Municipal. Uso de automóveis particulares para atendimento dos interesses públicos. Procedimento adotado nas gestões pretéritas. Apesar da falta de amparo na lei, não há dolo. Situação fática que condicionou a atuação do agente público. Aplicação do art. 22, §1º, da LINDB. Prática administrativa que deve ser considerada no presente caso. Excesso na aquisição de gasolina não evidenciado. Não obstante a quantidade elevada, houve justificativa no caso. Incremento das atividades da Câmara com a abertura de uma Comissão Especial de Inquérito" (...) (TJPR - 5ª Câmara Cível - 0001253-79.2013.8.16.0120 - Nova Fátima - Rel.: Desembargador Rogerio Ribas - DJ. 08.09.2022).

[574] "O exercício do poder extroverso estatal tem se desenvolvido por meio de uma interpretação estática, sobretudo pelo seu viés repressivo. Dito em outros termos, os controladores levaram adiante processos administrativos sancionadores, com base nos seus próprios juízos a propósito da adequação das condutas de administradores públicos e dos particulares. Juízos que, em razão da morosidade própria à burocracia, são formados sempre retrospectivamente, muitas vezes, anos após a conduta. O distanciamento temporal, contudo, turva a avaliação, propicia o seu enviesamento. Oblitera circunstâncias que não podem ser desconsideradas pelos órgãos de controle" (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo e VÉRAS DE FREITAS, Rafael. **Comentários à Lei nº 13.655/2018 [Lei da Segurança para a Inovação Pública]**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019. p.57).

[575] SANTOS DE MENDONÇA, José Vicente e ALBUQUERQUE, Lucca Fernandes. Art. 22 da LINDB: decifrando o dever de contextualização. In: RAMOS, Rafael (coord.). **Comentários à Nova LINDB**: Lei nº 13.655/2018. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 67-80. p.75

Os §§ 2º e 3º do art. 22 apresentam critérios gerais de dosimetria das sanções[576], para aplicação subsidiária sempre que não houve critérios específicos de dosimetria da sanção[577]. O art. 22 no universo da normatização do processo sancionatório coexiste complementarmente ao art. 28 da própria LINDB[578].

Na aplicação de sanções[579], serão consideradas 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[580] (§ 2º), sendo que as sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato[581] (§ 3º).

---

[576] "Quanto a essas sanções, a Lei impõe às autoridades públicas o dever de contextualização, o que abrange a consideração das circunstâncias agravantes e atenuantes ligadas à ação do agente (art. 22, § 2º), bem como, especificamente na dosimetria das sanções, a consideração de sanções anteriores, da mesma natureza e relativas aos mesmos fatos (art. 22, § 3º)" (SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo**: o novo olhar da LINDB. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p.146).

[577] "Na individualização das sanções, serão consideradas 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, a teor do §2º do art. 22 da LINDB". (TJMG - Apelação Cível 1.0394.13.007592-9/001, Relator(a): Des.(a) Luzia Divina de Paula Peixôto, 3ª Câmara Cível, julgamento em 18/09/2023, publicação da súmula em 20/09/2023)

[578] MAFFINI, Rafael. LINDB, Covid-19 e Sanções Administrativas Aplicáveis a Agentes Públicos. **Revista da CGU**, v. 13, n. 23, p. 55–70, 2021. p. 68.

[579] Enunciado nº 15 da 1ª Jornada de Direito Administrativo do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo de 2019: "Para efeito do disposto no artigo 22, §2º da LINDB, os conceitos do direito penal podem ser usados na aplicação das sanções, subsidiariamente, desde que derivem de um núcleo comum constitucional entre as matérias, lastreado nos princípios gerais do direito sancionador, sobretudo quando não houver regulação específica" (IBDA. Enunciados do IBDA sobre a interpretação da LINDB. **Fórum Administrativo** – FA, Belo Horizonte, ano 19, n. 221, p. 167-168, jul. 2019. p. 168).

[580] Enunciado nº 14 da 1ª Jornada de Direito Administrativo do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo de 2019: "Em homenagem ao princípio da proporcionalidade, a dosimetria necessária à aplicação das sanções será melhor observada quando as circunstâncias agravantes ou atenuantes aplicáveis ao caso forem positivadas preferencialmente em lei, regulamentos, súmulas ou consultas administrativa" (IBDA. Enunciados do IBDA sobre a interpretação da LINDB. **Fórum Administrativo** – FA, Belo Horizonte, ano 19, n. 221, p. 167-168, jul. 2019. p. 167).

[581] "Sob uma perspectiva estritamente pragmática (que perpassa toda a lei), a luta contra o bis in idem não foi comprometida pela inserção deste artigo. É que os argumentos contrários ao bis in idem são de ordem constitucional. A ideia seria a de que sanções de mesma natureza, para o mesmo sujeito, pelo mesmo fato, violariam a Constituição" (JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, p. 63–92, 2018. p. 87).

Trata-se de dispositivo que estabelece regras buscando a proporcionalidade entre a conduta e a sanção[582]. Há vedação o *bis in idem* sancionatório[583] que pode ocorrer em razão da multiplicidade e sobreposição de entes controladores sobre a mesma conduta ou situação fática[584]:

> A vedação do bis in idem impede que alguém, por um mesmo fato, seja duplamente responsabilizado com base no mesmo regimento jurídico. Assim, se não há impedimento a que possa haver apuração de responsabilidade civil, penal e administrativa por um mesmo fato, é defeso que, para a mesma situação, haja uma dupla incidência de responsabilização administrativa, civil e criminal[585].

Não é vedada a responsabilização em diferentes instâncias[586] (penal[587], cível, política/eleitoral, administrativa, *etc*), respeitada a independência entre as

---

[582] JUSTEN DE OLIVEIRA, Fernão. Dosimetria do sancionamento administrativo. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro** – Anotada, vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 204-210. p. 205/206

[583] "O fundamento protetivo do ne bis in idem refere-se à boa-fé objetiva e à vedação do comportamento contraditório por parte do Estado, por seus órgãos ou agentes, na perspectiva do venire contra factum proprium (vedação de comportamento contraditório), consistente na estabilização de sua situação jurídica do arguido perante o Estado, desde que exauriente a decisão quanto à negativa da autoria ou à inexistência dos fatos. A pretensão de somente alcançar situações acobertadas pela coisa julgada decorrente de sentença absolutória de mérito é incompatível com a noção de estabilidade decisória orientada pela boa-fé objetiva e a dimensão material do ne bis in idem. A perspectiva de ampliação do espectro de garantias impõe a extensão de efeitos da decisão penal desde que a instância penal tenha exaurido, por decisão definitiva (sentença ou rejeição da denúncia por ausência de justa causa material" (STF, Rcl 57215, Relator(a): Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 03-07-2023)

[584] RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. Comentários ao § 3º do art. 22, da nova redação da LINDB. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro** – Anotada, vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p.211-215. p. 213/214.

[585] NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **As normas de Direito Público na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro**: paradigmas para interpretação e aplicação do Direito Administrati*vo*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019. p. 92.

[586] "Embora não tenha previsão expressa na Constituição Federal de 1988, a garantia do ne bis in idem é um limite implícito ao poder estatal, derivada da própria coisa julgada (art. 5º, XXXVI) e decorrente de compromissos internacionais assumidos pelo Brasil (art. 5º, § 2º). Isso porque a Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8º, n. 4) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 14, n. 7), incorporados ao direito brasileiro com status supralegal pelos Decretos 678/1992 e 592/1992, respectivamente, instituem a vedação à dupla incriminação. Tendo o Ministério Público, instituição una (à luz do art. 127, § 1º, da CF/1988) ajuizado duas ações penais referentes aos mesmos fatos, uma na Justiça Comum Estadual e outra na Justiça Eleitoral, há violação à garantia contra a dupla incriminação. Como a sentença eleitoral já transitou em julgado para a acusação, não é possível manter o trâmite da ação penal aforada na Justiça Estadual. Tratando-se de idênticas imputações, não incide a tese de independência entre as instâncias, pois as duas demandas são de natureza criminal" (STJ, REsp n. 1.847.488/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 20/4/2021, DJe de 26/4/2021.)

[587] "A comunicabilidade entre as esferas administrativa e penal é restrita às situações em que configurada a inexistência material do fato ou a negativa de sua autoria" (STF, RMS 35647 AgR, Relatora Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 11-11-2020)

instâncias[588]. Porém, elas deverão se comunicar na construção de um racional do sancionamento[589], incluindo o aspecto das sanções de cunho patrimonial[590].

O Superior Tribunal de Justiça ostenta entendimento sólido no sentido de que o ressarcimento do dano ao erário público não é sanção, mas mera consequência

[588] "É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça segundo o qual as instâncias penal, civil e administrativa são independentes e autônomas entre si. Em razão disso, a repercussão da absolvição criminal nas instâncias civil e administrativa somente ocorre quando a sentença, proferida no Juízo criminal, nega a existência do fato ou afasta a sua autoria, o que não ocorreu na espécie." (STJ, AgInt no REsp n. 1.375.858/SC, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 16/5/2017, DJe de 2/6/2017). Ainda: "Em se tratando de penalidades de distintas naturezas, ainda que originadas de um mesmo fato, persiste a viabilidade de apuração em cada qual das searas, não havendo que se falar em bis in idem" (STJ, RHC n. 137.773/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 20/4/2021, DJe de 28/4/2021). Ver, ainda: "Saliente-se, ainda, que, como bem apontado no voto do Ministro Relator, não obstante ter o Tribunal de Contas da União condenado o recorrido ao ressarcimento do prejuízo causado e ao pagamento de multa administrativa, é assente o entendimento de que não se configura bis in idem a coexistência de título executivo extrajudicial (acórdão do TCU) e sentença condenatória em ação civil pública de improbidade que determinam o ressarcimento ao erário. O que não se permite é a constrição patrimonial além do efetivo prejuízo apurado. Assim, é possível a formação de dois títulos executivos, devendo ser observada a devida dedução do valor da obrigação que primeiramente foi executada no momento da execução do título remanescente". (STJ, REsp n. 1.413.674/SE, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), relator para acórdão Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 17/5/2016, DJe de 31/5/2016)

[589] O art. 22 da LINDB impacta diretamente o art. 30 da Lei nº 12.846/2013, que estabelece que a aplicação das sanções civis e administrativas de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública nacional ou estrangeira não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de ato de improbidade administrativa e atos ilícitos alcançados pela legislação de licitações e contratos da administração pública. Isso fica claro na redação do art. 159 da Lei nº 14.133/2021, que prevê que as infrações administrativas relacionadas a licitações e contratos da Administração Pública que também sejam tipificados como atos lesivos na Lei nº 12.846/2013 serão apurados e julgados conjuntamente, nos mesmos autos, observados o rito procedimental e a autoridade competente definidos na lei.

[590] "O fato de existir um título executivo extrajudicial, decorrente de condenação proferida pelo Tribunal de Contas da União, não impede que os legitimados ingressem com ação de improbidade administrativa requerendo a condenação da recorrida nas penas constantes no art. 12, II da Lei n. 8429/92, inclusive a de ressarcimento integral do prejuízo. (...) Ademais, não se há falar em bis in idem. A proibição da dupla penalização se restringe ao abalo patrimonial que o executado poderá sofrer. O princípio não pode ser interpretado de maneira ampla, de modo a impedir a formação de um título executivo judicial, em razão do simples fato de já existir um outro título de natureza extrajudicial. apenas ao pagamento da dívida, e não à possibilidade de coexistirem mais de um título executivo relativo ao mesmo débito, encontra-se a súmula 27 desta Corte Superior" (STJ, REsp n. 1.135.858/TO, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 22/9/2009, DJe de 5/10/2009)

natural da condenação[591]. Apesar disso, é possível sustentar hoje, portanto, um abrandamento do conceito jurídico de incomunicabilidade das instâncias sancionatórias[592].

O Supremo Tribunal Federal entendeu que não caracteriza *bis in idem* o agente ser processado por crime de responsabilidade e por ato de improbidade administrativa, haja vista a independência das instâncias, fixando a seguinte tese que originou o Tema nº 576 de repercussão geral: "o processo e julgamento de prefeito municipal por crime de responsabilidade (Decreto-lei 201/67) não impede sua responsabilização por atos de improbidade administrativa previstos na Lei 8.429/1992, em virtude da autonomia das instâncias[593]". Do mesmo modo o Supremo Tribunal Federal entendeu que as sanções (civis, penais ou políticas) previstas na Lei de Improbidade não se confundem com as sanções de natureza administrativa aplicadas aos servidores pela prática dos ilícitos funcionais previstos na Lei nº 8.112/90 (Estatuto do Servidor Público Civil da União)[594].

---

[591] Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, "o ressarcimento não constitui sanção propriamente dita, mas sim consequência necessária do prejuízo causado. Caracterizada a improbidade administrativa por dano ao Erário, a devolução dos valores é imperiosa e deve vir acompanhada de pelo menos uma das sanções legais que, efetivamente, visam a reprimir a conduta ímproba e a evitar o cometimento de novas infrações" (STJ, REsp 1.184.897/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 27/04/2011), vez que "apesar da cumulação das referidas sanções não ser obrigatória, é pacífico no âmbito desta Corte Superior o entendimento de que, caracterizado o prejuízo ao erário, o ressarcimento não pode ser considerado propriamente uma sanção, mas apenas conseqüência imediata e necessária de reparação do ato ímprobo, razão pela qual não pode figurar isoladamente como penalidade" (REsp 1376481/RN, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 22/10/2015). No mesmo sentido: AgRg no AREsp 606.352/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 10/02/2016, REsp 1.315.528/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 9.5.2013; REsp 1.184.897/PE, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 27.4.2011; REsp 977.093/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 25.8.2009; REsp 1.019.555/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 29.6.2009.

[592] É objeto do ARE nº 1.428.742, submetido ao regime de e repercussão geral reconhecida (Tema 1.260), a controvérsia em definir qual o ramo da Justiça competente para julgar ação de improbidade administrativa quando se verificarem as duas ilicitudes: crime eleitoral e ato de improbidade administrativa. (STF, ARE 1428742 RG, Relator(a): Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 14-08-2023)

[593] STF, RE 976566, Relator(a): Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 13-09-2019.

[594] STF, RMS 24194, Relator(a): Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13-09-2011. Sobre o tema, ainda: Súmula nº 651 do STJ: Compete à autoridade administrativa aplicar a servidor público a pena de demissão em razão da prática de improbidade administrativa, independentemente de prévia condenação, por autoridade judiciária, à perda da função pública.

2.6 Regime de transição consequencialista, vedação à irretroatividade da bipolaridade hermenêutica, coerência e segurança jurídica

O art. 23 da LINDB estabelece que a decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição ou vacância[595] quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais[596].

O parágrafo único do art. 23, que foi vetado pela Presidência da República, previa que se o regime de transição não estivesse previamente estabelecido, o sujeito obrigado teria o direito a negociá-lo com a autoridade, segundo as peculiaridades de seu caso e observadas as limitações legais, celebrando-se compromisso para o ajustamento, na esfera administrativa, controladora ou judicial, conforme o caso.

O art. 23 trata do estabelecimento de dois conteúdos normativos voltados à segurança jurídica no processo decisório público: a vedação da retroatividade[597] da nova interpretação sem que exista regime de transição, prestigiando-se a calculabilidade do conteúdo decisório[598] e o direito subjetivo dos envolvidos a esse

---

[595] NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **As normas de Direito Público na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro**: paradigmas para interpretação e aplicação do Direito Administrativo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019. p.97.

[596] Enunciado nº 17 da 1ª Jornada de Direito Administrativo do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo de 2019: "É imprescindível, a partir da ideia de confiança legítima, considerar a expectativa de direito como juridicamente relevante diante do comportamento inovador da Administração Pública, preservando-se o máximo possível as relações jurídicas em andamento. Neste contexto, torna-se obrigatória, sempre para evitar consequências desproporcionais, a criação de regime de transição, com vigência ou modulação para o futuro dos efeitos de novas disposições ou orientações administrativas". (IBDA. Enunciados do IBDA sobre a interpretação da LINDB. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 19, n. 221, p. 167-168, jul. 2019. p. 168).

[597] A origem da vedação de leis retroativas remonta ao Direito Romano e ao Direito Canônico (GABBA, Carlo Francesco. **Teoria della retroattività delle leggi***, vol. 01*, 3ª ed. Torino: Unione Tipografico Editrice, 1891. p. 46-51).

[598] "Em vez de previsibilidade, a segurança jurídica exige a realização de um estado de calculabilidade. Calculabilidade significa a capacidade de o cidadão antecipar as consequências alternativas atribuíveis pelo direito a fatos ou a atos, comissivos ou omissivos, próprios ou alheios, de modo que a consequência efetivamente aplicada no futuro situe-se dentro daquelas alternativas reduzidas e antecipadas no presente" (ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: Entre a permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 587)

regime[599] e; a obrigatoriedade da proporcionalidade nessa transição da superação do entendimento pré-existente[600], privilegiando a segurança jurídica[601].

Pelo intuito do texto legislativo em comento, se a própria lei não pode retroagir para prejudicará o direito adquirido[602], o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (art. 5º, inciso XXXVI da CF[603] e art. 6º do Decreto-Lei nº 4.657/1942), não pode a própria

[599] "O art. 23, LINDB é claro ao garantir, ao destinatário atingido pela decisão contendo interpretação ou orientação nova e mais gravosa, um direito subjetivo à previsão de um regime jurídico, o qual deve ainda comportar e/ou preencher os requisitos ali estipulados" (RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano. Artigo 23 – regime de transição, segurança jurídica e proteção da confiança: divagações e notas soltas. In: MAFFINI, Rafael e RAMOS, Rafael [Org.]. **Nova LINDB**: proteção da confiança, consensualidade, participação democrática e precedentes administrativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p.37-58. p. 56).

[600] "Note-se que ao exigir que a transição seja proporcional, o art. 23 não só confere ao decisor o ônus argumentativo de demonstrar este traço de proporcionalidade como também dá aos atingidos o direito de demonstrar eventual desproporcionalidade (juízo negativo do proporcional) como causa de invalidação da transição e, por conseguinte, de suspensão dos efeitos da deliberação até que se promova a adequada modulação de efeitos" (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Art. 23 da LINDB - O equilíbrio entre mudança e previsibilidade na hermenêutica jurídica. **Revista de Direito Administrativo**, p. 93–112, 2018. p. 108).

[601] TOMAZ, Dante. A segurança jurídica entre o presente e o futuro: os regimes de transição do art. 23 da LINDB. In: RAMOS, Rafael (coord.). *Comentários à Nova LINDB: Lei nº 13.655/2018*.Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 81-103. p.83. Em sentido contrário: "O que o art. 23 da LINDB promove e protege é o conhecido casuísmo, destinado a acomodar interesses privados, muitas vezes escusos, perante a Administração Pública. Estimula o trágico 'jeitinho brasileiro', pois se o sujeito frauda o devido processo legal para obter vantagens, como é o caso de uma licitação, ele não é punido com a anulação da negociata, mas premiado com a solução 'tópica', com o obrigatório regime de transição" (BERTONCINI, Mateus. **LINDB – Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro**: Constituição e as alterações implementadas pela Lei 13.655/2018. Curitiba: Juruá, 2022. p. 121).

[602]"È acquisito ogui diritto, che: a) è conseguenza di un fato idoneo a produrlo, in virtù dela legge del tempo in cui il fato venne compiuto, benchè l´occasione di farlo valere non siasi prsentata prima dell´attuazione di uma legge nuova intorno al medesimo, e che; b) a termini dela legge sotto l´impero dela quale accade il fato da cui trae origine, entrò imediatamente a far parte del patrimoniodi chi lo há acquistato" (GABBA, Carlo Francesco. **Teoria della retroattività delle leggi***, vol. 01*, 3ª ed. Torino: Unione Tipografico Editrice, 1891. p.191).

[603] "Embora as nossas Constituições de 1824 e 1891 consagrassem literalmente a impossibilidade de serem estabelecidas leis retroativas, a nossa doutrina, mesmo durante a vigência desses textos, sempre admitiu essa possibilidade" (CARDOZO, José Eduardo Martins. **Da retroatividade da Lei**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. P. 329)

interpretação de conceito indeterminado retroagir para prejudicar o administrado[604], impondo novo dever ou novo condicionamento de direito sem a existência de um regime de transição (vedação à irretroatividade máxima[605]), que consiste em instrumental da estabilização da relação jurídica[606] e dever da Administração Pública[607].

A interpretação ou orientação deve ser nova, de forma a apresentar carga decisória que destoe da interpretação pretérita do órgão sobre o assunto[608]. Pressupõe, assim, a divergência da nova intepretação com reiteradas interpretações

---

[604] Admitindo a retroatividade da legislação ambiental mais benéfica: "As normas editadas com o escopo de defender o meio ambiente, por serem de ordem pública, têm aplicação imediata, vale dizer, aplicam-se não apenas aos fatos ocorridos sob sua vigência, como também às consequências e aos efeitos dos fatos ocorridos sob a égide da lei anterior (*facta pendentia*). Essas normas só não atingirão os fatos ou relações jurídicas já definitivamente exauridos antes de sua edição (*facta praeterita*). Nesse sentido a lição de Vicente Ráo, quando afiança não haver razão que se falar em retroatividade, ou irretroatividade, porque não se admite a alteração dos atos, fatos e respectivos direitos e efeitos produzidos no passado, mas, tão-só, em certos casos, a nova disciplina de seus efeitos atuais e futuros. Destarte - escreve Michel Prieur -, as autorizações concedidas não constituem atos individuais intangíveis, prolongando-se seus efeitos no tempo. Certamente poderão ser retiradas se forem ilegais e no prazo do recurso; todavia isso não impede que sejam modificadas e recusadas, não somente segundo o direito aplicável à época de sua edição, mas também segundo o direito novo eventualmente aplicável à época de sua modificação. A validade das autorizações particulares está ligada de forma indissolúvel e permanente à regulamentação geral relativa à autorização. Sem retroatividade e ofensa ao direito adquirido é possível modificar autorização existente, devendo o poluidor submeter-se sempre à nova regra, que deverá, em princípio, dar maior proteção ao meio ambiente" (MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*, 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 785/787).

[605] "Los reglamentos constituyen fuentes del derecho para la Administración Pública, aun cuando proceden de ella misma, ya que integran el bloque de legalidad, al cual los órganos administrativos deben ajustar su cometido. Constituyen, desde el punto de vista cuantitativo, la fuente de mayor importancia del Derecho Administrativo, habida cuenta de que no sólo son dictados por el Poder Ejecutivo, sino también por los demás órganos y entes que actúan en su esfera. (…) Están sujetos a los mismos principios que la ley en cuanto al principio de la irretroactividad" (CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administrativo I**, 6ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998. p.137/139).

[606] "Os institutos da prescrição, da decadência, da preclusão (na esfera processual), da usucapião, da irretroatividade da lei, do direito adquirido, são expressões concretas que bem revelam esta profunda aspiração à estabilidade, à segurança, conatural ao Direito. Tanto mais porque inúmeras dentre as relações compostas pelos sujeitos de direito constituem-se em vista do porvir e não apenas da imediatidade das situações, cumpre, como inafastável requisito de um ordenado convívio social, livres de abalos repentinos ou surpresas desconcertantes, que haja uma certa estabilidade nas situações destarte constituídas." (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**, 17ª. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 113).

[607] "A grande novidade do art. 23 da LINDB não está na previsão de regimes de transição no âmbito do Estado. Esses regimes sempre existiram e em muitos casos já foram aplicados. Em realidade, a inovação consiste no estabelecimento de um 'dever' de estruturação e oferta do regime de transição aos destinatários atingidos por uma nova interpretação que lhes crie dever ou novo condicionamento a seus direitos" (MARRARA, Thiago. Comentários Gerais ao art. 23 da LINDB. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro** – Anotada, vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p.229-234. p.232).

[608] "O regime de transição do art. 23 da LINDB está em íntima conexão com o princípio da menor onerosidade da regularização, previsto no art. 21, parágrafo único, de referido diploma legal, segundo o qual não se pode impor aos sujeitos atingidos pela modificação de jurisprudência ônus ou perdas anormais ou excessivos" (STJ, EDcl no REsp 1.630.659/DF, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 6/12/2018).

anteriores relativas à norma de conteúdo indeterminado[609]. O art. 6º, § 3º do Decreto nº 9.830/2019 estabelece que se considera nova interpretação ou nova orientação aquela que altera o entendimento anterior consolidado.

O regime de transição deverá ser motivado (art. 6º, § 1º do Decreto nº 9.830/2019), devendo a motivação considerar as condições e o tempo necessário para o cumprimento proporcional, equânime e eficiente do novo dever ou do novo condicionamento de direito e os eventuais prejuízos aos interesses gerais (art. 6º, § 2º do Decreto nº 9.830/2019). O legislador buscou, claramente, ampliar o conceito de interesse público ao prever "interesses gerais[610]".

A interpretação ou orientação também deverá incidir sobre norma de conteúdo indeterminado, ou seja, norma com carga abstrata (regra ou princípio) que admita integração ou esclarecimento quanto à sua aplicabilidade em face do caso concreto[611].

Importante que somente a decisão que imponha novo dever ou novo condicionamento de direito está submetida ao regime do art. 23.

---

609 "A modulação de efeitos prevista nesses enunciados normativos, contudo, somente é aplicável quando efetivamente existia um pronunciamento 'apropriado' anterior, capaz de despertar legítima confiança nos jurisdicionados, antes da mudança de entendimento (...) No caso da presente afetação, contudo, não havia "pronunciamento apropriado" anterior à fixação da tese, mas apenas julgados isolados, oriundos de decisões monocráticas, que não representavam jurisprudência dominante, tampouco se qualificavam como precedente." (STJ, EDcl no REsp n. 1.777.553/SP, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, julgado em 24/11/2021, DJe de 29/11/2021.)

610 "Note-se que o legislador foi preciso ao evitar a fórmula interesse público. E o fez seja pela insuficiência epistemológica desta locução, seja porque o que aqui se quer desmarcar são os interesses amplos, da coletividade (e não a abstração hegeliana de um interesse transcendente porquanto público) em oposição aos interesses específicos dos diretamente alcançados pela nova interpretação" (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Art. 23 da LINDB - O equilíbrio entre mudança e previsibilidade na hermenêutica jurídica. **Revista de Direito Administrativo**, p. 93–112, 2018. p. 109). Criticando a redação do art. 23, o Ministro Herman Benjamin expõe: "A janela para os juízes não aplicarem, está no final. É 'sem prejuízo aos interesses gerais'. Aliás só uma observação conceitual, nós que estudamos o Direito Público, aliás porque decorre da res publica, a noção de interesse público. Aliás já se fala, sobretudo no Direito norte americano, que não existe interesse público, mas existem direitos públicos, tal a fragmentação do interesse público. A norma não se definiu: ora é 'interesse geral', ora é 'interesses gerais'. E aí fica a dúvida: por que interesse geral e não interesse público? E por que não interesse geral e interesses gerais? O plural acredito que foi um equívoco. Mas conflito é porque não interesse público e interesse geral. Não devemos diminuir o interesse público" (BENJAMIN, Antonio Herman. Seminário Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - Parte 2. **Youtube**, 10 abril 2019. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=EMZjSzlonoI. Acesso em: 20 jul 2023).

611 "A conclusão a que chegam as maiores autoridades no assunto é unânime: as decisões das autoridades administrativas, traduzidas em atos, não têm efeito retroativo, ou seja, os atos administrativos não são retroativos, a não ser que a lei expressa o autorize. O princípio da não-retroatividade é a consequência da aplicação dos princípios gerais do direito, aos quais a jurisprudência reconhece valor de regra jurídica e jamais simples aplicação de artigos consagrados nos códigos civis de diversos países "(CRETELA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo**, volume II: Teoria do Ato Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 63).

A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação nova sobre norma de conteúdo indeterminado que reconheça direitos sem novos deveres ou condicionamentos, tem aplicação imediata, aderindo-se ao princípio da retroatividade da norma mais benéfica ao administrado. Segue-se o modelo disposto no art. 13 da Lei de processo administrativo federal da Argentina[612] (Ley 19.549/1972), que prevê a possibilidade de efeito retroativo de ato administrativo que substituir outro desde que não implique em prejuízo a direitos adquiridos ou desde que favoreça o administrado.

O art. 2º, parágrafo único, inciso XIII da Lei nº 9.784/1999 já prevê ao processo administrativo federal a interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação. Há, portanto, na análise jurídica, um dever de coerência e autovinculação da Administração Pública com os seus precedentes:

> A correta qualificação jurídica dos fatos exige, ainda, um esforço de coerência da Administração com os precedentes que ela própria criou. O inc. XIII, do parágrafo único do at. 2º da Lei no 9.784/1999, ao vedar a 'aplicação retroativa de nova interpretação', é consequência dessa norma, associada ao princípio da segurança jurídica e que exige o que no direito norte-americano tem sido chamado de consistency. Se determinada conduta, suponha-se, de infração de normas sanitárias enseja habitualmente a punição com multa das empresas que a praticam, a mesma conduta não pode ensejar no caso de determinada empresa a pena de fechamento do estabelecimento. Uma conduta, ainda exemplificando, que examinada habitualmente pelo Cade (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) é tolerada, do ponto de vista concorrencial, não pode ser entendida, em um caso específico, como lesiva da ordem econômica. A incoerência com relação a precedentes administrativos afeta a qualificação jurídica dos fatos e, portanto, contamina a motivação das decisões administrativas[613].

O art. 7º do Decreto nº 9.830/2019 estabelece que o regime de transição preverá os órgãos e as entidades da administração pública e os terceiros destinatários, as medidas administrativas a serem adotadas para adequação à interpretação ou à nova orientação sobre norma de conteúdo indeterminado e o prazo e o modo para que o novo dever ou novo condicionamento de direito seja cumprido.

---

[612] Articulo 13.- El acto administrativo podrá tener efectos retroactivos -siempre que no se lesionaren derechos adquiridos- cuando se dictare en sustitución de otro revocado o cuando favoreciere al administrado.

[613] PEREZ, Marcos Augusto. **Testes de legalidade**: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p.263.

De forma teleológica, o regime de transição previsto no art. 23 da LINDB se assemelha à regra da anterioridade (comum e nonagesional[614]), aplicável à cobrança de tributos[615]" (art. 150, inciso III, alíneas "b" e "c" da Constituição Federal), que também atua como uma espécie de regime de transição ao contribuinte[616], prestigiando-se a não-surpresa[617] e a previsibilidade[618] como vetores da segurança jurídica.

Alterando entendimento anterior[619], o Supremo Tribunal Federal ostenta atualmente decisões no sentido da aplicabilidade da regra da anterioridade também nas hipóteses de revogação de benefício fiscal que acarrete aumento da carga

[614] "A anterioridade de exercício está consagrada no art. 150, III, b, da CF. Garante que o contribuinte só estará sujeito, no que diz respeito à instituição e majoração de tributos, às leis publicadas até 31 de dezembro do ano anterior. A anterioridade nonagesimal consta da alínea c ao art. 150, III, acrescida pela EC 42/03, bem como do § 6º do art. 195 da CF. Garante ao contribuinte o interstício de 90 dias entre a publicação da lei instituidora ou majoradora do tributo e sua incidência apta a gerar obrigações tributárias" (PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário completo**, 11ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. E-book).

[615] LOBO TORRES, Ricardo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário** – Valores e princípios constitucionais tributários, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.p. 570.

[616] "O princípio da anterioridade representa garantia constitucional estabelecida em favor do contribuinte perante o Poder Público, norma voltada a preservar a segurança e a possibilitar um mínimo de previsibilidade às relações jurídico-tributárias. Destina-se a assegurar o transcurso de lapso temporal razoável a fim de que o contribuinte possa elaborar novo planejamento e adequar-se à realidade tributária mais gravosa" (STF, ADI 4661 MC, rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 20/10/2011).

[617] "O princípio da não surpresa do contribuinte é de fundo axiológico. É valor nascido da aspiração dos povos de conhecerem com razoável antecedência o teor e o quantum dos tributos a que estariam sujeitos no futuro imediato, de modo a poderem planejar as suas atividades levando em conta os referenciais da lei" (COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**, 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. E-book).

[618] "O que estamos tentando significar é que o princípio da anterioridade é o corolário lógico do princípio da segurança jurídica. Visa a evitar surpresas para o contribuinte, com a instituição ou a majoração de tributos no curso do exercício financeiro. De fato, o princípio da anterioridade veicula a ideia de que deve ser suprimida a tributação de surpresa (que afronta a segurança jurídica dos contribuintes). Ele impede que, da noite para o dia, alguém seja colhido por nova exigência fiscal. É ele, ainda, que exige que o contribuinte se depare com regras tributárias claras, estáveis e seguras. E, mais do que isso: que tenha conhecimento antecipado dos tributos que lhe serão exigidos ao longo do exercício financeiro, justamente para que possa planejar, com tranquilidade, sua vida econômica" (CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**, 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 215).

[619] "A revisão ou revogação de benefício fiscal, por se tratar de questão vinculada à política econômica que pode ser revista pelo Estado a qualquer momento, não está adstrita à observância das regras de anterioridade tributária previstas na Constituição" (STF, RE 617389 AgR, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 08/05/2012).

tributária suportada pelo contribuinte[620]. Com a vigência do art. 23 da LINDB, há consolidação desse entendimento não só com base na exegese da regra da anterioridade, mas também com esteio na metanorma da Lei de Introdução às Normas de Direito brasileiro (art. 23).

No mesmo sentido a regra da anterioridade eleitoral[621] consubstanciada no art. 16 da Constituição Federal[622], que prevê a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência[623].

A regra de transição também encontra semelhança com a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade prevista no art. 27 da Lei nº 9868/1999, que permite ao Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus

---

620 "A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal concebe que não apenas a majoração direta de tributos atrai a eficácia da anterioridade nonagesimal, mas também a majoração indireta decorrente de revogação de benefícios fiscais" (STF, RE 1053254 AgR, Relator Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 26/10/2018) e "A anterioridade tributária visa a assegurar a previsibilidade da carga tributária, protegendo a segurança jurídica, a não surpresa e a confiança legítima. Por isso, também deve ser aplicada à revogação ou alteração de benefício fiscal, conforme já reconhecido por esta Corte" (STF, ARE 1382457 AgR, Relator(a): Alexandre de Moraes, Relator(a) p/ Acórdão: Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 16/08/2022).No mesmo sentido: RE 1263840 AgR, Relator Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 14/08/2020; RE 1263645 AgR, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 06/08/2020; RE 1214919 AgR-segundo, Relator Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 11/10/2019 e ARE 1251248 AgR, Relator(a): Gilmar Mendes, Relator(a) p/ Acórdão: Edson Fachin, Segunda Turma, julgado em 31/08/2020.

621 "O princípio da anterioridade eleitoral constitui uma garantia fundamental também destinada a assegurar o próprio exercício do direito de minoria parlamentar em situações nas quais, por razões de conveniência da maioria, o Poder Legislativo pretenda modificar, a qualquer tempo, as regras e critérios que regerão o processo eleitoral. A aplicação do princípio da anterioridade não depende de considerações sobre a moralidade da legislação" (STF, RE 633703, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 23/03/2011 – Tema nº 387 de repercussão geral).

622 Redação dada pela Emenda Constitucional nº 04/1993.

623 "Mudanças radicais na interpretação da Constituição devem ser acompanhadas da devida e cuidadosa reflexão sobre suas consequências, tendo em vista o postulado da segurança jurídica. Não só a Corte Constitucional, mas também o Tribunal que exerce o papel de órgão de cúpula da Justiça Eleitoral deve adotar tais cautelas por ocasião das chamadas viragens jurisprudenciais na interpretação dos preceitos constitucionais que dizem respeito aos direitos políticos e ao processo eleitoral. (...). No âmbito eleitoral, a segurança jurídica assume a sua face de princípio da confiança para proteger a estabilização das expectativas de todos aqueles que de alguma forma participam dos prélios eleitorais. A importância fundamental do princípio da segurança jurídica para o regular transcurso dos processos eleitorais está plasmada no princípio da anterioridade eleitoral positivado no art. 16 da Constituição. O Supremo Tribunal Federal fixou a interpretação desse artigo 16, entendendo-o como uma garantia constitucional (1) do devido processo legal eleitoral, (2) da igualdade de chances e (3) das minorias (RE 633.703). Em razão do caráter especialmente peculiar dos atos judiciais emanados do Tribunal Superior Eleitoral, os quais regem normativamente todo o processo eleitoral, é razoável concluir que a Constituição também alberga uma norma, ainda que implícita, que traduz o postulado da segurança jurídica como princípio da anterioridade ou anualidade em relação à alteração da jurisprudência do TSE. Assim, as decisões do Tribunal Superior Eleitoral que, no curso do pleito eleitoral (ou logo após o seu encerramento), impliquem mudança de jurisprudência (e dessa forma repercutam sobre a segurança jurídica), não têm aplicabilidade imediata ao caso concreto e somente terão eficácia sobre outros casos no pleito eleitoral posterior" (STF, RE 637485, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2012 – Tema nº 564 de repercussão geral).

membros, quando presentes razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado[624].

Tanto a modulação dos efeitos da inconstitucionalidade (art. 27 da Lei nº 9868/1999), quanto o regime de transição (art. 23 da LINDB), são dotados de uma certa discricionariedade em sua instrumentalização pelo decisor, permitindo com isso ajustes temporais e estruturais para consecução do decidido:

> Normalmente há espaço de discricionariedade na definição do conteúdo jurídico: qual a extensão exata das obrigações que se vai impor? A partir de quando as medidas serão exigíveis? As autoridades fazem a modulação, à vista das circunstâncias. Mas nunca são livres para ordenar qualquer coisa. Não podem seguir apenas pendores e desejos pessoais. Há discricionariedade, mas limitada por valores jurídicos públicos vigentes no país, em especial direitos ou competências dos sujeitos atingidos[625].

Essa discricionariedade também é moldada pelas consequências práticas da decisor que impõe o regime de transição ou modulação dos efeitos da decisão[626]. O

---

[624] "Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 7º da Lei Complementar nº 100/2007 do Estado de Minas Gerais. Norma que tornou titulares de cargos efetivos servidores que ingressaram na administração pública sem concurso público, englobando servidores admitidos antes e depois da Constituição de 1988. Ofensa ao art. 37, inciso II, da Constituição Federal, e ao art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Modulação dos efeitos. Procedência parcial (...) Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, nos termos do art. 27 da Lei nº 9.868/99, para, i) em relação aos cargos para os quais não haja concurso público em andamento ou com prazo de validade em curso, dar efeitos prospectivos à decisão, de modo a somente produzir efeitos a partir de doze meses, contados da data da publicação da ata de julgamento, tempo hábil para a realização de concurso público, a nomeação e a posse de novos servidores, evitando-se, assim, prejuízo à prestação de serviços públicos essenciais à população; ii) quanto aos cargos para os quais exista concurso em andamento ou dentro do prazo de validade, a decisão deve surtir efeitos imediatamente. Ficam, ainda, ressalvados dos efeitos da decisão (a) aqueles que já estejam aposentados e aqueles servidores que, até a data de publicação da ata deste julgamento, tenham preenchido os requisitos para a aposentadoria, exclusivamente para efeitos de aposentadoria, o que não implica efetivação nos cargos ou convalidação da lei inconstitucional para esses servidores, uma vez que a sua permanência no cargo deve, necessariamente, observar os prazos de modulação acima; (b) os que foram nomeados em virtude de aprovação em concurso público, imprescindivelmente, no cargo para o qual foram aprovados; e (c) a estabilidade adquirida pelos servidores que cumpriram os requisitos previstos no art. 19 do ADCT da Constituição Federal. 5. Ação direta julgada parcialmente procedente" (STF, ADI 4876, Relator(a): Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 26/03/2014)

[625] SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo**: o novo olhar da LINDB. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 48.

[626] "Em qualquer hipótese, o aplicador não poderá deixar de considerar as circunstâncias práticas e os efeitos que a decisão produzirá na realidade. A previsão da criação de um regime de transição pressupõe que não haverá solução geral e abstrata cabível a todos os casos. Será imprescindível que a nova decisão avalie efetivamente as suas consequências sobre situações jurídicas existentes" (JUSTEN NETO, Marçal. Os efeitos da reinterpretação de norma no Direito Público. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro** – Anotada, vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p.234-239. p. 238).

consequencialismo servirá de instrumento de moldagem da consecução prática do regime de transição e modulação.

Um exemplo pode clarificar melhor a discricionariedade na determinação do regime de transição ou modulação. A lei nº 13.457/2015 do Estado da Bahia atribuiu competência aos municípios baianos para licenciamento de empreendimentos e atividades que compreenda as faixas terrestres e marítimas da zona costeira, com algumas exceções. Essa lei estadual é objeto da ADI nº 7.007, relator Ministro Ricardo Lewandowski. Ao apreciar a medida cautelar o Ministro, sob o fundamento da necessidade de que o Estado da Bahia se organize e estruture para atendimento ao julgamento, bem como a mera suspensão da lei provocaria uma anomia regulatória e fiscalizatória, com prejuízo ao meio ambiente, manteve a vigência da lei impugnada pelo prazo de um ano[627].

No exemplo acima (ADI 7007), não há regra jurídica prevendo o prazo de um ano ou mesmo consta, dentro dos autos do processo, qualquer embasamento documental que demonstre que o prazo de um ano é adequado para a estruturação do Estado da Bahia. Na verdade, esse prazo de um ano foi definido pelo Ministro decisor dentro de seu juízo discricionário acerca do que entende como tempo necessário e proporcional para adequação decorrente da decisão proferida.

Também o Ministro Ricardo Lewandowski, agora quando do julgamento da medida cautelar da ADPF nº 1.043[628], que trata de pedido de suspensão da Decisão Normativa TCU 201/2022, que aprovou para o exercício de 2023, os coeficientes a serem utilizados no cálculo das quotas para a distribuição dos recursos referentes ao

---

[627] "Feitas tais ponderações, trago a seguinte ressalva no tocante ao risco de dano inverso, decorrente do possível estado de vácuo quanto à fiscalização do meio ambiente, que ocorrerá potencialmente, caso a eficácia das normas seja suspensa sem qualquer observação no ponto. Com a declaração de inconstitucionalidade das normas impugnadas, cessará a legitimidade e, portanto, a competência dos órgãos municipais quanto à concessão e fiscalização do licenciamento e demais atos administrativos, os quais dão concretude ao efetivo controle da política pública ambiental. Tal controle municipal ocorria dessa forma desde 2015, ou seja, há pelo menos seis anos, ao menos desde a entrada em vigor da Lei n. 13.457/2015. Nessa lógica, é prudente que se conceda ao Estado da Bahia prazo razoável para que possa se adequar aos efeitos do julgamento, por meio da reestruturação de seus órgãos ambientais, de modo que, doravante, passe a exercer de forma eficiente e adequada a análise, concessão e fiscalização de licenciamentos ambientais em toda a região. Somente com prazo razoável ele poderá dispor de estrutura e pessoal suficientes para executar a contento a fiscalização adequada do meio ambiente. (...) Isto é, o risco de provável e grave dano ao meio ambiente, com redução ou até ausência de fiscalização municipal ou estadual, supera o risco de dano consistente em manter, ao menos em caráter precário, a competência dos órgãos municipais para realização dos atos administrativos pelo período de um ano, prazo suficiente para que o Estado da Bahia possa adequar-se a este julgado" (STF, ADI 7007 MC-Ref, Relator(a): Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 04/11/2021)

[628] STF, ADPF 1043 MC-Ref, Relator(a): Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 22/02/2023.

Fundo de Participação dos Municípios (FPM), suspendeu os efeitos da Decisão Normativa - TCU 201/2022, mantendo como patamar mínimo os coeficientes de distribuição do FPM utilizados no exercício de 2018 durante o exercício de 2023, compensando-se, nas transferências subsequentes, os valores já transferidos a menor. Dentre os fundamentos da decisão, o Ministro destacou que mudanças abruptas de coeficientes de distribuição do FPM - notadamente antes da conclusão do censo demográfico em curso (IBGE) - têm o condão de interferir no planejamento e nas contas municipais acarretam uma indesejável descontinuidade das políticas públicas mais básicas, sobretudo de saúde e educação dos referidos entes federados. Com isso, entendeu pela importância de um regime de transição, que impede mudanças normativas ou procedimentais abruptas.

Cumpre destacar que o art. 23 da LINDB não veda a mudança de interpretação nas decisões públicas, vez que essa mudança é inerente à própria atividade cognitiva de interpretação/aplicação jurídica[629]. Reforçando o já exposto, o art. 23 da LINDB objetiva que essa mudança não provoque surpresa aos administrados, resultando na instabilidade da relação jurídica. O regime de transição tem por finalidade justamente instituir a instrumentalização da mudança, como um verdadeiro protocolo de estabilização.

2.7 Incidência temporal de orientação geral, ato jurídico perfeito e consequencialismo planejado

O art. 24 da LINDB estabelece que a revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto a validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações

[629] "Claro que isso não importa dizer que as autoridades decisórias restarão aprisionadas às suas interpretações. Até mesmo porque a cambialidade é da essência da interpretação jurídica. Na verdade, tal dispositivo só visa a conferir previsibilidade para as suas mudanças interpretativas" (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo e VÉRAS DE FREITAS, Rafael. **Comentários à Lei nº 13.655/2018 [Lei da Segurança para a Inovação Pública]**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019. p.77).

gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas[630].

Com isso, "há uma ideia por trás da previsão do art. 24 da LINDB: a da irretroatividade da norma[631]", estendendo-se o regime da irretroatividade da lei à orientação geral do órgão decisor[632], impedindo mudanças abruptas ou radicais de interpretação ou orientação[633]. Há dever de coerência entre o passado, o presente e o futuro[634].

O parágrafo único do art. 24 define "orientações gerais", apontando que se deve considerar 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. Ressalte-se que as orientações gerais deverão estar de acordo com a lei e a Constituição Federal[635].

> Desse modo, caso se cuide de orientação que, ao momento no qual sufragada pela Administração, esteja em aberta colisão com a lei, ou a Constituição, bem como com precedentes vinculantes do Supremo Tribunal

---

630 Criticando o art. 24: "Ao pretender banir a declaração de invalidade quando ela é necessária, o art. 24 estimula a corrupção, encorajando comportamentos contrários à lei e à própria Constituição de 1988. Isso não é mera retórica, pois, se o caminho fácil e ilegal não gera sanção, como é exemplo a declaração de nulidade, porque é que alguém irá cumprir a lei, ciente de que será preterido por aqueles que a descumprem?" (BERTONCINI, Mateus. **LINDB – Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro**: Constituição e as alterações implementadas pela Lei 13.655/2018. Curitiba: Juruá, 2022. p. 132).

631 CÂMARA, Jacintho Arruda. Art. 24 da LINDB - Irretroatividade de nova orientação geral para anular deliberações administrativas. **Revista de Direito Administrativo**, p. 113–134, 2018. p. 116.

632 "O art. 24 reconhece que interpretações são normas – que podem, então, ser revogadas, desde que sem efeito retroativo" (SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo**: o novo olhar da LINDB. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p.52).

633 MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo em evolução**, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 246/247.

634 FRANÇA, Phillip Gil. O artigo 24 da LINDB, controle e coerência estatal. In: RAMOS, Rafael (coord.). **Comentários à Nova LINDB**: Lei nº 13.655/2018. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 105-118. p.111.

635 "Inexiste confiança legítima a ser tutelada em relação à conduta que, sem a menor dúvida, está em desacordo com qualquer interpretação que se queira dar à norma legal que a rege. Não há como se desconsiderar, para ser ao menos possível discutir confiança legítima, o imperativo de que haja razoável e plausível entendimento de que a conduta está amparada não só na prática administrativa, mas na lei. Não se afigura sequer remotamente plausível ou razoável defender que a prática de ato sabidamente ilícito é seguramente tutelada pela lei tão somente porque a autoridade administrativa com poder de fiscalização não exerce, de regra, a pretensão sancionatória correlata. De fato, quando muito, é possível, diferentemente, a supressão da sanção aplicável à conduta praticada em desacordo com a lei, e nesta medida indiscutivelmente infracional, a partir da ponderação de princípios de proporcionalidade e razoabilidade, a partir de caracterização de boa-fé do particular" (TRF 3ª Região - ApCiv ED 0005393-45.2013.4.03.6105, Rel. Desembargador Federal Carlos Muta, j. 02/12/2020).

> Federal e do Superior Tribunal de Justiça, o princípio da segurança jurídica não pode, em princípio, conferir-lhe amparo[636].

Buscou o art. 24 da LINDB a equivalência da terminologia "situação plenamente constituídas" com a do ato jurídico perfeito (art. 5º, inciso XXXVI e art. 6º do Decreto-Lei nº 4.657/1942), de modo a garantir a intangibilidade da invalidação de situações plenamente constituídas por mudança posterior de orientação geral à época do ato[637].

Por opção legislativa, não se utilizou o conceito de ato jurídico perfeito previsto na própria LINDB (§ 1º do art. 6º), onde se reputa ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou. Preferiu-se a utilização de situação (e não ato) plenamente constituída (que já emanou efeitos jurídicos conforme orientações gerais à época[638]).

O *caput* do art. 5º do Decreto nº 9.830/2019 acrescenta nova situação não prevista no *caput* do art. 24 da LINDB. Enquanto na lei há previsão de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa "cuja produção já se houver completado", no Decreto houve acréscimo da expressão "cuja produção de efeitos esteja em curso". Com isso, há ampliação para abarcar ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa que esteja produzindo efeitos (em curso) e não somente àqueles cuja produção já se houver completado (exaurido).

O § 2º do art. 5º do Decreto nº 9.830/2019 prevê que há possibilidade de suspensão de efeitos futuros de relação em curso. Cabe lembrar que somente a partir

---

636 NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **As normas de Direito Público na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro**: paradigmas para interpretação e aplicação do Direito Administrativo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019. p.127.

637 "Os contratos submetem-se, quanto ao seu estatuto de regência, ao ordenamento normativo vigente à época de sua celebração. Mesmo os efeitos futuros oriundos de contratos anteriormente celebrados não se expõem ao domínio normativo de leis supervenientes. As consequências jurídicas que emergem de um ajuste negocial válido são regidas pela legislação em vigor no momento de sua pactuação. Os contratos - que se qualificam como atos jurídicos perfeitos (RT 547/215) - acham-se protegidos, em sua integralidade, inclusive quanto aos efeitos futuros, pela norma de salvaguarda constante do art. 5º, XXXVI, da Constituição da República. A incidência imediata da lei nova sobre os efeitos futuros de um contrato preexistente, precisamente por afetar a própria causa geradora do ajuste negocial, reveste-se de caráter retroativo (retroatividade injusta de grau mínimo), achando-se desautorizada pela cláusula constitucional que tutela a intangibilidade das situações jurídicas definitivamente consolidadas" (STF, RE 205193, Relator(a): Celso de Mello, Primeira Turma, julgado em 25/02/1997).

638 Criticando a opção legislativa do art. 24: "Quanto à parte final do caput do artigo 24, cabe uma crítica ao texto da Lei. De rigor, não se declaram 'inválidas' 'situações plenamente constituídas'; não é a 'situação jurídica' que será válida ou inválida, mas sim o ato jurídico (que, em essência, é norma jurídica) do qual decorre uma situação jurídica. Deve-se, pois, entender que o texto normativo empregou uma metonímia tomando a consequência pela causa" (MENEZES DE ALMEIRA, Fernando. Comentários Gerais ao art. 24. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro** – Anotada, vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p.265-271. p.269).

da anulação do ato antecedente é que ocorre a anulação dos atos consequentes ou derivados. Enquanto não anulado o ato antecedente, há validade precária ou invalidade suspensa ou pendente dos atos derivados[639].

Em semelhança, o art. 18 da Lei de Processo Administrativo Federal da Argentina[640] (*Ley* 19.549/1972) estabelece que o ato administrativo regular, do qual tenham surgido direitos subjetivos em favor dos administrados, não poderá ser revogado, modificado ou substituído na sede administrativa uma vez notificado, salvo se o interessado tiver conhecimento do vício e a revogação, modificação ou substituição do ato o favorecer sem causar danos a terceiros e se o direito tiver sido concedido expressa e validamente a título precário. A revogação, modificação ou substituição por motivos de oportunidade, mérito ou conveniência, implica na indenização pelos danos causados aos administrados.

Quanto às demais redações contidas no *caput* e nos parágrafos do art. 5º do Decreto nº 9.830/2019, são repetições das redações presentes no *caput* e parágrafo único do art. 24 da LINDB.

Não há vedação da mudança da orientação geral estabelecida[641]. Contudo, há um consequencialismo planejado no sentido da proteção de situações já consolidadas faticamente – com produção exaurida de efeitos – face as mudanças de orientações gerais. Se o ato foi consolidado sob a égide da anterior intepretação (orientação geral), ele é intangível frente à nova orientação geral, que não poderá retroagir[642]. Há um diálogo normativo, inclusive, com o art. 23 da própria LINDB, no sentido da previsão de um regime de transição.

---

[639] AROSO DE ALMEIDA, Mário. **Teoria Geral do Direito Administrativo**, 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2022. p.470.

[640] *Articulo 18.- El acto administrativo regular, del que hubieren nacido derechos subjetivos a favor de los administrados, no puede ser revocado, modificado o sustituido en sede administrativa una vez notificado. Sin embargo, podrá ser revocado, modificado o sustituido de oficio en sede administrativa si el interesado hubiere conocido el vicio, si la revocación, modificación o sustitución del acto lo favorece sin causar perjuicio a terceros y si el derecho se hubiere otorgado expresa y válidamente a título precario. También podrá ser revocado, modificado o sustituido por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, indemnizando los perjuicios que causare a los administrados.*

[641] CÂMARA, Jacintho Arruda. Art. 24 da LINDB - Irretroatividade de nova orientação geral para anular deliberações administrativas. **Revista de Direito Administrativo**, p. 113–134, 2018. p. 131.

[642] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo e VÉRAS DE FREITAS, Rafael. **Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019. p.94/95.

Por fim, tem-se que o art. 24 também está inserido no espectro pragmático imposto pelas alterações presentes na Lei nº 13.655/2018[643], vez que considera o contexto real circundante relativo a situações plenamente estabelecidas e as mudanças de orientações gerais na esfera judicial, administrativa e controladora.

2.8 Danos do processo, externalidades e consequencialismo processual

O art. 27 da LINDB estabelece que 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[644].

A decisão sobre a compensação deverá ser motivada, promovendo o prévio contraditório e consensualidade pela oitiva das partes quanto ao seu cabimento, sua forma e, se for o caso, seu valor (§ 1º), instrumentalizando a compensação por meio de compromisso processual entre os envolvidos (§ 2º), conforme regras previstas no art. 26 da LINDB (art. 9º, § 3º do Decreto nº 9.830/2019).

A decisão motivada pela compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos é de competência da autoridade pública (art. 9º, § 1º do Decreto nº 9.830/2019), e tem por finalidade evitar procedimentos contenciosos de ressarcimento de danos (art. 9º, *caput* do Decreto nº 9.830/2019).

---

643 "A premissa fundamental do art. 24 da LINDB é que o Direito aplicado nas relações concretas vai além do texto legal. A aplicação da lei considera o seu contexto. A ideia de 'orientações gerais' implica uma consideração pragmática e afastada de valores meramente abstratos (art. 20 da LINDB), vinculada à segurança jurídica (art. 30 da LINDB)" (PEREIRA, César Guimarães. O Conceito de Orientações Gerais e o Requisito da Ampla Publicidade. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro** – Anotada, vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p.276-282. p.269).

644 "Trata-se de medida importante para a redistribuição de custos e externalidades inevitáveis, ainda que indesejáveis, associados à instauração e à tramitação de processos estatais envolvendo normas de direito público sob a tutela primária das administrações públicas. O preceito prevê que os riscos dos processos têm que onerar quem os usa, combatendo uma visão que sacraliza o direito ao processo e, com isso, ignora o seu custo e seu peso" (SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo**: o novo olhar da LINDB. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p.54).

Trata-se de regra geral que possibilita no mesmo processo[645] (judicial, controlador ou administrativo), a compensação[646] de custos e externalidades processuais[647] decorrentes de abuso de direito na esfera processual[648].

O pedido de compensação não necessita ser formulado no início do processo, visto que o abuso processual emana durante ou até mesmo no término do processo[649], em que pese a possibilidade de celebração de termo de compromisso processual preventivo (art. 27, § 2º).

A imposição da compensação deve ser precedida de prévio contraditório e consensualidade pela oitiva das partes quanto ao seu cabimento, sua forma e, se for o caso, seu valor[650].

Constitui título executivo judicial quando oriundo de decisão judicial, sendo título executivo extrajudicial quando oriundo dos Tribunais de Contas[651] (art. 71, § 3º da Constituição Federal). Quando decorrente de decisão administrativa, por ausência de tipicidade legal, a decisão não caracteriza título executivo. Assim, apesar de poder ser reconhecido no próprio processo administrativo a caracterização de dano

---

645 "Importa notar que o compromisso processual do art. 27, § 2º, mesmo na sua versão preventiva, difere do compromisso presente no art. 26: no primeiro caso, temos necessariamente um processo em curso e seu objeto é a compensação; no segundo, o instrumento busca a pacificação e segurança jurídica, podendo, eventualmente, se dar em outros *loci* que não em processo anteriormente constituído" (ALVIM, Tiago Cripa. Art. 27: o lugar da isonomia entre compensações e compromissos processuais. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro** – Anotada, vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 389-400. p. 393).

646 "Assim, é que o dispositivo comentado, corretamente, se valeu do termo 'compensação', e não 'indenização'. É que a 'indenização', tradicionalmente, tem por fundamento primeiro a recomposição do status quo ante patrimonial do ofendido, provocado pela prática de um ao ilícito (art. 186 do CC), ao passo que a 'compensação', diversamente, visa a redistribuir, de forma equânime, os custos que serão suportados pelas partes, em decorrência de uma relação jurídica" (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo e VÉRAS DE FREITAS, Rafael. **Comentários à Lei nº 13.655/2018 [Lei da Segurança para a Inovação Pública]**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019. p.116).

647 SUNDFELD, Carlos Ari e VORONOFF, Alice. Art. 27 da LINDB - Quem paga pelos riscos dos processos? **Revista de Direito Administrativo**, p. 171–201, 2018. p.176.

648 HEINEN, Juliano. Não existe processo grátis: âmbito de proteção do art. 27 da LINDB. In: RAMOS, Rafael (coord.). **Comentários à Nova LINDB**: Lei nº 13.655/2018. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p.146.

649 "Não perder de vista que, em resultando o direito à compensação do fato da instauração do processo ou procedimento, bem como de acontecimentos verificados no curso destes, mostra-se inviável que o interessado desde o seu início formule requerimento à autoridade nesse sentido, podendo fazê-lo até o final. Tratando-se da imposição de prestação pecuniária, entendo que, mesmo nos procedimentos administrativos e de controle, a oficialidade não permite que a autoridade o faça sem pleito de postulação do interessado, quando este for o particular" (NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **As normas de Direito Público na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro**: paradigmas para interpretação e aplicação do Direito Administrativo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019. p. 178/179).

650 ALVIM, Tiago Cripa. Art. 27: o lugar da isonomia entre compensações e compromissos processuais. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro** – Anotada, vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p.389-400. p. 392.

651 STF, ACO 3182 AgR, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 24/08/2020

processual, cuja responsabilidade pecuniária de ressarcimento seja da Administração Pública, a sua execução através do Poder Judiciário na hipótese de descumprimento pelo próprio órgão administrativo não constitui título executivo judicial ou extrajudicial.

Por constituir cláusula geral, tem sua aplicação de forma subsidiária, convivendo com as demais regras de responsabilização por atos processuais.

O art. 302 do CPC prevê a responsabilidade objetiva da parte[652], independentemente da reparação por dano processual, quanto a prejuízos à parte contrária decorrentes da efetivação da tutela de urgência nas hipóteses de sentença desfavorável, inércia da efetivação da tutela antecipada pela parte, cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal ou reconhecimento da decadência ou prescrição da pretensão da parte. A liquidação do dano, sempre que possível, ocorrerá nos mesmos autos da concessão da tutela de urgência (parágrafo único do art. 302 do CPC).

Os arts. 79 a 81 do CPC tratam especificamente da responsabilidade por dano processual decorrente de má-fé, do mesmo modo que os arts. 793-A a 793-D da CLT (Decreto-Lei nº 5.452/1943). O art. 13 da Lei nº 4.717/1965 (Lei da Ação Popular), prevê o pagamento pelo autor de ação popular manifestamente temerária do décuplo das custas.

O art. 334, § 8º do CPC estabelece que o não comparecimento injustificado da parte à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica

[652] "Os ônus pelos danos decorrentes da medida cautelar relacionam-se com circunstâncias posteriores à decisão liminar, sobretudo, no que tange à confirmação ou não do direito de pronto salvaguardado, que nunca se viabiliza, por óbvio, se não o perseguir a parte requerente da tutela de urgência, razão pela qual a norma processual lhe impõe um dever a esse respeito. É entendimento desta Corte Superior que, por força da responsabilidade processual objetiva disciplinada nos artigos 811 c/c 808 do Código de Processo Civil de 1973, baseada na assunção do risco pela parte requerente, os danos causados com a execução de cautelar devem ser indenizados uma vez cessada a eficácia da medida pela extinção do processo principal, com ou sem julgamento do mérito" (STJ, REsp n. 1.641.020/RJ, relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 15/9/2020, DJe de 23/10/2020). Cabe apontar que o art. 302 do CPC/2015 reproduziu a redação do art. 811 do CPC/1973.

pretendida ou do valor da causa, mesmo em caso de gratuidade da Justiça (art. 98, § 4º do CPC). Mesma disposição consta do art. 844, § 2º da CLT[653].

O art. 187 do Código Civil traz no âmbito do direito material disposição sobre abuso de direito[654], conceituando-o como o exercício ilícito por um titular de direito de forma manifestamente excedente aos limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes[655].

Como visto, o art. 27 não traz muitas novidades ao sistema de responsabilização processual por abuso de direito, possuindo mais natureza simbólica e residual no sentido de sua inserção em regramento normativo destinado a metanormas ou supranormas[656] (normas destinadas a intepretação de outros textos legislativos), visando conformar comportamentos das partes durante o trâmite do processo, como forma inibir condutas ilícitas através de medidas processuais que originem benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos:

> A constatação geral é que ele não tem propriamente caráter revolucionário, pois suas soluções se vinculam a valores e regras cuja redação já é forte no direito público. Mas seu impacto pode ser relevante. Sendo norma geral para o direito público processual de todas as esferas (judicial, administrativa e controladora), e estando inserido em lei de alto simbolismo, o art. 27 pode colocar fim à inércia que vem permitindo um uso cada vez mais distorcido dos processos. Ao dar destaque e maior clareza ao regime jurídico da

653 "A previsão constante do art. 844, § 2º, da CLT, estabelece sanção para o jurisdicionado pela ausência injustificada à audiência de julgamento, comportamento que frustra o exercício da jurisdição e acarreta prejuízos materiais, tanto para o órgão judiciário quanto para a parte reclamada. Trata-se, portanto, de punir comportamento que não se coaduna com deveres mínimos de boa-fé, cooperação e lealdade processual. Ou seja, a hipótese trata do jurisdicionado que, reconhecida a hipossuficiência e conferida a gratuidade, pleiteou o acesso à Justiça, e, no primeiro momento em que deve comparecer perante em juízo, simplesmente ignora essa obrigação e inviabiliza a continuidade da ação (...) Assim, não há excesso legislativo ou desproporcionalidade na possibilidade de que o jurisdicionado da Justiça Trabalhista, de quem não se exigiu antecipação de despesas para o ingresso em juízo, seja posteriormente responsabilizado por despesas a que deu causa, nas hipóteses em que possuir condições financeiras para tanto, pois, nesse específico cenário, seria indevidamente favorecido por política pública financiada pela sociedade em prol daqueles mais necessitados" (Voto do Min. Alexandre de Moraes na ADI 5.766, Relator(a): Roberto Barroso, Relator(a) p/ Acórdão: Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 20/10/2021).

654 Enunciado nº 414 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: A cláusula geral do art. 187 do Código Civil tem fundamento constitucional nos princípios da solidariedade, devido processo legal e proteção da confiança, e aplica-se a todos os ramos do direito.

655 Enunciado 539 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: O abuso de direito é uma categoria jurídica autônoma em relação à responsabilidade civil. Por isso, o exercício abusivo de posições jurídicas desafia controle independentemente de dano

656 "O art. 27 da LINDB é metanorma, ou seja, uma regra que deve ser compatibilizada nas várias instâncias que processualizam o direito material de natureza pública. Especificamente, podemos falar desde os processos jurisdicionais civil, trabalhista ou tributário, até os processos administrativos que correm nas Cortes de Contas ou nas Agências Reguladoras" (HEINEN, Juliano. Não existe processo grátis: âmbito de proteção do art. 27 da LINDB. In: RAMOS, Rafael (coord.). **Comentários à Nova LINDB**: Lei nº 13.655/2018. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 157).

> responsabilidade processual, combate sua parcial ineficácia, além de suprir lacunas pontuais nas regras e facilitar procedimentos que podem prevenir ou garantir a responsabilização efetiva, o que não é pouco[657].

A responsabilidade processual do art. 27 não se confunde com a responsabilidade por erro judicial do art. 5º, inciso LXXV da Constituição Federal, que é regida por normas próprias específicas[658]. Inexiste, entre as duas normas, qualquer incompatibilidade[659].

A potencialização aplicativa do art. 27 depende de sua leitura conjunta com o art. 20 da própria LINDB. Dessa forma, pretendeu o legislador que a adoção de medidas processuais por decisão fundamentada em valores jurídicos abstratos observe as consequências práticas da decisão, diminuindo o campo para ocorrência de possíveis abusos processuais.

O art. 27 contempla a compensação por conduta e atos da outra e por atos do próprio decisor[660]. A conduta pode ser comissiva ou omissiva[661], como, por exemplo, quando advierem prejuízos anormais da demora no julgamento de um processo em desconformidade com o direito fundamental da razoável duração do processo (art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal). O tempo desperdiçado também é bem jurídico tutelado pelo art. 27 da LINDB no âmbito processual, tal como ocorre em outros

---

[657] SUNDFELD, Carlos Ari e VORONOFF, Alice. Art. 27 da LINDB - Quem paga pelos riscos dos processos? **Revista de Direito Administrativo**, p. 171–201, 2018. p.173.

[658] "Desse modo, a expressão erro judiciário não pode ser ampliada para abarcar diversidade de valoração de provas e fatos, e interpretação das leis, dizendo respeito somente a erro substancial e inescusável, que pode ser atribuível ao juiz por culpa grave ou dolo (...)" (TJSP; Apelação Cível 1002630-43.2021.8.26.0368; Relator (a): Maurício Fiorito; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento: 08/05/2023).

[659] "A regra constitucional não veio para aditar pressupostos subjetivos à regra geral da responsabilidade fundada no risco administrativo, conforme o art. 37, § 6º, da Lei Fundamental: a partir do entendimento consolidado de que a regra geral é a irresponsabilidade civil do Estado por atos de jurisdição, estabelece que, naqueles casos, a indenização é uma garantia individual e, manifestamente, não a submete à exigência de dolo ou culpa do magistrado. O art. 5º, LXXV, da Constituição: é uma garantia, um mínimo, que nem impede a lei, nem impede eventuais construções doutrinárias que venham a reconhecer a responsabilidade do Estado em hipóteses que não a de erro judiciário stricto sensu, mas de evidente falta objetiva do serviço público da Justiça" (STF, RE 505393, Relator Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 26/06/2007).

[660] "Ao que parece, o legislador pretendeu que a compensação por prejuízo ou benefício indevidos fosse deferida desde que causada por (a) conduta endoprocessual (derivada do processo) ou por conduta extraprocessual (derivada de uma 'conduta dos envolvidos')" (HEINEN, Juliano. Não existe processo grátis: âmbito de proteção do art. 27 da LINDB. In: RAMOS, Rafael (coord.). **Comentários à Nova LINDB**: Lei nº 13.655/2018 .Belo Horizonte: Fórum, 2023. p.151).

[661] "Isto quer dizer que abrange não apenas a conduta de outra parte da relação processual, como também da autoridade ou órgão responsável pela decisão, seja a conduta comissiva ou omissiva" (GIAMUNDO NETO, Giuseppe. Comentários gerais ao art. 27. In: MAFFINI, Rafael e RAMOS, Rafael [Org.]. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro** – Anotada, vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p.365-374. p. 367).

campos protetivos, como é o caso da teoria do desvio produtivo na relação de consumo[662].

Amplo é o campo de medidas processuais que têm potencial para caracterizar abuso de direito com base em valores abstratos[663] (incluindo princípios jurídicos), como é possível exemplificar a tomada de decisão pautada exclusivamente no princípio da preocupação ou prevenção para suspensão de atividades sem aprofundamento de suas consequências, a lacração administrativa cautelar de estabelecimento comercial sem comprovação de dano, a ponderação como regra absoluta e intangível de decisão do *in dubio pro societate*, inversão indevida do ônus probatório, o uso discricionário do conceito de interesse público em detrimento de direitos fundamentais, o bloqueio cautelar de bens e valores sem a presença do perigo da demora ou quando existentes garantias suficientes, dentre outras medidas.

Enquadrável também, aqui, a não observância do chamado dano inverso na concessão de medidas liminares, consistente no juízo de proporcionalidade sobre a possibilidade de a concessão da cautelar causar maior dano do que a manutenção do *status quo*.

Questões interessantes surgirão especialmente quanto à configuração do abuso processual através do exercício de meios executórios para satisfação do crédito devido.

---

[662] Desvio produtivo consiste no bem extrapatrimonial indenizável do consumidor relativo ao tempo desproporcional gasto para resolução de um problema que não deu causa na relação consumerista, especialmente decorrente da inércia do fornecedor ou prestador na resolução. Para maior aprofundamento ver: DESSAUNE, Marcos. **Desvio produtivo do consumidor**: o prejuízo do tempo desperdiçado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 e DESSAUNE, Marcos. Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: um panorama. Revista de Direito do Consumidor. vol. 119. ano 27. p. 89-103. São Paulo: Revista dos Tribunais set.-out. 2018. No mesmo sentido: “A proteção contra a perda do tempo útil do consumidor deve, portanto, ser realizada sob a vertente coletiva, a qual, por possuir finalidades precípuas de sanção, inibição e reparação indireta, permite seja aplicada a teoria do desvio produtivo do consumidor, que conduz à responsabilidade civil pela perda do tempo útil ou vital” (STJ, REsp n. 1.929.288/TO, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 22/2/2022, DJe de 24/2/2022.). Prevê a Súmula nº 30 das Turmas Recursais dos Juizados Especiais do Tribunal de Justiça da Bahia: "A usurpação do tempo do consumidor na tentativa de solucionar, extrajudicialmente, problema a que não deu causa, pode caracterizar, a depender das circunstâncias do caso concreto, o denominado 'desvio produtivo', do que decorre o dever de indenizar pelo dano causado".

[663] “É fundamental que sejam compensados dentro do próprio processo, por decisão da autoridade responsável, os efeitos indiretos negativos gerados pela existência, demora ou custos desse processo. Isso deve valer para processos administrativos, controladores e judiciais. Isso desestimula o uso abusivo dos processos e também as condutas processuais abusivas. Ademais, confere à autoridade condições para corrigir benefícios ou prejuízos sem causa, reestabelecendo o equilíbrio da relação que tenha sido afetada pelo fato do processo” (SUNDFELD, Carlos Ari e MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Uma nova Lei para aumentar a qualidade jurídica das decisões públicas e de seu controle. In: SUNDFELD, Carlos Ari [org.]. **Contratações Públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 277-285. p. 280).

Para exemplificar, imagine-se uma execução fiscal onde foi decretada a indisponibilidade de bens do executado (art. 185-A do CTN). Realizado o bloqueio judicial de determinados bens, por inércia do exequente, arquiva-se o processo e sobrevém a prescrição intercorrente (art. 40, § 4º da Lei nº 6.830/1980). Caso configurado abuso processual que resulte benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos, a compensação poderá ser determinada no próprio processo de execução fiscal.

Do mesmo modo se apresentam situações em que o abuso processual na execução de créditos terá campo fértil de configuração, como na adoção de medidas executórias atípicas desproporcionais e ineficazes[664], na utilização de sanções políticas em medidas processuais com o intuito meramente arrecadatório[665] e na quebra de sigilo bancário, fiscal e de comunicações com o fim de apurar a existência

[664] "A adoção de meios executivos atípicos é cabível desde que, verificando-se a existência de indícios de que o devedor possua patrimônio expropriável, tais medidas sejam adotadas de modo subsidiário, por meio de decisão que contenha fundamentação adequada às especificidades da hipótese concreta, com observância do contraditório substancial e do postulado da proporcionalidade" (STJ, REsp 1.782.418/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe de 26/04/2019). No mesmo sentido: HC n. 742.879/RJ, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 13/9/2022, AgInt no AREsp n. 1.998.605/RJ, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 13/6/2022 e REsp 1.864.190/SP, Terceira Turma, DJe 19/6/2020). A interpretação do art. 139, inciso IV do CPC, que autoriza ao juiz determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária, no sentido da possibilidade, ou não do magistrado, observando-se a devida fundamentação, o contraditório e a proporcionalidade da medida, adotar de modo subsidiário meios executivos atípicos é objeto de afetação para julgamento no rito de recursos repetitivos pelo STJ (Tema nº 1.137 - ProAfR no REsp n. 1.955.539/SP, relator Ministro Marco Buzzi, Segunda Seção, julgado em 29/3/2022).

[665] "O Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente entendido que é inconstitucional restrição imposta pelo Estado ao livre exercício de atividade econômica ou profissional, quanto aquelas forem utilizadas como meio de cobrança indireta de tributos" (STF, ARE 914045 RG, Relator(a): Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 15/10/2015. Tema nº 856)

de patrimônio do devedor através de órgãos de controle de cometimento de ilícitos criminais[666].

O art. 27, nos moldes do art. 302 do CPC, contempla hipótese de responsabilidade objetiva "por ato processual que, conquanto lícito e praticado em nome do interesse geral, atinja de modo negativo a esfera de direitos de particular e lhe cause danos[667]", desde que configurado abuso de direito processual[668] e que exista nexo de causalidade entre a conduta e o resultado[669], independentemente de se perquirir sobre a presença de dolo ou culpa[670].

O amplo aspecto interpretativo de "benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos", que caracterizam valores jurídicos abstratos (art. 20 da LINDB), devem

[666] "Expedição de ofício ao COAF. O Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), criado pela Lei nº 9.613/98 e reestruturado pela Lei nº 13.974/20, é órgão administrativo vinculado ao Ministério da Fazenda e com autonomia técnica e operacional. A sua principal atribuição é produzir e gerir inteligência financeira para a prevenção e o combate à lavagem de dinheiro, ao financiamento do terrorismo e ao financiamento da proliferação de armas de destruição em massa. Consulta ao SIMBA. O Sistema de Investigação de Movimentações Bancárias (SIMBA), elaborado pela Secretaria de Perícia, Pesquisa e Análise da Procuradoria da República (SPPEA/PGR), consubstancia-se em ferramenta digital (software) desenvolvida a fim de permitir o tráfego de dados decorrentes do afastamento judicial do sigilo financeiro entre instituições financeiras e diversos órgãos investigadores. Impossibilidade de determinar, mesmo após as devidas tentativas de identificação e constrição de ativos financeiros restarem infrutíferas, consulta ao SIMBA ou expedição de ofício ao COAF, com o fim de apurar a existência de patrimônio do devedor, perseguido em cumprimento de sentença, de natureza cível. Medida que representa verdadeiro desvirtuamento das atribuições e finalidades do Conselho e do Sistema, os quais têm atribuições importantíssimas e imprescindíveis no combate à criminalidade no cenário nacional, configurando-se, pois, deturpação a sua utilização para finalidades eminentemente particulares de obtenção e ressarcimento de crédito" (STJ, REsp n. 2.043.328/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 18/4/2023, DJe de 20/4/2023).

[667] SUNDFELD, Carlos Ari e VORONOFF, Alice. Art. 27 da LINDB - Quem paga pelos riscos dos processos? **Revista de Direito Administrativo**, p. 171–201, 2018. p.188.

[668] Enunciado nº 37 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico.

[669] O art. 188, inciso I do Código Civil estabelece que não constituem atos ilícitos os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido.

[670] "Nada obstante, é de se ressaltar que, para a configuração do abuso de direito do qual trata o art. 27, é despicienda a perquirição dos elementos volitivos (dolo ou culpa), seja do administrado, seja da entidade pública (sob a sistemática do abuso de poder)" (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo e VÉRAS DE FREITAS, Rafael. **Comentários à Lei nº 13.655/2018 [Lei da Segurança para a Inovação Pública]**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019. p.121).

ser preenchidos observadas as consequências práticas da decisão[671], abarcando prejuízo diretos, indiretos e externalidades decorrentes das medidas processuais[672], como lucros cessantes e danos emergentes (arts. 402 e 403 do Código Civil) e benefícios indevidos (externalidades positivas).

[671] O Superior Tribunal de Justiça ostenta entendimento de que à luz da legislação, inclusive da Lei Complementar 140/2011, a competência para licenciar não se confunde com a competência para fiscalizar, autorizando que órgãos ambientais de todas as esferas federativas exerçam o poder de polícia (dever-poder) de fiscalizar qualquer atividade que ponha em risco o meio ambiente, apesar de a competência para o licenciamento ser de outro órgão público (Precedentes: REsp n. 1.646.016/RN, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 23/5/2023; AgInt no REsp 1.484.933/CE, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 29.3.2017; e AgInt no REsp 1.532.643/SC, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 23.10.2017; REsp 1.802.031/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 11.9.2020). Dessa forma, exemplificativamente, é possível formular pedido de compensação por prejuízo injusto, dentro do mesmo processo administrativo de licenciamento ambiental e urbanístico deferido por órgão municipal, por parte daquele que, posteriormente, foi autuado por órgão estadual ou federal ambiental, mesmo dentro das diretrizes fixadas anteriormente pelo Município em sede de licenciamento.

[672] SUNDFELD, Carlos Ari e VORONOFF, Alice. Art. 27 da LINDB - Quem paga pelos riscos dos processos? **Revista de Direito Administrativo**, p. 171–201, 2018. p.174.

O art. 27 também guarda estreita relação com o chamado abuso de litigância ou do direito de litigar (litigância predatória[673]) e próximo a *sham litigation*[674] do direito concorrencial[675].

A litigância predatória é caracterizada pelo abuso do direito de petição (art. 5º, inciso XXXIV, alínea "a" da Constituição Federal) e da utilização da inafastabilidade

[673] O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com apoio dos Tribunais, tem adotado uma série de boas práticas para combater litigância predatória no Poder Judiciário brasileiro, destacando-se a Diretriz Estratégica nº 07 das Metas de 2023 das Corregedorias, consistente em regulamentar e promover práticas e protocolos para o combate à litigância predatória, preferencialmente com a criação de meios eletrônicos para o monitoramento de processos, bem como transmitir as respectivas informações à Corregedoria Nacional, com vistas à alimentação de um painel único, que deverá ser criado com essa finalidade.

[674] "Quando ocorre abuso do direito de petição, e este implica em malefícios em termos concorrenciais, está-se perante a "litigância de má-fé" com efeitos anticoncorrenciais, o abuso do direito de demanda, a harassing lawsuit, a vexatious litigation, a spurius litigation, ou, expressão mais usual, a sham litigation" (NAVAS, Amanda Renata Enéas. A Teoria Econômica da Regulação como fundamento da sham litigation. **Revista do IBRAC** – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, vol. 22/2012, p. 163 – 180, jul - dez 2012. p. 164)

[675] "A designação Noerr-Pennington decorre de duas decisões proferidas pela Suprema Corte dos Estados Unidos, paradigmáticas da estruturação da imunidade antitruste à atividade de petição. A primeira delas foi proferida no caso *Eastern R. Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc. (Noerr)*, em 1961. Tratava-se da denúncia, formulada por um grupo de empresas de transporte rodoviário, de que vinte e quatro grandes companhias ferroviárias haviam violado o *Sherman Act*, ao lançarem campanha de publicidade negativa com vistas a obter a aprovação de leis estaduais francamente gravosas ao empreendimento rodoviário. Na ocasião, a Suprema Corte entendeu que a atuação junto ao governo em prol da aprovação e aplicação de leis - independentemente de estar presente, ou não, a intenção de provocar prejuízos ao ambiente concorrencial - não poderia constituir violação ao *Sherman Act*. Foi decidido, ainda, que o raciocínio oposto seria capaz de estender o alcance do *Sherman Act* à atividade política, além de violar o direito de petição constitucionalmente estabelecido. A segunda decisão paradigmática foi proferida quatro anos depois, para o caso *United Mine Workers of America v. Pennington (Pennington)*. Questionava-se, na ocasião, a licitude do esforço concertado entre um sindicato de mineiros e grandes mineradoras, adotado com vistas a influenciar órgão administrativo estadual em prol do estabelecimento de um alto salário-mínimo uniforme para os mineiros. Tal padrão salarial elevado tinha o condão de prejudicar decisivamente as pequenas mineradoras. Nessa ocasião, ponderou a Suprema Corte que a conduta descrita, embora desta vez dirigida ao Poder Executivo, constituía atividade de petição protegida pela imunidade antitruste descrita em Noerr, sendo igualmente irrelevante o intuito anticompetitivo dos peticionários. (...) Foi na decisão do caso *Professional Real Estate Investors (PRE), Inc., et al. v. Columbia Pictures Industries, Inc., et al. (" PRE" case),* em 1993, que a Suprema Corte dos Estados Unidos dedicou-se a estabelecer parâmetros objetivos para a caracterização da *sham exception à Noerr-Pennington Doctrine* - especialmente com relação à atividade de instauração de litígios (*sham litigation*)" (BRAZ DE CASTRO, Bruno. Sham Litigation: o abuso do direito de petição com efeitos concorrenciais. **Revista do IBRAC** – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, vol. 18/2010, p. 58 – 74, jul - dez 2010. p. 62/63)

de apreciação de lesão ou ameaça a direito pelo Poder Judiciário[676] (art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal), para ajuizamento abusivo em massa de processos fraudulentos. Insere-se, ainda, o chamado "denuncismo[677]", consistente em formular denúncias infundadas de maneira dolosa aos órgãos de controle e administrativos.

Empiricamente, é interessante destacar que na cidade de Ribeirão Preto/SP, somente no ano de 2005, um ex-Vereador da cidade distribuiu 31 ações populares[678]. É certo que houve a procedência de alguns pedidos, mas o volume quantitativo das ações levou o Poder Judiciário a crer na sua utilização política e não simplesmente cívica, como destacado na decisão proferida no processo nº 0014214-

[676] "Conhecido como litigante profissional, o empresário Luiz Eduardo Auricchio Bottura foi alvo de uma operação da Polícia Civil de São Paulo nesta segunda-feira (27/6). Foram expedidos um mandado de prisão temporária contra Bottura e outros três de busca e apreensão em endereços ligados a ele (...) Segundo a Polícia, Bottura deu causa a aproximadamente três mil ações judiciais e extra judiciais infundadas, com a utilização de documentos falsos e chancelados por agentes públicos dotados de fé pública, alguns induzidos a erro e outros cooptados, utilizando-se do Poder Judiciário de maneira indevida para a obtenção de vantagem econômica" (Maior litigante individual do país, Bottura é alvo de mandado de prisão. Revista Consultor Jurídico, 28 de junho de 2022. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2022-jun-28/maior-litigante-pais-bottura-alvo-mandado-prisao#:~:text=Conhecido%20como%20litigante%20profissional%2C%20o,em%20endere%C3%A7os%20ligados%20a%20ele. Acesso em: 14 jun 2023.

[677] Por "denuncismo" entenda-se a conduta dolosa, instrumentalizada no abuso do direito de denunciar aos órgãos de controle circunstâncias infundadas, com o intuito exclusivo de prejudicar direito ou pessoa sem qualquer tipo de fundamentação ou base fática, apenas para constranger e submeter determinada pessoa a um procedimento investigatório. O denuncismo pode ocasionar a paralisação de obras, suspensão de processos licitatórios, afastamento cautelar de agentes públicos, suspensão de direitos e outros eventos danosos decorrentes de medidas processuais cautelares amparadas em denúncias infundadas.

[678] Em pesquisa nominal na página eletrônica do Tribunal de Justiça de São Paulo (www.tjsp.jus.br), foram localizadas, na data de 12.03.2020, as seguintes ações populares impetradas pelo citado autor no ano de 2005: Processos ns. 0066473-32.2005.8.26.0506 (10302/2005); 0066467-25.2005.8.26.0506 (10214/2005); 0066468-10.2005.8.26.0506 (10215/2005); 0066466-40.2005.8.26.0506 (10212/2005); 0066465-55.2005.8.26.0506 (10211/2005); 0060929-63.2005.8.26.0506 (5885/2005); 0022091-51.2005.8.26.0506 (4668/2005); 0048322-18.2005.8.26.0506 (4336/2005); 0025895-27.2005.8.26.0506 (4073/2005); 0060926-11.2005.8.26.0506 (4010/2005); 1000093-10.2005.8.26.0506 (3682/2005); 0052478-49.2005.8.26.0506 (3677/2005) ; 0029184-65.2005.8.26.0506 (3640/2005); 0022084-59.2005.8.26.0506 (3612/2005); 0025956-82.2005.8.26.0506 (3541/2005); 0035691-42.2005.8.26.0506 (3644/2005); 0047621-57.2005.8.26.0506 (3433/2005); 0018148-26.2005.8.26.0506 (3029/2005); 0022090-66.2005.8.26.0506 (2807/2005) ; 0047622-42.2005.8.26.0506 (2759/2005) ; 0035460-15.2005.8.26.0506 (2750/2005); 0005667-31.2005.8.26.0506 (2535/2005); 0036771-41.2005.8.26.0506 (2242/2005); 0027141-58.2005.8.26.0506 (2142/2005); 0022094-06.2005.8.26.0506 (1901/2005); 0016237-76.2005.8.26.0506 (1882/2005) ; 0040789-08.2005.8.26.0506 (2554/2005) ; 0032920-91.2005.8.26.0506 (2527/2005); 0042395-71.2005.8.26.0506 (1446/2005); 0022093-21.2005.8.26.0506 (1407/2005) e 0014214-60.2005.8.26.0506 (2534/2005) .

60.2005.8.26.0506, quando houve condenação do autor em litigância de má-fé[679] já que caracterizado o abuso de litigância.

A gratuidade das custas processuais tem sido apontada por alguns autores como um elemento importante a ser observado. A gratuidade em si não é maléfica, pelo contrário, é benéfica e essencial para garantir maior acesso à Justiça a pessoas vulneráveis economicamente[680]. Claro que se deve coibir abusos processuais, mesmo na hipótese de vulnerabilidade econômica[681]. Contudo, é preciso cautela para não prejudicar o exercício do direito constitucional de inafastabilidade de Poder Judiciário

[679] Constou da sentença em primeiro grau: "no mais, condeno o autor como litigante de má-fé, eis que a propositura de inúmeras ações (fls.253/263) - e a maioria delas, diga-se, com destino semelhante à presente - evidencia o propósito do autor em se utilizar do Poder Judiciário como instrumento de vingança e constrangimento dos vereadores que operaram a cassação do seu próprio mandato de vereador. A maior parte das demandas ajuizadas pelo autor são desprovidas de bom sendo jurídico, e se afastam do bom direito, como a presente, revelando, assim, propósito político que não pode será acobertado pelo Poder Judiciário. Desta feita, com fulcro no artigo 13, da Lei 4.717/65, condeno o autor popular ao pagamento de indenização correspondente a dez vezes o valor das custas deste feito".

[680] "O acesso à justiça, pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos. O enfoque sobre o acesso – o modo pelo qual se tornam efetivos – também caracteriza crescentemente o estudo do moderno processo civil" (CAPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p.12).

[681] "Por outro lado, empregados hipossuficientes são demandantes individuais em condição de desvantagem. Não geram ações em massa. Sofrem com a assimetria de informações. Não são capazes de avaliar por conta própria suas reais perspectivas de êxito. Ficam ao sabor das incertezas do processo, da ambiguidade dos precedentes, da lealdade e da capacidade dos advogados. Veem-se pressionados pela delonga do processo e por suas necessidades econômicas. Se os economicamente fracos podem ser onerados pelo uso abusivo do direito de acionar, tal como pretendido pela reforma, providência análoga deveria ser buscada quanto aos grandes litigantes. A oneração dos grandes litigantes organizacionais desincentivaria comportamentos de reiterado desrespeito a normas trabalhistas que provocam o ajuizamento de demandas em massa. O mero pagamento de custas e honorários não produz tal efeito. Há que se pensar, nesse caso, em ônus econômicos que possam ser efetivamente inibidores de comportamentos oportunistas por parte de tais postulantes" (Voto do Ministro Luis Roberto Barroso na ADI 5766, Relator(a): Roberto Barroso, Relator(a) p/ Acórdão: Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 20/10/2021)

e prestação de assistência jurídica integral e gratuita pelo Estado aos que comprovarem insuficiência de recursos[682].

Mais preocupante, entretanto, são as gratuidades processuais quanto a verbas de sucumbência destinadas aos órgãos públicos, já que muitas vezes são esses os responsáveis pelo abuso processual realizado. Por exemplo, nas ações civis públicas[683], ações de improbidade administrativa[684] e mandados de segurança[685], enquanto o particular precisa arcar com os custos das despesas processuais[686] e honorários contratuais de seu advogado, há isenção quanto ao pagamento dos

[682] O Supremo Tribunal Federal, na ADI 5.766 (Relator(a): Roberto Barroso, Relator(a) p/ Acórdão: Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 20/10/2021), declarou inconstitucionais os arts. 790-B, caput e § 4º, e 791-A, § 4º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que previam respectivamente na Justiça do Trabalho o pagamento dos honorários periciais da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita e o pagamento da verba de sucumbência do vencido beneficiário da justiça gratuita sob cláusula suspensiva. Constou do voto do Min. Alexandre de Moraes: “Nesse ponto, Presidente, já adianto que não entendo razoáveis os arts 790-B, § 4º, e 791-A, § 4º. Não entendo razoável a responsabilização nua e crua, sem análise se a hipossuficiência do beneficiário da justiça gratuita pelo pagamento de honorários periciais deixou ou não de existir, inclusive com créditos obtidos em outro processo. Da mesma forma, não entendo razoável e proporcional o pagamento de honorários de sucumbência pelo beneficiário da justiça gratuita, sem demonstrar-se que ele deixou de ser hipossuficiente, ou seja, essa compensação processual sem se verificar se a hipossuficiência permanece ou não. A deferência de tratamento permitida pela Constituição se baseia exatamente nessa admissão de hipossuficiência. Simplesmente entender que, por ser vencedor em um outro processo ou nesse, pode pagar a perícia, e, só por ser vencedor no processo, já o torna suficiente, autossuficiente, seria uma presunção absoluta da lei que, no meu entendimento, fere a razoabilidade e o art. 5º, XXIV”.

[683] O art. 18 da Lei nº 7.347/1985 estabelece que na ação civil pública não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais.

[684] O art. 23-B, § 2º da Lei nº 8.249/1993 prevê para as ações por improbidade administrativa que somente haverá condenação em honorários sucumbenciais em caso de improcedência se comprovada má-fé.

[685] O art. 25 da Lei nº 12.016/2009 prevê que não cabe, no processo de mandado de segurança, a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios, sem prejuízo da aplicação de sanções no caso de litigância de má-fé.

[686] O Superior Tribunal de Justiça definiu pelo Tema nº 510 de recursos repetitivos (REsp n. 1.253.844/SC, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 13/3/2013, DJe de 17/10/2013), utilizando-se de analogia da Súmula nº 232 ("A Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita à exigência do depósito prévio dos honorários do perito"), que em sede de ação civil pública promovida pelo Ministério Público, o adiantamento dos honorários periciais ficará a cargo da Fazenda Pública a que está vinculado o Ministério Público, pois não é razoável obrigar o perito a exercer seu ofício gratuitamente e tampouco transferir ao réu o encargo de financiar ações contra ele movidas.

honorários advocatícios pelo órgão público, salvo na hipótese de comprovada má-fé[687].

Após a vigência do art. 27, há abertura interpretativa para se sustentar que na hipótese de abuso do direito processual que resulte em prejuízos anormais ou injustos, mesmo em ações civis públicas ou ações de improbidade administrativa[688], é obrigatória a compensação do lesado pelas externalidades negativas e prejuízos anormais sofridos[689].

Importante destacar que a redação do art. 27 não se limita a estabelecer compensação pecuniária por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos. A compensação poderá ser por outros meios não pecuniários, como obrigações de faze e não fazer ou de entrega de coisa[690].

---

[687] O Superior Tribunal de Justiça entende que "não se sustenta a tese de aplicação das disposições contidas no art. 91 do Novo CPC, as quais alteraram a responsabilidade pelo adiantamento dos honorários periciais; isto porque a Lei 7.347/1985 dispõe de regime especial de custas e despesas processuais, e, por conta de sua especialidade, a referida norma se aplica à Ação Civil Pública, derrogadas, no caso concreto, as normas gerais do Código de Processo Civil" (STJ, RMS 55.476/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 19/12/2017). Em igual sentido: STJ, AgInt no RMS 56.454/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 20/06/2018 e AgInt no RMS n. 61.709/SP, relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe de 29/11/2019.

[688] "(...) até o momento, as legislações não previam que o Ministério Público fosse condenado a pagar honorários pelas ações que promovia (ação civil pública – Lei nº 7.347/1985, arts. 17 e 18; Lei nº 8.429/1992, Lei nº 12.846/2013, etc). Esse panorama parecer ter mudado com a vigência do art. 27 da LINDB, porque, caso tal instituição amargue uma derrota processual, poderá ser condenada a pagar as verbas compensatórias na forma do art. 27 da LINDB, desde que a ação seja injusta ou cause prejuízos anormais" (HEINEN, Juliano. Não existe processo grátis: âmbito de proteção do art. 27 da LINDB. In: RAMOS, Rafael (coord.). **Comentários à Nova LINDB**: Lei nº 13.655/2018. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 151).

[689] "O preceito em comento, portanto, terá forte repercussão quanto às ações de improbidade e à ação civil pública. Na primeira, porque ausente qualquer regra na Lei n. 8.429/92 versando sobre encargos e sucumbência e, igualmente, sobre danos processuais. (...). Já quanto à segunda, é de se observar que o art. 17 da Lei n. 7.347/85 restringiu a condenação por perdas e danos à associação autora apenas quando demonstrada a litigância de má-fé. (...) Com a nova disciplina, supre-se lacuna, de modo a ser cabível eventual compensação em favor do afetado uma vez reconhecido o exercício abusivo das faculdades processuais do autor, independente de sua condição. Da mesma forma, não se exclui interpretação no sentido de que o preceito, no que concerne a externalidades, possa ser aplicado em complementação ao regime de responsabilidade delineado pelos arts. 79 a 81 do Código de Processo Civil" (NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **As normas de Direito Público na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro**: paradigmas para interpretação e aplicação do Direito Administrativo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019. p. 172/173).

[690] "De outro lado, pode ser estabelecido negócio processual para regular como se dará a compensação. Se por pagamento de um valor pecuniário, pela entrega do objeto litigioso, pela assunção de obrigação de fazer ou de não fazer etc" (HEINEN, Juliano. Não existe processo grátis: âmbito de proteção do art. 27 da LINDB. In: RAMOS, Rafael (coord.). **Comentários à Nova LINDB**: Lei nº 13.655/2018. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 155).

2.9 Sistema de responsabilização dos agentes públicos e o pragmatismo e a consensualidade frente ao direito sancionatório

O art. 28 da LINDB estabelece que o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

Os três parágrafos do art. 28 previstos no Projeto de Lei nº 7.448, de 2017 (nº 349/15 no Senado Federal) foram vetados pelo Presidente da República (Mensagem nº 212, de 25 de abril de 2018) por indicação do Ministério da Transparência, Controladoria-Geral da União e Advocacia-Geral da União quanto ao § 1º e por indicação do Ministério da Justiça, Controladoria-Geral da União e a Advocacia-Geral da União quanto aos §§ 2º e 3º.

O § 1º estabelecia um conceito de erro grosseiro (conceito pela negativa), considerando que não consistia erro grosseiro a decisão ou opinião baseada em jurisprudência ou doutrina, ainda que não pacificadas, em orientação geral ou, ainda, em interpretação razoável, mesmo que não venha a ser posteriormente aceita por órgãos de controle ou judiciais[691].

Esse parágrafo foi vetado com fundamento na segurança jurídica, já que atribuiria ampla discricionariedade na formulação de decisões ou opiniões técnicas, que poderiam se fundamentar em entendimento minoritários que não originariam a previsibilidade decisória necessária[692].

O § 2º previa uma espécie de respaldo institucional ao agente público, estabelecendo que o agente público que tivesse de se defender, em qualquer esfera, por ato ou conduta praticada no exercício regular de suas competências e em observância ao interesse geral, teria direito ao apoio da entidade, inclusive nas

---

[691] Acerca de inovações legislativas referentes ao erro grosseiro, cabe destacar o art. 1º, § 8º da Lei nº 8.4291992, que prevê não configurar improbidade a ação ou omissão decorrente de divergência interpretativa da lei, baseada em jurisprudência, ainda que não pacificada, mesmo que não venha a ser posteriormente prevalecente nas decisões dos órgãos de controle ou dos tribunais do Poder Judiciário. Importante previsão sobre o erro grosseiro também consta do art. 73 da Lei nº 14.133/2021, que estabelece que na hipótese de contratação direta indevida ocorrida com dolo, fraude ou erro grosseiro, o contratado e o agente público responsável responderão solidariamente pelo dano causado ao erário, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

[692] Razão do veto: "A busca pela pacificação de entendimentos é essencial para a segurança jurídica. O dispositivo proposto admite a desconsideração de responsabilidade do agente público por decisão ou opinião baseada em interpretação jurisprudencial ou doutrinária não pacificada ou mesmo minoritária. Deste modo, a propositura atribui discricionariedade ao administrado em agir com base em sua própria convicção, o que se traduz em insegurança jurídica" (Mensagem nº 212, de 25 de abril de 2018 da Presidência da República).

despesas com a defesa[693]. Já o § 3º, em complemento, estabelecia regra do direito de regresso, estabelecendo que transitada em julgado decisão que reconheça a ocorrência de dolo ou erro grosseiro, o agente público ressarciria o erário quanto às despesas assumidas pela entidade em razão do apoio institucional previsto no § 2º.

O veto[694] desses parágrafos se pautou na ofensa à exclusividade de atuação do órgão da Advocacia Pública do ente federativo, podendo impor a cada entidade dispêndio financeiro indevido sem delimitar hipóteses de ocorrência de tais apoios, nem especificar o órgão responsável por esse amparo, o que poderia gerar significativos ônus sobretudo para os entes subnacionais.

O fundamento da reponsabilidade pessoal prevista no art. 28 enseja a responsabilização administrativa e civil por regresso do agente responsável pelo dano por decisão ou opinião técnica em caso de dolo ou erro grosseiro. O art. 28 constitui uma verdadeira cláusula geral sobre o erro administrativo[695] para proteção decisória.

Conforme tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do tema nº 940 de repercussão geral (RE 1027633, Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 14/08/2019), a teor do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, a ação por danos causados por agente público deve ser ajuizada contra o Estado ou a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, sendo parte ilegítima para a ação o autor do ato, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

No âmbito do Poder Executivo federal, o direito de regresso somente será exercido nas hipóteses do art. 28 (dolo e erro grosseiro), com observância aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade (art. 14 do Decreto

---

[693] Curiosamente o art. 15 do Decreto nº 9.830/2019 prevê que o agente público federal que tiver que se defender, judicial ou extrajudicialmente, por ato ou conduta praticada no exercício regular de suas atribuições institucionais, poderá solicitar à Advocacia-Geral da União que avalie a verossimilhança de suas alegações e a consequente possibilidade de realizar sua defesa, nos termos do disposto no art. 22 da Lei nº 9.028/1995 e nas demais normas de regência. Dessa forma, a redação vetada pela Presidência da República (§ 2º), foi reproduzida no Decreto regulamentador (de iniciativa presidencial), com maior ênfase à facultatividade da aceitação da defesa pela Advocacia Pública da União, por certo.

[694] Razões dos vetos: "Os dispositivos criam direito subjetivo para o agente público obter apoio e defesa pela entidade, em qualquer esfera, decorrente de ato ou conduta praticada no exercício regular de suas competências, inclusive nas despesas com a defesa. Tal como se apresenta, fica caracterizada a não exclusividade do órgão de advocacia pública na prestação, podendo impor a cada entidade dispêndio financeiro indevido, sem delimitar hipóteses de ocorrência de tais apoios nem especificar o órgão responsável por esse amparo, o que poderia gerar significativos ônus sobretudo para os entes subnacionais." (Mensagem nº 212, de 25 de abril de 2018 da Presidência da República).

[695] BINENBOJM, Gustavo e CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, p. 203–224, 2018. p.211

nº 9.830/2019). A defesa judicial ou extrajudicial do agente público federal ativo ou inativo em razão de ato ou conduta praticada quando do exercício regular de suas atribuições institucionais, poderá ser solicitada à Advocacia-Geral da União (AGU), que avaliará a verossimilhança de suas alegações e a consequente possibilidade de realizar sua defesa, nos termos do disposto no art. 22 da Lei nº 9.028/1995 (art. 15 do Decreto nº 9.830/2019).

O art. 12, § 1º do Decreto nº 9.830/2019 fornece como conceito de erro grosseiro aquele erro manifesto, evidente e inescusável, praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia.

Não será configurado dolo ou erro grosseiro do agente público se não restar comprovada, nos autos do processo de responsabilização, situação ou circunstância fática capaz de caracterizar o dolo ou o erro grosseiro (art. 12, § 2º do Decreto nº 9.830/2019), sendo que o mero nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica responsabilização, exceto se comprovado o dolo ou o erro grosseiro do agente público (art. 12, § 3º do Decreto nº 9.830/2019).

O § 3º do art. 12 do Decreto nº 9.830/2019 afasta a caracterização do dano *in re ipsa* da responsabilização por regresso (responsabilidade presumida), sendo imperativa a comprovação do dolo ou erro grosseiro. Do mesmo modo, a eventual estimativa de prejuízo causado ao erário não poderá ser considerada isolada e exclusivamente como motivação para se concluir pela irregularidade de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos[696] (§ 2º do art. 13 do Decreto nº 9.830/2019).

O art. 28 da LINDB, a Medida Provisória nº 966/2020[697] e arts. 12 e 14 do Decreto nº 9.830/2019 são objetos das ADI´s nº 6.421 e nº 6428 em trâmite no Supremo Tribunal Federal.

---

[696] O prejuízo é condição essencial da responsabilidade civil. Não há responsabilidade civil sem prejuízo. Este elemento não se presume; impende prová-lo tanto na ação fundada em culpa, como na ação fundada em dolo ou fraude. (BUZAID, Alfredo. Da responsabilidade do juiz. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan - mar 1978, n° 9, p. 15-36. p. 34).

[697] A Medida Provisória nº 966/2020, que dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos, por ação e omissão pertinentes a atos relacionados com a pandemia da COVID-19, também é objeto das ADI´s 6422, 6424, 6425, 6427 e 6431.

Foi deferida medida cautelar exclusivamente quanto à MP nº 966/2020[698], estabelecendo que configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado ou impactos adversos à economia, por inobservância de normas e critérios científicos e técnicos ou dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção.

No julgamento definitivo, que ocorreu em julgamento conjunto (ADI´s nº 6.421 e 6428), o STF julgou prejudicadas as ações quanto à MP nº 966/2020 em razão da perda da eficácia da Medida Provisória e no mérito julgou improcedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da LINDB e dos arts. 12 e 14 do Decreto nº 9.830/2019, fixando a tese de que compete ao legislador ordinário dimensionar o conceito de culpa previsto no art. 37, § 6º, da CF, respeitado o princípio da proporcionalidade, em especial na sua vertente de vedação à proteção insuficiente, estando abrangidas pela ideia de erro grosseiro as noções de imprudência, negligência e imperícia, quando efetivamente graves.

A autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas e na observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos.

O Tribunal de Contas da União, importante órgão de controle, também entende o erro grosseiro como culpa grave. O Acórdão nº 2.391/2018 do TCU (Plenário, Min. rel. Ministro Benjamin Zymler DJ. 17/10/2018), é utilizado atualmente pelo TCU como decisão paradigmática[699] (precedente). Essa decisão (que inclui tabela explicativa)

---

[698] O Supremo Tribunal Federal, por maioria, deferiu parcialmente a cautelar para: a) conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 2º da MP 966/2020, no sentido de estabelecer que, na caracterização de erro grosseiro, deve-se levar em consideração a observância, pelas autoridades: (i) de standards, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente conhecidas; bem como (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção; e b) conferir, ainda, interpretação conforme à Constituição ao art. 1º da MP 966/2020, para explicitar que, para os fins de tal dispositivo, a autoridade à qual compete a decisão deve exigir que a opinião técnica trate expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades reconhecidas nacional e internacionalmente; (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção.

[699] PIQUERAS GARCIA, Gislon; ARAKAKI, Murilo; RODRIGUES, Simone Andréa; TIENGO HAMANAKA, Thalita; MARINS MALINOSKY, Ulisses. Nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, consequencialismo e jurimetria: Um estudo sobre as decisões do Tribunal de Contas da União. **Revista Simetria do Tribunal de Contas do Município de São Paulo**, v. 1, n. 9, p. 23–45, 2022. Disponível em: https://revista.tcm.sp.gov.br/simetria/article/view/95. Acesso em: 6 jun. 2023.

definiu um mínimo campo interpretativo quanto a questão, concluindo pela equiparação do erro grosseiro à culpa grave:

> Dito isso, é preciso conceituar o que vem a ser erro grosseiro para o exercício do poder sancionatório desta Corte de Contas. Segundo o art. 138 do Código Civil, o erro, sem nenhum tipo de qualificação quanto à sua gravidade, é aquele "que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio" (grifos acrescidos). Se ele for substancial, nos termos do art. 139, torna anulável o negócio jurídico. Se não, pode ser convalidado. Tomando como base esse parâmetro, o erro leve é o que somente seria percebido e, portanto, evitado por pessoa de diligência extraordinária, isto é, com grau de atenção acima do normal, consideradas as circunstâncias do negócio. O erro grosseiro, por sua vez, é o que poderia ser percebido por pessoa com diligência abaixo do normal, ou seja, que seria evitado por pessoa com nível de atenção aquém do ordinário, consideradas as circunstâncias do negócio. Dito de outra forma, o erro grosseiro é o que decorreu de uma grave inobservância de um dever de cuidado, isto é, que foi praticado com culpa grave[700].

Esse entendimento de que o erro grosseiro previsto no art. 28 da LINDB se encontra caracterizado quando decorrente de grave inobservância do dever de cuidado (culpa grave), a partir do julgado acima transcrito, foi adotado em diversos outros julgados subsequentes pelo TCU[701] (Acórdão nº 2924/2018, Plenário, relator Min. José Múcio Monteiro, DJ. 12/12/2018; Acórdão nº 1689/2019, Plenário, relator Min. Augusto Nardes, DJ. 24/07/2019 e Acórdão nº 4075/2023, Primeira Câmara, relator Min. Vital do Rêgo, DJ. 30/05/2023).

Exemplificando hipóteses de caracterização para o TCU, tem-se como erro grosseiro a decisão do gestor que desconsidera, sem a devida motivação, parecer da consultoria jurídica do órgão ou da entidade que dirige, já que tal conduta revela desempenho aquém do esperado do administrador médio, o que configura culpa grave (Acórdão nº 1264/2019, Plenário, Min. rel. Augusto Nardes, DJ. 05/06/2019). Igualmente, configura erro grosseiro a homologação de dispensa de licitação e a assinatura do contrato sem a existência de projeto básico, em afronta ao art. 7º, §§ 2º,

---

[700] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.391/2018. Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Sessão de 17/10/2018.

[701] "Para fins do exercício do poder sancionatório do TCU, considera-se erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 - Lindb) aquele que poderia ser percebido por pessoa com diligência abaixo do normal ou que poderia ser evitado por pessoa com nível de atenção aquém do ordinário, decorrente de grave inobservância do dever de cuidado. Associar culpa grave à conduta desviante da que seria esperada do homem médio significa tornar aquela idêntica à culpa comum ou ordinária, negando eficácia às mudanças promovidas pela Lei 13.655/2018 na Lindb, que buscaram instituir novo paradigma de avaliação da culpabilidade dos agentes públicos, tornando mais restritos os critérios de responsabilização" (TCU, Acórdão nº 63/2023, Primeira Câmara, Min. rel. Benjamin Zymler, DJ. 24/01/2023)

inciso I, e 9º, da Lei 8.666/1993 (Acórdão nº 2783/2022, Segunda Câmara, Min. rel. Augusto Nardes, DJ. 31/05/2022) e a contratação indiscriminada de comissionados para realização de atividades rotineiras da entidade, as quais prescindem da relação de confiança atinente aos cargos em comissão, por estar em desconformidade com os princípios da legalidade, da impessoalidade e da moralidade, caracteriza erro grosseiro (Acórdão nº 1918/2022, Plenário, Min. rel. Augusto Sherman, DJ. 17/08/2022).

Da mesma forma, configura erro grosseiro a não comprovação da boa e regular aplicação de recursos federais em face da omissão no dever de prestar contas, uma vez que se distancia do que seria esperado de um administrador minimamente diligente (Acórdão nº 8879/2021, Primeira Câmara, Min. rel. Benjamin Zymler, DJ. 29/06/2021 e Acórdão nº 1643/2022, Segunda Câmara, Min. rel. Bruno Dantas), bem como se caracteriza erro grosseiro a antecipação de pagamentos em descompasso com a execução do objeto, sem previsão no edital e sem as devidas garantias ao resguardo do interesse da Administração Pública (Acórdão nº 3328/2023, Segunda Câmara, Min. rel. Marcos Bemquerer, DJ. 09/05/2023).

Já por outro lado, não configura erro grosseiro, para fins de responsabilização de autoridade por culpa *in vigilando* (art. 12, § 7º do Decreto nº 9.830/2019), a não detecção de irregularidade que, em razão do caráter estritamente técnico dos aspectos envolvidos, demandaria avaliações além dos conhecimentos exigíveis e das atribuições de supervisão afetas à autoridade, fora do padrão de desempenho exigível do gestor médio (Acórdão nº 2012/2022, Segunda Câmara, Min. rel. Antônio Anastasia, DJ. 03/05/2022).

O TCU reconheceu não existir erro grosseiro na elaboração de nota técnica por agentes públicos da ANTT que aprovou tarifa de pedágio sensivelmente superior à necessária para remunerar o serviço público prestado, sem a elaboração de orçamento dos serviços adicionais de acordo com critérios de mercado nos termos dispostos no art. 3º da Resolução-ANTT nº 3.651/2011 e sem a realização da estimativa de tráfego levando-se em conta o seu fator de indução. Para exclusão do erro grosseiro o TCU considerou o ineditismo da matéria na ANTT, o curto espaço de tempo que os técnicos da agência tiveram para analisar excessivo volume de dados e a impossibilidade de identificar as fragilidades dos dados fornecidos pela

concessionária (Acórdão nº 1087/2023, Plenário, Min. rel. Augusto Nardes, DJ 31.05.2023).

O TCU também afastou a caracterização de erro grosseiro quando o ato é fundado na aplicação equivocada de decisões judiciais de Tribunais Superiores (Acórdão nº 1092/2023 – Plenário – Min. rel. Jhonatan de Jesus, DJ. 31/05/2023).

Cabe ressaltar que o TCU já decidiu reiteradamente que a responsabilidade dos jurisdicionados perante o TCU é de natureza subjetiva, caracterizada mediante a presença de simples culpa *stricto sensu*, sendo desnecessária a caracterização de conduta dolosa ou má-fé do gestor para que seja instado a ressarcir os prejuízos que tenha causado ao erário (Acórdão nº 2370/2022, Plenário, Min. rel. Bruno Dantas, DJ. 26/10/2022 e Acórdão nº 4485/2020, Primeira Câmara, Min. rel. Benjamin Zymler, DJ. 14/04/2020).

Como demonstrado, o TCU a partir do precedente constante no Acórdão nº 2.391/2018, entende como erro grosseiro a culpa grave, considerada essa subjetivamente como a conduta destoante do administrador minimamente diligente[702] (que pode ser chamado de "administrador médio") que é caracterizado quando decorrente de grave inobservância do dever de cuidado (culpa grave).

O art. 28 ao prever o erro grosseiro – caracterizado como culpa grave -, reintroduziu na dogmática brasileira a existência da gradação da culpa (culpa leve, grave e gravíssima), de origem civilista (*utilitas contrahentium*[703]), e que já há algum

[702] "Em situações de incerteza, a responsabilidade pessoal do gestor é condicionada diretamente pelo grau de previsibilidade e evitabilidade do dano, isto é, pela presença de condições necessárias ao cumprimento dos deveres de cuidado e avaliação diligente e informada" (MODESTO, Paulo. **Café com prosa**: crônicas de Direito e reforma do Estado. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2021. p. 217).

[703] "Nada obstante as dúvidas no concernente ao âmbito de aplicabilidade da *utilitas* no próprio Direito Romano, é certo que ela nos chega como verdadeiro princípio. Por meio dela, compreendeu-se que seria possível falar de uma verdadeira gradação de responsabilidade baseada nas vantagens percebidas em razão da obrigação contratada. Desse modo, o critério de *utilitas* encontra-se umbilicalmente ligado à conhecida doutrina da divisão tripartite de culpa (...) Assim, enquanto para determinados assuntos era exigido tão somente um nível de culpabilidade extrema, para outros o mínimo deslize já era suficiente para ensejar a responsabilidade do devedor (culpa *levis*). As fontes clássicas aludiam a variedades de culpa, as quais, entretanto, foram classificadas e sistematizadas no período pós-clássico. 20 Assim, temos inúmeras formas de culpa, como, por exemplo: lata*, levis*, levíssima, *in abstracto* e *in concreto*" (CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. *Utilitas contrahentium*: um princípio de responsabilidade civil romano para uma sociedade globalizada? **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, vol. 8/2016, p. 139 – 166, jul-set 2016).

tempo não é utilizada majoritariamente para fins de responsabilização[704], adotando-se, hoje, a configuração da culpa como resultado de negligência, imprudência e imperícia. Esse retorno da gradação da culpa (culpa grave) tem potencial de gerar a interpretação fundada em erro escusável e erro inescusável.

O TCU, a partir de decisões proferidas, construiu o modelo de "administrador médio e diligente" como parâmetro de aferição de quais condutas se caracterizariam como erro grosseiro.

Por depender de colmatação interpretativa, o conceito aberto de "administrador médio[705]", similar ao que ocorre com o "homem médio[706]", é justificado por condutas regulares – compostas por inúmeras variantes[707] - a partir do que empiricamente

[704] "No direito antigo, anterior às codificações do Século XIX, prevalecia uma velha distinção, dita 'teoria das três culpas', distinguindo, dentro da culpa em sentido estrito, três graus: culpa grave, leve e levíssima. A culpa seria grave, ou grosseira, ou lata (em latim, *culpa lata*) quando o agente tivesse procedido com extrema inconsideração; seria leve, simples ou mera culpa (em latim, culpa *levis*), quando ele não tivesse agido com os cuidados do homem comum, do bom cidadão, o que os romanos traduziam na ideia do *bonus pater familias* (em Roma, onde tanto a mulher como os *filii familias*, qualquer que fosse a idade, eram civilmente incapazes, a referência ao *pater familias* devia ser entendia como alusão ao cidadão de plena capacidade); seria levíssima (em latim, culpa levissima), quando ele não tivesse procedido de acordo com excepcionais padrões de diligência, superiores aos exigíveis do homem comum. Esta teoria das três culpas foi considerada inútil pelos códigos novecentistas, e também pelo nosso Código Civil (LGL\2002\400), de acordo com a ideia de que qualquer culpa é suficiente para implicar a responsabilidade do agente: esta ideia recebeu o nome de concepção unitária da culpa" (NORONHA, Fernando. Responsabilidade civil: uma tentativa de ressistematização: responsabilidade civil em sentido estrito e responsabilidade negocial; responsabilidade subjetiva e objetiva; responsabilidade subjetiva comum ou normal, e restrita a dolo ou culpa grave; responsabilidade objetiva normal e agravada. In: NEY JÚNIOR, Nelson (org). **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**, vol. 01, p. 145 – 195. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010).

[705] "A conduta exigida dos agentes públicos não se limita às suas convicções pessoais sobre a licitude, abrangendo, também, a observância de um padrão mínimo esperado no âmbito da administração pública, tendo em vista o objetivo primordial de atender o interesse público. É dizer, dos agentes públicos exige-se grau de diligência superior ao do homem médio. Isso porque eles não podem dispor da coisa pública como bem lhes aprouver. Ao contrário, devem empregar na proteção da res publica zelo maior do que aquele com que tratam dos seus interesses privados. Por essa razão, comportamentos que revelem uma atuação despreocupada e descompromissada dos agentes públicos não podem ser tolerados" (STJ, EDcl no AgInt no AREsp n. 1.631.846/CE, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 9/8/2021, DJe de 13/8/2021.)

[706] O homem médio ou homem razoável é aquele com capacidade razoável de compreender os padrões de justiça dentro de sua comunidade (LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial**: fundamentos de Direito, 2ª ed. Tradução: Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 196).

[707] "As regras (ou máximas) da experiência designam um conjunto de juízos que podem ser formulados pelo homem médio a partir da observação do que normalmente acontece. Reúnem proposições muito variadas, que vão desde conhecimentos científicos consolidados como o de que corpos metálicos dilatam no calor até convenções mais ou menos generalizadas, como a de que as praias são mais frequentadas aos finais de semana" (STJ, REsp n. 1.786.046/RJ, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 9/5/2023, DJe de 11/5/2023.)

acontece na vida real. É a consideração do que se espera, minimamente, de uma pessoa proba e de diligência mediana na sociedade[708].

A problemática levantada por parte da doutrina[709] reside no preenchimento normativo desse conceito de “administrador médio” pelos órgãos de controle.

Esse preenchimento pode apresentar um grau de subjetividade interpretativa quanto ao grau da culpa, onde a subsunção das condutas ao conceito de erro grosseiro restaria no âmbito discricionário do próprio intérprete, sem que existam prévias e claras regras na delimitação da culpabilidade, permitindo uma elasticidade sancionatória incompatível com a responsabilidade subjetiva, ultrapassando, nos

[708] "(...) sob a perspectiva do homem médio (*homus medius*), ou seja, naquilo que o Magistrado imagina da figura do ser humano dotado de inteligência e perspicácia inerente à maioria das pessoas integrantes da sociedade" (STJ, REsp 1336164/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 07/11/2019, DJe 19/12/2019).

[709] “Retrata, pois, esse cenário de insegurança jurídica para o gestor público o ‘ativismo’ do controle externo exercido pelo TCU. A referida Corte de Contas, em diversas decisões, sancionou administradores públicos que não adotaram posturas dotadas de diligência, cautela e lealdade, que integram m conceito de ‘administrador médio’ por ela criado. Cuida-se de conceito dotado de absoluta indeterminação, e que, por conseguinte, importa na mais completa insegurança jurídica para o exercício da função pública” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo e VÉRAS DE FREITAS, Rafael. **Comentários à Lei nº 13.655/2018 [Lei da Segurança para a Inovação Pública]**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019. p. 131).

casos em que engloba o controle da legalidade de atos e contratos, os limites da competência constitucional[710] do Tribunal de Contas[711].

O resultado dessa subjetividade (apta a potencializar um controle imprevisível), seria um maior imobilismo decisório[712] - também chamado por parte da doutrina de

[710] Acerca dos limites constitucionais dos Tribunais de Contas, importante questão surge quanto à análise da legitimidade de órgão administrativo autônomo afastar norma vigente por reconhecimento de sua inconstitucionalidade (uma espécie de controle de constitucionalidade administrativo), que é objeto da súmula nº 347 do STF ("O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público"). A questão é tratada no julgamento do ARE nº 1.208.460, relator Ministro Edson Fachin. Os posicionamentos anteriores do STF são divergentes, existindo decisões tanto pela possibilidade quanto pela impossibilidade do controle de constitucionalidade por órgãos administrativos autônomos: "É inconcebível a hipótese de o Tribunal de Contas da União, órgão sem qualquer função jurisdicional, permanecer a exercer controle de constitucionalidade nos julgamentos de seus processos, sob o pretenso argumento de que lhe seja permitido em virtude do conteúdo da Súmula 347 do STF, editada em 1963, cuja subsistência, obviamente, ficou comprometida pela promulgação da Constituição Federal de 1988. (STF, MS 35.824, voto do rel. min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 13/04/2021). Em sentido contrário: "Insere-se entre as competências constitucionalmente atribuídas ao Conselho Nacional de Justiça a possibilidade de afastar, por inconstitucionalidade, a aplicação de lei aproveitada como base de ato administrativo objeto de controle, determinando aos órgãos submetidos a seu espaço de influência a observância desse entendimento, por ato expresso e formal tomado pela maioria absoluta dos membros do Conselho" (STF, Pet 4656, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 4.12.2017).

[711] "São três os fatores de restrição ao poder de comando do Tribunal de Contas. O primeiro tem a ver com os tipos de comando: o Tribunal não pode dar qualquer tipo de ordem, constituindo ou desconstituindo direitos e deveres. O segundo fator diz respeito aos motivos do comando: o Tribunal só pode emitir comandos se constatar ilegalidades, não por outros motivos. O terceiro fator tem a ver com o objeto da fiscalização: o poder de comando do Tribunal só existe se a ilegalidade apurada for em matéria financeira, orçamentária, contábil ou patrimonial, mas não por conta de ilegalidades em outras matérias administrativas, examinadas no âmbito da ampla fiscalização operacional" (SUNDFELD, Carlos Ari e CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de Controle dos Tribunais de Contas: Possibilidades e Limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari e ROSILHO, André (org.). **Tribunal de Contas da União no Direito e na Realidade**. São Paulo: Almedina, 2020. E-book).

[712] "O imobilismo decisório também está ligado ao viés retrospectivo (*hindsight bias*) com que são escrutinados os atos administrativos pelos órgãos de controle externo. Diante dos riscos inerentes ao processo decisório, o agente público tende a tomar decisões burocráticas que preserve sua integridade patrimonial e pessoal. Trata-se de fenômeno global, mas que varia no tempo e no espaço. No caso brasileiro, não se trata de mera arte da política ou em como sobreviver no meio político e alcançar altos cargos. Aqui se trata da própria sobrevivência civil, política e penal do agente público. A arte da não decisão no Brasil tem temperamentos inimagináveis noutros cantos do planeta. Ela passa a ser cogente, determinante e fundamental para a preservação do patrimônio pessoal, da honorabilidade e da liberdade do agente público. (...) As inseguranças e o medo decorrentes das ações de improbidade, dos tribunais de contas e da Justiça Eleitoral, exigem a implementação de limitações legais à responsabilização dos agentes públicos, e de um espaço de tolerabilidade ao erro do gestor, de modo a evitar as condenações desproporcionais e indevidas, razão pela qual tratamos da limitação legal de responsabilização e ainda da gestão de riscos. A limitação da responsabilidade legal dos agentes públicos tem por parâmetro normativo a novel redação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (art. 22 e art. 28 da Lei 13.655/2018), que exige a compreensão dos obstáculos e dificuldades reais do gestor, bem como a responsabilização apenas em caso de dolo ou erro grosseiro" (VALGAS DOS SANTOS, Rodrigo. **Direito administrativo do medo**: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. Livro eletrônico).

"apagão das canetas[713]" - por parte dos gestores probos, porém temerosos em se responsabilizarem por eventuais inovações na adoção de determinadas políticas públicas[714], mesmo que dissociadas da caracterização de eventuais privilégios a determinados grupos[715] ou interpretações personalíssimas (parasistema administrativo[716]):

> Esta prática de suspeitar de todo o funcionário que reconhece ou outorga algum direito a um particular também foi indicada como causa da corrupção, já que seu resultado paradoxal é que os funcionários honestos não querem tomar decisões favoráveis ao particular e somente mediante a corrupção o

[713] "Autores como Floriano de Azevedo Marques Neto (MARQUES NETO, Floriano. FREITAS, Rafael Véras. O artigo 28 da nova LINDB: um regime jurídico para o administrador honesto, maio de 2018. **Consultor Jurídico**. 25 de maio de 2019), Gustavo Binenbojm, Carlos Ari Sundfeld (SUNDFELD, Carlos Ari. Uma lei geral inovadora para o Direito Público. **Portal Jota**, 31 de outubro de 2017), e outros de igual calibre têm diagnosticado, no Brasil, a ocorrência de verdadeiro "Apagão das Canetas" – expressão utilizada para designar sentimento generalizado de temor e de inação de nossos gestores públicos frente aos riscos de responsabilização pelos órgãos de controle e pelo Poder Judiciário. (...) Na sua essência, esse fenômeno decorre de visão da Administração Pública que projeta, no gestor, o ideário de que ele deve ser mero "aplicador" da lei; como se todas as escolhas importantes para a funcionamento do Estado já tivessem sido tomadas pelo legislador, cabendo ao servidor apenas desvendá-las. Em hipóteses delicadíssimas de adoção de políticas públicas como repasse de verbas e renegociação de dívidas públicas, por exemplo, o pior cenário possível é que ocorra o já referido aqui "Apagão das Canetas", situação em que os gestores públicos ficam paralisados pelo medo de responsabilização" (Trechos do voto do Min. Gilmar Mendes na Medida Cautelar da ADI 6421, Relator Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 21/05/2020).

[714] "O primeiro é o art. 28, prevendo que o agente público somente será responsabilizado nos casos de dolo ou erro grosseiro. O objetivo é gerar ambiente de maior segurança jurídica para o gestor público bem-intencionado ou que, no interesse da gestão pública, age de maneira inovadora, e que se arrisca a ver suas soluções posteriormente consideradas como inadequadas" (SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo**: o novo olhar da LINDB. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 138). No mesmo sentido: "Por outro lado, a nova LINDB deposita confiança no gestor público honesto para inovar, corrigindo histórica injustiça de colocar sob a mesma régua de responsabilização agentes públicos honestos e desonestos. Essa medida é fundamental para que também os gestores façam planos na gestão pública: planos de implementação de políticas públicas, planos de contratações públicas, planos de produção normativa, planos de análise de impacto etc. Em outros termos, trazendo medidas de tutela e de incentivo da honestidade na máquina pública, o agente público honesto pode manejar a discricionariedade com maior conforto decisório. Assim, a máquina pública funciona de modo mais eficiente, com criatividade e sempre atraindo bons quadros" (BONACORSI DE PALMA, Juliana. Segurança jurídica para a inovação pública: a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei no 13.655/2018). **Revista de Direito Administrativo**, v. 279, n. 2, p. 209–249, 2020.p.246).

[715] "A res publica expressa que as decisões políticas devem ser tomadas em benefício da população, e que os mandatários e os gestores públicos têm obrigação de exercer suas funções de forma a considerar o bem público como algo sacro, densificando a eficiência dos órgãos estatais no atendimento das demandas coletivas. Ela é inconciliável com interesses específicos. Enquanto estes visam à satisfação de anseios privados, de um ou de poucos, a coisa pública tem o escopo de satisfazer as perspectivas da coletividade" (AGRA, Walber de Moura. **Republicanismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 61/62).

[716] "Hay entonces un derecho escrito y oficial, extenso, complejo, minucioso, que todo el mundo sabe que no todo se cumple y que tampoco está todo concebido para ser cumplido: está, al contrario, para dar aquella imagen que todos deseamos imaginarnos, para conformar el espejo de nuestras aspiraciones o ideales, pero no de nuestra cara. Está luego el derecho real, no escrito, pero menos oficial, que es el que todos sabemos que realmente se cumple y conforme al cual debemos manejarnos: éste también es sutil y complejo y más difícil de aprehender pues no está escrito en ninguna parte" (GORDILLO, Agustín. **La Administración pararela**. Madrid: Editorial Civitas, S/A, 2001. p.88/120).

> particular consegue finalmente que um funcionário incorreto lhe outorgue o que por direito, ou razoavelmente, lhe corresponderia. Inúmeras são as vezes em que ouvimos um funcionário público dizer que o particular tem razão mas que ele não pode reconhece-la porque correria o risco de ser incriminado. (...) O sistema penal que assim construímos é duplamente imperfeito: não consegue frear os abusos, mas trata com crueldade o inocente e com clemência o culpado. Embora ambos sejam igualmente perseguidos pelo sistema, geralmente nenhum dos dois é finalmente punido. A perseguição é castigo excessivo para o honesto e insuficiente para o culpado[717].

Aqui um adendo importante: é passível de crítica a alegação fundante, postulada por alguns defensores do art. 28 da LINDB, no que diz respeito ao imobilismo decisório ou "apagão das canetas[718]", entendidos como o efeito do

[717] MAIRAL, Héctor A. **As raízes legais da corrupção ou como o Direito Público fomenta a corrupção em vez de combatê-la**. Tradução: Susan M. Behrends. São Paulo: Editora Contracorrente, 2018. p. 97/98.

[718] "O beneficiário desta proteção conferida pela lei ao gestor é, na verdade, o próprio processo de avaliação e gestão de risco. Eventual paralisia decisória do administrador público em cenário de risco, por temor de sua responsabilização ante as incertezas do contexto, pode ter efeitos trágicos para a população" (BAPTISTA, Patrícia. A LINDB e o Direito Administrativo do Risco: parâmetros substantivos e procedimentais para decisões públicas m ambiente de risco e incerteza. In: MAFFINI, Rafael e RAMOS, Rafael (Org.). **Nova LINDB**: proteção da confiança, consensualidade, participação democrática e precedentes administrativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p.25-35. p. 32).

afastamento do Poder Público de gestores capacitados e probos pelo receio de responsabilização exagerada[719] dos órgãos de controle[720].

Inexiste no momento um estudo empírico devidamente elaborado, de âmbito nacional, que fundamente o afastamento de bons gestores por medo de responsabilização[721].

Não se vê, na prática, algum êxodo de pessoas para ocupação de cargos de gestão na Administração Pública, em especial os cargos de provimento em comissão, voltados à direção, chefia e ao assessoramento.

Deve-se então, para sustentar adequadamente essa premissa embasadora do "apagão das canetas", que surjam mais estudos empíricos metodologicamente sistematizados que analisem se a equação "menor responsabilização é igual a atração

---

[719] "O movimento de expansão do controle pode, por um lado, ser encarado por um viés positivo, como caminho para reverter a sensação histórica de impunidade dos agentes públicos autores de ilícitos. Mas não se trata de movimento uniforme dentro das instituições. O Judiciário, por exemplo, mantém diferenças nos controles que são materializados por sua cúpula e pela primeira instância. Além disso, a discrepância entre falta de controle para algumas áreas e acúmulo em outras pode ter efeitos não esperados ou indesejados nas políticas públicas em geral. Do ponto de vista econômico, o movimento pode gerar paralisia na ação de gestores públicos, inclusive quanto a obras de infraestrutura, levando à diminuição de investimentos. Nesse cenário, sinais de ceticismo ou de reação à expansão dos controladores se desenharam no direito administrativo: parte da literatura passou a investigar a atividade das instituições de controle com olhos mais críticos, de maneira a questionar seu modus operandi e seus efeitos sobre a gestão pública. Tornaram-se comuns certas expressões para caracterizar uma gestão pública que poderia estar sendo acuada pelo controlador empoderado, como 'gestores perplexos' e 'administradores assombrados pelo controlador' ou pelo direito administrativo do medo" (SUNDFELD, Carlos Ari e NEVES, Camila Castro. A nova LINDB e os movimentos de reforma do direito administrativo. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 126, pp. 45-80, jan./jun. 2023. p. 51/52)

[720] "O art. 28 da LINDB surgiu em 2018 no contexto do apagão das canetas. Seria antídoto contra o gestor burocrático, paralisado pelo medo do controle, que abre sistematicamente processos de responsabilização. Basta denúncia anônima ou sinal de que a situação não seguiu o rito frio da lei. Nesse cenário, só o gestor boca da lei, na feliz expressão de André Rosilho, ganharia a estrela de funcionário do mês. Já para o que enfrenta as dificuldades da vida real, com suas variáveis e incertezas, e tem coragem de bem decidir, restaria o ônus de provar sua probidade. (...) O art. 28 também foi acusado de abrigar gestores ruins. Foi um duro danado explicar sua enorme utilidade, já que carreiras públicas não podem se tornar armadilhas para pessoas honestas, capazes e bem-intencionadas" (MONTEIRO, Vera. Carta aberta ao ministro Barroso sobre a MP 966: Medida não é um incentivo a quem quer errar. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JORDÃO, Eduardo; MOREIRA, Egon Bockmann Moreira; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; BINENBOJM, Gustavo; CÂMARA, Jacintho Arruda; MENDONÇA, José Vicente Santos de; JUSTEN FILHO, Marçal e MONTEIRO, Vera. *Publicitas: direito administrativo sob tensão*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 35-36). No mesmo sentido: DIONISIO, Pedro de Hollanda. **O direito ao erro do administrador público no Brasil**: contexto, fundamentos e parâmetros. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2019.

[721] Bem verdade, a própria realização desse estudo se mostra dificultosa em face da definição do conceito de "bons gestores" e pelas discrepâncias de problemáticas reais vivenciadas entre os entes federativos brasileiros, especialmente dentre os milhares de municípios com diferentes realidades. A sistematização de parâmetros dessa análise possivelmente enfrentará questões sensíveis como quais são os elementos para definição de um bom gestor, a familiarização com a vida política, a ocupação de cargos pregressos, a formação, *etc*.

de melhores gestores inovadores" não se signifique "menor responsabilização é igual a atração de gestores públicos mais descompromissados[722]".

Entretanto, é preciso apontar dois fatores que podem fundamentar um possível imobilismo decisório dissociado do temor de responsabilização pelos órgãos de controle: a alta rotatividade da ocupação de cargos comissionados por diferentes pessoas, o que ocasiona uma ruptura de posturas ideológicas e gerenciais provocando uma inconsistência decisória pelo temor de exoneração e ausência de planejamento e; a ausência de profissionalização de gestores para ocupar cargos de direção, chefia e assessoramento, que ocasiona a sobrecarga de agentes públicos efetivos subordinados ao controle hierárquico e o receio decisório desses gestores pela ausência da adequada capacidade técnica e experiência administrativa.

Verdade que analisado sobre outro prisma, é possível adequar o conceito de "apagão de canetas" como a inibição de posturas inovadoras[723] por parte de políticas públicas adotadas pelo gestor público[724], especialmente no campo regulatório[725] e das

[722][722] O art. 13, § 8º do Decreto nº 9.830/2019 tenta minimizar essa situação ao estabelecer que a disposição do art. 28 da LINDB "não exime o agente público de atuar de forma diligente e eficiente no cumprimento dos seus deveres constitucionais e legais".

[723] CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes e NEVES, Rubia Carneiro. Governança corporativa e Administração Pública consensual: uma nova tendência nos acordos de parceria para promover tecnologia e inovação. In: **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, vol. 57/2012, jul-set 2012. p. 343-370.

[724] "O experimentalismo consiste em um exercício coletivo de descobrir e aprender. Por isso, um dos seus requisitos é a instituição de um estado intelectual que encoraje inovações teóricas e técnicas, inclusive que se beneficie do potencial de aprendizagem derivado de eventuais erros e insucessos. 62 Por outro lado, o experimentalismo tem o objetivo de diminuir o risco oriundo da seleção adversa de maus gestores, uma vez que o estigma da desonestidade do agente público e a sanha punitivista dos órgãos de controle afastam o ingresso de gestores qualificados e probos nos quadros públicos. Ademais, em um círculo vicioso, enseja o aumento da admissão de agentes públicos desonestos e, em consequência, eleva a má percepção da Administração Pública pela sociedade e a manutenção de citado estigma" (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; HALPERN, Erick. O mito do "quanto mais controle, melhor" na Administração Pública, **Zênite Doutrina**, 07 out. 2020. Disponível em: http://www.zenitefacil.com.br. Acesso em: 10 mar 2023).

[725] "As Agências Reguladoras não poderão, no exercício de seu poder normativo, inovar primariamente a ordem jurídica sem expressa delegação, tampouco regulamentar matéria para a qual inexista um prévio conceito genérico, em sua lei instituidora (standards), ou criar ou aplicar sanções não previstas em lei, pois, assim como todos os Poderes, Instituições e órgãos do poder público estão submetidas ao princípio da legalidade (CF, art. 37, caput)" (STF, ADI 5906, Relator(a): Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 06/03/2023)

tecnologias[726], onde o experimentalismo[727] (*sandbox*[728]) é parte do próprio (e complexo) processo de produção da norma, que inclusive pode ser no sentido de desregulação[729].

Essas inovações[730], no campo do Direito Público, podem ser comumente entendidas como ato ímprobo ou sem previsão legal[731] (subsunção completa), especialmente se diante dessa inovação decorrer algum tipo de prejuízo (mesmo que presumido) ao erário público, o que basta, para muitos órgãos de controle, para configurar ato de improbidade administrativa e responsabilização do agente.

---

[726] Vide art. 13 da Lei Complementar nº 182/2021 (marco legal das *startup*s).

[727] CAPPELLARI, Álisson dos Santos Cappellari. Sandbox regulatório: uma nova velocidade regulatória para um novo cenário tecnológico. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, vol. 95/2022, p. 195 – 214, jan - mar 2022.

[728] *Sandbox* pode ser conceituado de forma ampla como o conjunto de regras que visam a criação de um ambiente autorizado para inovação através de experimentação e testes, por período determinado, acerca de determinada área regulada, como já ocorre no Banco Central quanto a projetos inovadores na área financeira ou de pagamento, na Comissão de Valores Imobiliários (CVM) para inovações no mercado de capitais através da Resolução CVM nº 29 de 11 de maio de 2021 e na Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) no mercado de seguros (Resolução CNSP nº 381/2020). O *sandbox*, conforme aponta José Vicente Santos de Mendonça, aproxima-se de uma autorização administrativa temporária do Estado, de forma a não caracterizar um ilícito a inovação almejada (SANTOS DE MENDONÇA, José Vicente. Qual a natureza jurídica dos sandboxes regulatórios? Quando os desafios do presente se socorrem dos métodos do passado. **Portal Jota**, 03/03/2020. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/qual-a-natureza-juridica-dos-sandboxes-regulatorios-03032020. Acesso em: 15 jun 2023).

[729] JARUDE, Jamile Nazaré Duarte Moreno e LAZARI, Rafael de. Os serviços públicos digitais em uma Administração Pública que visa à eficiência. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 132/2022, p. 75 – 89, Jul - Ago / 2022.

[730] FERRAZ, Sérgio. Contrato administrativo de inovação tecnológica: uma aproximação. *Revista de* **Direito Administrativo e Infraestrutura**, vol. 13/2020, p. 23 – 43, abr-Jjun, 2020. p.39.

[731] "O legalismo é o que conforta: uma vez que há controle inclemente sobre atos praticados por agentes públicos, muitas vezes com base em conceitos vagos, agentes públicos dotados de menor capital político podem preferir ater-se ao texto da lei como medida de proteção pessoal. Se é para arriscar o patrimônio, o cargo ou a reputação, que se fiat Lex, ainda que pereat mundus. O direito administrativo do medo é o direito administrativo legalista.28 Independentemente de sua causa, contudo, o fato é que o legalismo dificulta a inovação. Depender de lei formal para inovar é depender do processo legislativo, que é, como se viu, lento; tomar, quase sempre, decisões macro (pois a lei, ao contrário do ato administrativo, tende a produzir efeitos mais gerais); e tomar decisões cuja terminação é difícil (revogar uma lei é mais difícil do que revogar um ato administrativo). A inovação passa a ter custo altíssimo". (MENDONÇA, José Vicente Santos de. Direito administrativo e inovação: limites e possibilidades. **A&C** – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 17, n. 69, p. 169-189, jul./set. 2017. p.175/176).

Retornando para a definição do “administrador médio” adotada pelo TCU, Juliana Bonacorsi de Palma, após análise de decisões do Tribunal de Contas da União, bem descreve esse conceito utópico[732]:

> Dentre as várias métricas que o TCU se vale para responsabilizar, a do administrador médio é a mais pitoresca. Nada menos de 133 acórdãos se referem a ela. O teste consiste em comparar o comportamento avaliado com o esperado do administrador médio, tomado como razoável (“razoabilidade da conduta”); se a carapuça do administrador médio não servir, responsabiliza-se. As sanções somente seriam manejadas em situações extremas, quando fosse “nítido o distanciamento do critério de atuação esperado, considerando a também vaga noção de administrador médio”, ou quando fossem “descumpridas determinações anteriores” (Ac. 2575/2014; Ac. 2160/2014). Mas quem é o administrador médio do TCU? Para o Tribunal, o administrador médio é, antes de tudo, um sujeito leal, cauteloso e diligente (Ac. 1781/2017; Ac. 243/2010; Ac. 3288/2011). Sua conduta é sempre razoável e irrepreensível, orientada por um senso comum que extrai das normas seu verdadeiro sentido teleológico (Ac. 3493/2010; Ac. 117/2010). Quanto ao grau de conhecimento técnico exigido, o TCU titubeia. Por um lado, precisa ser sabedor de práticas habituais e consolidadas, dominando com mestria os instrumentos jurídicos (Ac. 2151/2013; Ac. 1659/2017). Por outro, requer do administrador médio o básico fundamental, não lhe exigindo exame de detalhes de minutas de ajustes ou acordos administrativos que lhe sejam submetidos à aprovação, por exemplo (Ac. 4424/2018; Ac. 3241/2013; Ac. 3170/2013; 740/2013). Sua atuação é preventiva: ele devolve os valores acrescidos da remuneração por aplicação financeira aos cofres federais com prestação de contas, e não se apressa para aplicar esses recursos (Ac. 8658/2011; Ac. 3170/2013). Não deixa de verificar a regularidade dos pagamentos sob sua responsabilidade (Ac. 4636/2012), não descumpre determinação do TCU e não se envolve pessoalmente em irregularidades administrativas (Ac. 2139/2010)[733].

---

[732] “Todavia, os órgãos de controle parecem crer no mundo da aplicação ex officio da lei. Na verdade, teimam em advogar – muitas vezes com boas intenções – que basta ao administrador seguir os comandos normativos, para que não venha a ser punido. Esse gestor público tem, inclusive, um título. É o administrador médio, segundo jurisprudência do TCU. Trata-se de uma mente iluminada, que age irrepreensível, cautelosa e diligentemente. Mesmo que a aplicação da lei implique algum juízo interpretativo, essa exegese (idêntica ao dos órgãos de controle) seria verificável de forma certeira por esse gestor, espécie de Hércules administrativo, num paralelo com o juiz filósofo de Dworkin. Somente o administrador médio está confortável e seguro. Sem tal clarividência, no entanto, os incentivos do administrador público – que quiser ser honesto – serão de adoção de postura estritamente burocrática, em sua pior conotação” (BINENBOJM, Gustavo e CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, p. 203–224, 2018).

[733] PALMA, Juliana Bonacorsi de. Quem é o “administrador médio” do TCU?. **Fórum Administrativo: Direito Público**. Belo Horizonte, v.20, n.238, dez. 2020. Disponível em: https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/39105. Acesso em: 11 jan. 2021.

Essa figura do administrador médio adotada pelo TCU não pode se afastar das previsões normativas previstas para caraterização do erro grosseiro[734], sob pena de alargamento indevido do sistema de culpabilidade e responsabilização instituído pelo art. 28 da LINDB.

Em uma análise sistemática das alterações, o erro grosseiro deve ser aferido com base nas regras do art. 22 da própria LINDB, que estabelece caminhos interpretativos.

Assim, sem prejuízo dos direitos dos administrados, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, ponderadas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. Na aplicação de sanções, serão consideradas 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. Trata-se de um condicionamento interpretativo fundado na alteridade do controlador quanto ao gestor, no que parte da doutrina administrativista convencionou a chamar de dever de empatia[735].

Interessantes questões sobre a extensão e alcance interpretativo do art. 28 da LINDB surgirão a partir da decisão cautelar proferida pelo Ministro Dias Toffoli na

---

[734] "O art. 28, LINDB, tem o escopo de proteger o gestor com boas motivações. Para que ele possa assumir o risco de deferir e dormir bem. Do mau administrador continuam tratando os inúmeros estatutos de controle da moralidade administrativa (Lei de Improbidade Administrativa, Lei Geral de Licitações etc.). (...) Importante frisar que o erro grosseiro, para fins de responsabilização, não afasta a ocorrência de culpa. Na verdade, estão abrangidas na ideia de erro grosseiro as noções de imprudência, negligência e imperícia, quando efetivamente graves – ou gravíssima. Afinal, o erro passível de ensejar responsabilidade, e assim também ocorre com o Direito Penal e com Direito Civil, como regra, pressupões elemento subjetivo (culpa ou dolo). Isto é: da mesma forma que a responsabilização (civil ou penal) do médico que se enganou pressupõe um juízo sobre a intenção do agente, o erro do art. 28 depende de um juízo de culpabilidade. Do contrário, além de se negar a falibilidade humana (errare humanum est), estar-se-ia inibindo a tentativa de novas práticas administrativas. E aqui está, talvez, a maior virtude do dispositivo: criar um ambiente propício à inventividade, cuidando de gestores e técnicos que buscam inovar os meios de gestão pública. Se suas tentativas de inovação não forem bem-sucedidas, eles responderão por dolo ou erro grosseiro" (BINENBOJM, Gustavo e CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, p. 203–224, 2018. p. 204/205). Ver, ainda: Enunciado nº 28 da II Jornada de Pirenópolis sobre Mudanças na Lei de Improbidade Administrativa do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo em 2023: "A atuação do agente público em estrita observância às orientações gerais do respectivo ente ou órgão (art. 24, parágrafo único, LINDB), ou em conformidade com manifestação prévia dotada de caráter vinculante (art. 30, parágrafo único, LINDB), afasta a configuração do dolo para fins de responsabilização por improbidade administrativa".

[735] NIEBUHR, Pedro; LADEIRA DE OLIVEIRA, Cláudio e MEDEIROS, Isaac Kofi. Controle e deferência judicial à Administração Pública: um ensaio sobre a doutrina Chevron e o artigo 22 da LIND.. In: MAFFINI, Rafael e RAMOS, Rafael (Org.). **Nova LINDB**: Consequencialismo, deferência judicial, motivação e responsabilidade do gestor público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p.73-92. p. 85).

Reclamação nº 43.007 (DJ. 06.09.2023), especialmente em razão da relevância da questão no campo político nacional. Essa decisão cautelar invalidou provas do acordo de leniência da Odebrecht e dos seus sistemas *Drousys* e *My Web Day B* no âmbito da Operação Lava Jato para quaisquer ações judiciais e determinou expedição de ofícios à Procuradoria-Geral da República, à Advocacia-Geral da União, ao Ministério das Relações Exteriores, ao Ministério da Justiça, à Controladoria-Geral da União, ao Tribunal de Contas da União, à Receita Federal do Brasil, ao Conselho Nacional de Justiça e ao Conselho Nacional do Ministério Público para que, de acordo com as respectivas esferas de atribuições, identifiquem e informem ao STF eventuais agentes públicos que atuaram e praticaram os atos relacionados ao referido acordo de leniência sem observância dos procedimentos formais junto ao Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional da Secretaria Nacional de Justiça (DRCI) e que adotem as medidas necessárias para apurar responsabilidades não apenas na seara funcional, como também nas esferas administrativa, cível e criminal, encaminhando ao STF cópia das respectivas apurações e procedimentos relacionados aos fatos mencionados na decisão[736].

Ultrapassada essa questão, resta definir o conceito de agente público para fins de aplicação do art. 28 da LINDB, cabendo uma concisa introdução do regime de responsabilidade civil do Estado, que é precedente da responsabilização do agente público em ação de regresso.

A responsabilidade civil objetiva das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos por ato comissivo ou

[736] "A Advocacia-Geral da União criará força-tarefa para apurar desvios de agentes públicos e promover a reparação de danos causados por decisões proferidas pelo Juízo da 13ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária de Curitiba/PR, contra Luiz Inácio Lula da Silva, atual presidente da República, bem como por membros do Ministério Público Federal no âmbito da chamada 'Operação Lava Jato'. Tal medida objetiva cumprir decisão do ministro do Supremo Tribunal Federal Dias Toffoli no âmbito da Reclamação nº 43.007, proposta pela defesa do presidente da República contra os atos praticados no âmbito da Ação Penal nº 5063130-17.2016.4.04.7000. O grupo a ser criado pela AGU analisará a conduta de procuradores da República e membros do Poder Judiciário durante a instrução e julgamento de casos da então 'Operação Lava-Jato'. Após a devida apuração, poderá ser cobrado dos agentes públicos, em ação regressiva, o ressarcimento à União relativo às indenizações pagas, sem prejuízo da oportuna apuração de danos causados diretamente à União pelas condutas desses agentes" (Disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/comunicacao/noticias/agu-criara-forca-tarefa-para-apurar-desvios-na-operacao-lava-jato. Acesso em: 06 set. 2023).

omissivo[737] é submetida à teoria do risco administrativo[738] (que admite excludentes de responsabilidade do Estado), não sendo possível aplicar a teoria do risco integral[739].

Sendo assim, conforme precedentes do Supremo Tribunal Federal[740], mesmo na hipótese de omissão do Estado[741], para caracterização da responsabilidade civil estatal há a necessidade da observância de requisitos mínimos para aplicação da responsabilidade objetiva: a) existência de um dano; b) ação ou omissão administrativa; c) ocorrência de nexo causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa (omissão específica); e d) ausência de causa excludente da responsabilidade estatal.

---

[737] Para caracterização do nexo de causalidade na conduta omissiva é necessário que essa omissão seja específica, ou seja, que decorra do descumprimento do dever fiscalizatório do Estado. Nesse sentido: "Para a imputação da responsabilidade à Administração Pública se faz necessário comprovar que houve uma omissão específica, ou seja, que tenha sido a ausência da atuação do Estado que criou a situação propícia para a produção do dano, quando tinha o dever de impedir sua ocorrência. No caso, restou configurado o nexo de causalidade entre a falta com o dever de manutenção e de conservação da via pública pelo Município para a situação lesiva, quando tinha o dever de agir para impedi-la. Responsabilidade objetiva da Administração Pública" (STF, ARE 847.116 AgR, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ. 24/02/15) e "Diversamente, em casos de responsabilidade por omissão, a causalidade é puramente normativa - pois, em uma perspectiva naturalística, a omissão nunca será a causa necessária do resultado danoso. Pode, sim, ser uma condição fundamental para sua ocorrência - mas sua transformação em causa ocorre por uma manobra puramente normativa. Geralmente, quando o Supremo Tribunal Federal considera o Estado responsável em virtude de uma omissão, o estabelecimento de responsabilidade decorre do fato de que o Estado ocupava uma posição de garantidor - na qual deveria impedir a produção de determinado resultado" (MOURA, Mauro Hiane de. Comentários à decisão do Supremo Tribunal Federal no RE 409.203-4/RS. **In**: Revista trimestral de direito civil (RTDC), v. 9, n. 33, jan-mar. 2008, p. 185-186)

[738] É chamada teoria da responsabilidade objetiva, precisamente por prescindir da apreciação dos elementos subjetivos (culpa ou dolo); é também chamada teoria do risco, porque parte da ideia de que a atuação estatal envolve um risco de dano, que lhe é inerente. Causado o dano, o Estado responde como se fosse uma empresa de seguro em que os segurados seriam os contribuintes que, pagando os tributos, contribuem para a formação de um patrimônio coletivo (...) Segundo Hely Lopes Meirelles (2003:623), a teoria do risco compreende duas modalidades: a do risco administrativo e a do risco integral; a primeira admite (e a segunda não) as causas excludentes da responsabilidade do Estado: culpa da vítima, culpa de terceiros ou força maior" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, 35ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. E-book).

[739] "Estabelecidas essas premissas até aqui sintetizadas, é possível assentar algumas conclusões que respondem as indagações colocadas acima: 1) não se aplica a teoria do risco integral no âmbito da responsabilidade civil do Estado; 2) o Estado responde de forma objetiva pelas suas omissões, desde que presente a obrigação legal específica de agir para impedir a ocorrência do resultado danoso, em sendo possível essa atuação. (...) A responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º, subsume-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto paras as omissivas, posto rejeitada a teoria do risco integral. A omissão do Estado reclama nexo de causalidade em relação ao dano sofrido pela vítima nos casos em que o Poder Público ostenta o dever legal e a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso" (STF, RE 841526, Relator(a): Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 30/03/2016, Tema nº 592 de Repercussão Geral)

[740] STF, RE 136861, Relator(a): Edson Fachin, Relator(a) p/ Acórdão: Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 11/03/2020, Tema nº 366 de Repercussão Geral.

[741] STF, RE 580252, Relator(a): Teori Zavascki, Relator(a) p/ Acórdão: Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2017, Tema nº 365 de Repercussão Geral.

O agente público descrito no art. 28 da LINDB[742] deve ser entendido como aquele inserido no amplo conceito de agente público previsto nos arts.1º a 3º da Lei nº 8.429/1992[743] (com redação dada pela Lei nº 14.230/2021).

A expressão é referente somente às pessoas físicas, já que as pessoas jurídicas são submetidas à legislação específica, especialmente a Lei nº 12.846/2013 e art. 159 da Lei nº 14.133/2021 (responsabilidade objetiva[744]):

> A estrutura do art. 28 da LINDB, quanto aos seus destinatários, reporta-se à expressão 'agente público', definição que, para fração majoritária da doutrina, é empregada num sentido de notável amplitude, para abranger todo aquele que, por habilitação legal, possua aptidão para expressar a vontade estatal. O legislador, quando da escolha dos elementos subjetivos a que se refere, fez com que a expressão se limitasse unicamente às pessoas físicas, até porque tal tema, em sede de pessoas jurídicas, tem sua regência distinta[745].

Ultrapassada a questão da abrangência do conceito de agente público, o art. 28 da LINDB se refere a decisões e opiniões técnicas.

Opiniões técnicas são aquelas expressas por órgãos consultivos da Administração Pública em matérias de sua competência através de um parecer técnico[746] de caráter enunciativo[747].

---

[742] Enunciado nº 18 da 1ª Jornada de Direito Administrativo do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo de 2019: "A LINDB é norma jurídica que impacta todas as regras de direito público, especialmente aquelas que tratam da responsabilização dos agentes públicos que decidem ou emitem opiniões técnicas" (IBDA. Enunciados do IBDA sobre a interpretação da LINDB. **Fórum Administrativo** – FA, Belo Horizonte, ano 19, n. 221, p. 167-168, jul. 2019. p. 168).

[743] "Em primeiro lugar, o texto refere-se ao agente público. Assim, de plano, são abrangidos pela dicção legal os servidores públicos estatutários em geral, os empregados públicos, contratados no regime da CLT, além de agentes políticos e comissionados. Deve ser, também, incluída no conceito de agente do art. 28 qualquer pessoa que exerça função pública (ainda que temporariamente – como particulares em colaboração com o poder público, ou mesmo os contratados na forma do art. 37, IX da Constituição), além daquele que gerencie recursos públicos mediante delegação, ou em razão de algum tipo de subvenção. Dito de outra forma, o agente público da LINDB é o mesmo da Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), conforme seus arts. 1º e 2º" (BINENBOJM, Gustavo e CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, p. 203–224, 2018. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77655. Acesso em: 6 jun. 2023. p.207)

[744] ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. **Corrupção e Improbidade Administrativa**: cenários de risco e a responsabilização dos agentes públicos municipais. São Paulo: Thomson Reuters, 2018. p.230/231.

[745] NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **As normas de Direito Público na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro**: paradigmas para interpretação e aplicação do Direito Administrativo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019. p. 188.

[746] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito administrativo**, 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2002. p.221.

[747] "Atos administrativos enunciativos são todos aqueles em que a Administração se limita a certificar ou atestar um fato, ou emitir uma opinião sobre determinado assunto, sem se vincular ao seu enunciado. Dentre os atos mais comuns desta espécie merecem menção as certidões, os atestados e os pareceres administrativos" (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 29ª ed. Malheiros: São Paulo, 2004. p. 190).

A responsabilidade do parecerista é matéria de há muito tempo enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal[748], especialmente em decorrência da cominação de multas por parte do Tribunal de Contas da União.

Em um primeiro momento, o Supremo Tribunal Federal sustentou o entendimento, pautado em clássica doutrina[749], de que o parecer não pode ser considerado como típico ato administrativo, já que é ato meramente opinativo que depende de posterior acolhimento da autoridade solicitante[750], quando a partir de então se torna ato administrativo, podendo o parecerista só ser responsável por dolo, fraude ou culpa grave. São, portanto, dois atos distintos: o parecer e o ato administrativo da autoridade que o acolhe[751].

A partir do julgamento do Mandado de Segurança nº 24.631/DF (relator Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 09/08/2007[752]), o Supremo Tribunal Federal, para fins de responsabilização do parecerista, classificou o parecer jurídico em três categorias distintas: facultativo, obrigatório e vinculativo.

---

[748] "Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. (...) O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo" (STF, MS 24073, Relator Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/2002).

[749] "O parecer tem caráter meramente opinativo, não vinculando a Administração ou particulares à sua motivação ou conclusões, salvo se aprovado por ato subsequente. Já, então, o que subsiste como ato administrativo não é o parecer, mas sim, o ato de sua aprovação, que poderá revestir a modalidade normativa, ordinatória, negocial ou punitiva" (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 29ª ed. Malheiros: São Paulo, 2004. p. 191).

[750] "O parecer do órgão consultivo não vincula o Ministro de Estado se este entender que os elementos constantes do processo administrativo são suficientes à sua decisão. Precedentes: MS n. 23.201, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 19.8.05 e RMS 25.595, Relator o Ministro Cézar Peluso, DJ de 5.3.2010" (STF, RMS 25296, Relator(a): Min. Eros Grau, Segunda Turma, julgado em 09/03/2010).

[751] PINHEIRO DE AMORIM, Gustavo Henrique. O advogado público na função consultiva, os pareceres jurídicos e a responsabilidade deles decorrente. **In**: Leituras Complementares de Direito Administrativo: Advocacia Pública. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008. p. 246.

[752] "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 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 (...). 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. Mandado de segurança deferido. (STF, MS 24631, Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 09/08/2007).

O parecer facultativo é aquele em que o gestor não tem a obrigação legal de requerer, sendo discricionária a sua solicitação, bem como o acatamento de seu conteúdo. Parecer obrigatório é aquele em que a lei prescreve a obrigatoriedade da manifestação do órgão jurídico estatal, mas o gestor não está obrigado em acatá-lo, podendo divergir fundamentadamente. Já o parecer vinculativo é aquele em que o gestor está obrigado a ouvir o órgão jurídico estatal e acatar sua manifestação, que é vinculativa[753].

O Supremo entendeu salvo a comprovação de dolo ou erro grosseiro (culpa grave), o parecerista não poderá ser responsabilizado por danos oriundos da elaboração de pareceres facultativos e obrigatórios, pois não há compartilhamento decisório[754]. Já na hipótese de parecer vinculante, como existe o compartilhamento do conteúdo decisório com o exposto no parecer, que vincula a autoridade solicitante, há responsabilidade do parecerista.

Em que pese o entendimento da inexistência de parecer jurídico vinculante no Brasil[755], tem-se que a partir da Lei nº 13.655/2018 (art. 30, parágrafo único do Decreto-Lei nº 4.657/1942 e art. 20 do Decreto Federal nº 9.830/2019), é possível sustentar com mais plausibilidade que a adoção de pareceres normativos constituem

---

[753] "Note-se que não se está a dizer que o parecer necessariamente lhe vinculará a conduta. Esta é outra questão. Os pareceres costumam ser classificados em (a) facultativos; (b) obrigatórios e (c) vinculantes. Facultativos, são os que a autoridade pode solicitar, mas não está obrigada a demandá-los; obrigatórios são aqueles que a autoridade está juridicamente adstrita a solicitar antes de decidir, mas, tanto quanto em relação aos anteriores, não está obrigada a seguir; vinculantes são aqueles que a autoridade não apenas deve pedir, mas estará obrigada a seguir. Segue-se que, no caso dos pareceres obrigatórios, e, assim, pois, dos técnico-jurídicos desta tipologia, se não for solicitado o parecer, o ato decisório será, ipso facto, inválido. No caso dos vinculantes, sê-lo-á tanto na hipótese de não ser solicitado, quanto na de ser praticado ato decisório em desconformidade com ele" (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**, 32ª ed. Malheiros: São Paulo, 2015. p. 450).

[754] "Por outro lado, a manifestação levada a efeito foi de natureza meramente opinativa e, portanto, não vinculante para o gestor público, o qual pode, de forma justificada, adotar ou não a orientação exposta no parecer. Ou seja, o parecer tem natureza obrigatória (art. 38, VI, da Lei nº 8.666/93), porém não vinculante. Por essa perspectiva, como já sinalizado pela Corte, mutatis mutandis, é lícito concluir pela abusividade da responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha supostamente resultado dano ao erário (v.g. MS nº 24.631/DF, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJe de 1º/2/08)" (STF, HC 155020 AgR, Relator(a): Celso de Mello, Relator(a) p/ Acórdão: Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 04/09/2018).

[755] DI PIETRO, Maria Sylvia. Responsabilidade dos procuradores e assessores jurídicos da administração pública. **In**: Boletim de Direito Administrativo, vol. 24, n.º 1. São Paulo: NDJ, 2008. p. 06 e BARRETO, Amanda Louise Ramajo Corvello. A responsabilização do parecerista na jurisprudência dominante e no Novo CPC: análise crítica. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná**, Curitiba, n. 8, p. 65-93, 2017. p. 90

pareceres vinculantes, já que condicionam a interpretação jurídica no âmbito interno da Administração Pública[756].

Contudo, a partir da vigência do art. 28 da LINDB, a questão da influência ou não da classificação do parecer jurídico[757] (facultativo, obrigatório e vinculante) para aferir a responsabilidade do parecerista perdeu a importância[758], já que independentemente de classificação, a responsabilidade do parecerista deve ser verificada com base no dolo ou erro grosseiro[759]:

> Na mesma toada o art. 28 da Lei 13.655/2018 efetivamente restringiu normativamente a possibilidade de responsabilização pessoal dos agentes públicos que exerçam função tipicamente administrativa, apenas em caso de dolo ou erro grosseiro, apenas quando emanem decisões ou opiniões técnicas. Entendemos não se tratar de uma cláusula geral de restrição à responsabilidade dos agentes públicos em qualquer atividade. Relevante destacar que o citado art. 28 da LINDB deixa indiferente saber se no caso dos pareceres há ou não caráter vinculante[760].

O entendimento de que a partir da Lei nº 13.655/2018 a responsabilidade do parecerista público somente ocorre com a presença de dolo ou erro grosseiro, independentemente da classificação da espécie de parecer, tem sido adotada em

---

[756] SILVEIRA, Sebastião Sérgio e MAZZEI, Marcelo Rodrigues. A responsabilidade civil do advogado público no exercício da atividade consultiva e o direito coletivo à boa administração. **Revista IBERC**, Belo Horizonte, v. 5, n. 1, p. 60–77, 2022. p.72.

[757] SADDY, André. Responsabilidade por parecer jurídico: foco no procurador, assessor ou consultor jurídico em procedimentos licitatórios. **Revista de Informação Legislativa**: Brasília, v. 56, n. 221, p. 131-149, jan./mar. 2019.

[758] "Ademais, o que define efetivamente a responsabilidade do Advogado Público não é a espécie do parecer e sim a culpa em sentido largo, o dano ao erário e o nexo causal entre ambos. Ou seja, o parecer obrigatório não tem o condão por si só de transformar o parecerista em administrador. Nos casos do art. 38 da Lei 8666/93, o que atrai responsabilidade é o ato administrativo de aprovação e não a natureza da consulta. (BARRETO, Amanda Louise Ramajo Corvello. A responsabilização do parecerista na jurisprudência dominante e no Novo CPC: análise crítica. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná**, Curitiba, n. 8, p. 65-93, 2017.p. 90).

[759] José Vicente Santos de Mendonça, antes da Lei nº 13.655/2018, propôs quatro *standards* operacionais para compreender a responsabilidade do parecerista público: agir com dolo; cometer erro evidente e inescusável; não tomar providências de cautela e; a interpretação do que é conduta dolosa e do que é erro evidente e escusável deve ser suficientemente restritiva para permitir a existência de opiniões jurídica minoritárias ou contramajoritárias, considerando que a heterogeneidade de ideias é valor constitucional comprovadamente útil à produção dos melhores resultados possíveis ao Direito (MENDONÇA, José Vicente Santos de. A responsabilidade pessoal do parecerista público em quatro standards. **Revista da AGU**, vol. 9, n. 24, 2010. p. 139-166).

[760] VALGAS DOS SANTOS, Rodrigo. **Direito administrativo do medo**: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. Livro eletrônico.

julgados recentes do Supremo Tribunal Federal, especialmente considerando a inviolabilidade funcional do advogado público no exercício de sua profissão[761].

[761] "O advogado é passível de responsabilização 'pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa', consoante os artigos 133 da Constituição Federal e o artigo 32 da Lei 8.906/94, que estabelece os limites à inviolabilidade funcional. O erro grave ou grosseiro do parecerista público define a extensão da responsabilidade, porquanto uma interpretação ampliativa desses conceitos pode gerar indevidamente a responsabilidade solidária do profissional pelas decisões gerenciais ou políticas do administrador público. A responsabilidade do parecerista deve ser proporcional ao seu efetivo poder de decisão na formação do ato administrativo, porquanto a assessoria jurídica da Administração, em razão do caráter eminentemente técnico-jurídico da função, dispõe das minutas tão somente no formato que lhes são demandadas pelo administrador. (...) A diversidade de interpretações possíveis diante de um mesmo quadro fundamenta a garantia constitucional da inviolabilidade do advogado, que assegura ao parecerista a liberdade de se manifestar com base em outras fontes e argumentos jurídicos, ainda que prevaleça no âmbito do órgão de controle entendimento diverso" (STF, MS 35196 AgR, Relator(a): Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 12/11/2019). No mesmo sentido: MS 36025 AgR, Relator(a): Cármen Lúcia, Segunda Turma, julgado em 14/06/2021.

Diferente desse entendimento, corre-se o risco de adentrar no chamado “crime de hermenêutica[762]”, classicamente conceituado por Rui Barbosa quando da histórica defesa do juiz Alcides de Mendonça Lima[763].

O direito sancionatório exercido com base no art. 28 da LINDB também comporta instrumentos de consensualidade.

Para além das previsões do termo de ajustamento de conduta (Lei nº 7.347/1985), acordo de não persecução civil (Lei nº 8.249/1992) e termo de compromisso (art. 26 da LINDB), poderá ser celebrado com o agente público um termo de ajustamento de gestão (TAG), regulamentado no art. 11 do Decreto nº 9.830/2019[764].

---

[762] O art. 1º, § 8º da Lei nº 8.429/1992, com a redação dada pela Lei nº 14.230/2021, prevê que não configura improbidade a ação ou omissão decorrente de divergência interpretativa da lei, baseada em jurisprudência, ainda que não pacificada, mesmo que não venha a ser posteriormente prevalecente nas decisões dos órgãos de controle ou dos tribunais do Poder Judiciário. Esse parágrafo foi suspendo por decisão monocrática do Ministro Alexandre de Moraes em medida cautelar da ADI nº 7.236, proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP. Constou como fundamentação do voto da decisão monocrática que suspendeu os efeitos do § 8º do art. 1º: “De fato, embora o propósito do legislador tenha sido proteger a boa fé do gestor público que confia e adota orientações exaradas pelo Poder Judiciário a respeito da aplicação da lei, preservando-o de eventuais oscilações jurisprudenciais, deve ser reconhecido que o critério estabelecido no art. 1º, § 8º, da LIA, é excessivamente amplo e resulta em insegurança jurídica apta a esvaziar a efetividade da ação de improbidade administrativa. (...) A excludente imaginada pelo legislador depende um critério seletivo em relação a quais precedentes judiciais permitiriam ao gestor público a sua adoção em situações concretas. Do contrário, a inovação legislativa em foco, ao invés de proteger o administrador que age de boa-fé, estaria fornecendo ao gestor ímprobo a ocasião de encontrar pretextos para afastar a aplicação correta da legislação administrativa. (...) Assim, a ausência de uma definição clara sobre o alcance da nova excludente, considerando a multitude de decisões e situações de fato a permitir interpretações conflitantes sobre a aplicação da legislação administrativa, causará dificuldade na aplicação da LIA, ampliando conflitos e gerando forte abalo no princípio constitucional da segurança jurídica, comprometendo, inclusive, a regularidade da atividade administrativa e efetividade da tutela da probidade”.

[763] “Para fazer do magistrado uma impotência equivalente, criaram a novidade da doutrina, que inventou para o Juiz os crimes de hermenêutica, responsabilizando-o penalmente pelas rebeldias da sua consciência ao padrão oficial no entendimento dos textos. Esta hipérbole do absurdo não tem linhagem conhecida: nasceu entre nós por geração espontânea. E, se passar, fará da toga a mais humilde das profissões servis, estabelecendo, para o aplicador judicial das leis, uma subalternidade constantemente ameaçada pelos oráculos da ortodoxia cortesã. Se o julgador, cuja opinião não condiga com a dos seus julgadores na análise do Direito escrito, incorrer, por essa dissidência, em sanção criminal, a hierarquia judiciária, em vez de ser a garantia da justiça contra os erros individuais dos juízes, pelo sistema dos recursos, ter-se-á convertido, a benefício dos interesses poderosos, em mecanismo de pressão, para substituir a consciência pessoal do magistrado, base de toda a confiança na judicatura, pela ação cominatória do terror, que dissolve o homem em escravo. (...) Um parecer subalterno pode ter razão contra julgados supremos; um voto individual, contra muitos. A questão, em última análise, se reduz, pois, a isto: um conflito intelectual de duas hermenêuticas, falíveis ambas e ambas convencidas. Alguma das duas pode ser criminosa, quando ambas exprimem o fato mental, involuntário e honesto, de uma convicção?” (BARBOSA, Rui. **Obras Completas de Rui Barbosa**, vol. XXIII, Tomo III, 1896. Posse de direitos pessoais. O júri e a independência da magistratura. p. 228-286. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultural/Fundação Casa de Rui Barbos, 1976. p.228/240).

[764] A Controladoria Geral da União (CGU) abriu no final de 201 uma consulta pública sobre regulamentação do Termo de Ajustamento de Gestão. Diversos Tribunais de Contas Estaduais já estão adotando o instrumento, como é o caso do TCE/RJ e TCE/ES.

O termo de ajustamento de gestão é instrumento consensual que pode ser celebrado entre os agentes públicos e os órgãos de controle interno da Administração Pública com a finalidade de corrigir falhas apontadas em ações de controle, aprimorar procedimentos, assegurar a continuidade da execução do objeto, sempre que possível, e garantir o atendimento do interesse geral, exceto se houver danos ao erário em decorrência de dolo ou erro grosseiro por parte dos agentes públicos (§ 2º do art. 11 do Decreto nº 9.830/2019).

Diversamente do acordo de não persecução civil previsto da lei de improbidade administrativa, que pressupõe conduta dolosa (arts. 1º, §1º e 17-B da Lei nº 8.429/1992) e se caracteriza como instrumento repressivo e sancionatório (art. 17-D da Lei nº 8.429/1992), o termo de ajustamento de gestão é instrumento com nítido caráter preventivo de conduta, pautado na consensualidade de uma concertação prévia entre órgãos fiscalizados e fiscalizadores para definir nortes e condutas que envolvam a gestão pública.

No termo de ajustamento de gestão se atua consensualmente de forma antecipada e preventiva para que os danos aos cofres públicos não ocorram. Isso, contudo, não impede a cumulação dos instrumentos de resolução extrajudicial (termo de ajustamento de gestão e acordo de não persecução cível). Pelo contrário, o uso cumulativo dos instrumentos representa um aumento do âmbito de conformação jurídica para correção da conduta ilícita e seus resultados.

Note-se que o art. 11. §2º do Decreto nº 9.830/2019 veda a celebração do termo de ajustamento de gestão somente nas hipóteses da ocorrência de danos ao erário praticados por agentes públicos que agirem com dolo ou erro grosseiro. Existente dano que não decorra de erro grosseiro ou dolo, é plenamente possível a celebração de TAG que contemple a reparação do dano, eis que não há vedação expressa nesse sentido.

No campo de regulação de condutas, importante papel é desempenhado pelos órgãos de controle - como Controladorias, Corregedorias, Tribunais de Contas e Ministério Público[765] – no sentido de estimular proativamente a celebração de termos de ajustamento de gestão conforme orientações pacificadas de cada órgão, gerando

[765] NUNES, Marcela Cristina Arruda. O Termo de Ajustamento de Gestão como instrumento de contribuição dos Tribunais de Contas, na efetivação de políticas públicas de competência das gestões municipais: aplicação ao TCE-SP. Orientador: Antonio Gelis Filho, 173 f, 2021. Dissertação (mestrado profissional MPGPP). Fundação Getúlio Vargas, Escola de Administração de Empresas de São Paulo, São Paulo.

segurança jurídica aos envolvidos pela exposição dos fundamentos que serão, posteriormente, utilizados quando do controle dos atos e contratos.

O termo de ajustamento de gestão celebrado com determinado órgão de controle servirá como manifestação prévia dos próprios critérios que serão observados pelo controlador no momento de sua fiscalização[766]. Com isso, há previsibilidade do exercício da atividade de controle (que em regra é posterior ao ato de gestão), incidindo, aqui também, as disposições do art. 23 da LINDB. Com isso, não pode o órgão controlador que firmou termo de ajustamento de gestão modificar seu entendimento posteriormente sem que exista, para tanto, fundamentos e regra de transição dessa mudança, que implicará na alteração do próprio termo de ajustamento de gestão.

Possível e recomendável é a celebração de termo de ajustamento de gestão envolvendo agentes públicos e diversos órgãos de controle de forma concertada, possibilitando com isso maior previsibilidade de regramento aos agentes públicos e minimizando efeitos negativos de sobreposição de competências no exercício do controle da Administração Pública. Possuiria um efeito semelhante aos atos normativos conjuntos, como ocorreu, por exemplo, com o ato normativo nº 01/2020 TJ/TCE/MP de 03 de junho de 2020, que no Estado de São Paulo interpretou de forma conjunta, no âmbito de atuação e competência do Tribunal de Contas Estadual, Tribunal de Justiça e Ministério Público, as limitações com gasto de pessoal impostas pela Lei Complementar nº 173/2020.

Mostra-se importante, diante da realidade jurídica brasileira de cumulação de órgãos de controle ostentando diferentes entendimentos e sobreposição da

---

766 "Dos 26 Estados, mais o Distrito Federal, somente 10 Estados não possuem previsão normativa deste importante instrumento consensual de exercício do controle externo. Neste ponto, o que chama atenção é que os dois maiores Estados da federação – São Paulo e Rio de Janeiro – não possuem previsão deste instrumento de controle consensual em seus respectivos tribunais de contas, tanto em âmbito municipal quanto na esfera estadual. O Distrito Federal, assim como o TCE/SC e o TCE/RS também não possuem essa previsão. Em relação aos Estados da Federação que possuem a previsão do TAG, em 5 tribunais de contas (TCM/PA, TCE/TO, TCE/MA, TCE/PI e TCE/GO) a regulamentação deste instrumento é feita através de norma infralegal, com previsão em resoluções e instruções normativas, o que suscita discussões acerca da constitucionalidade de tais disposições (...) O maior desafio é se construir uma política de consensualidade, no âmbito dos Tribunais de Contas, que produza, ao mesmo tempo, prevenção e dissuasão (caráter dissuasório do controle) para evitar novas irregularidades na atuação dos seus jurisdicionados, ao mesmo tempo em que o consenso também seja manuseado sem perder de vista a função primacial que a existência e aplicação das potestades sancionadoras cumprem no contexto da tutela da regularidade formal e material das contas (caráter retributivo do controle)" (OLIVEIRA, José Roberto Pimenta e BARBIRATO, Bruno Vieira da Rocha . O termo de ajustamento de gestão [TAG] e seu regime jurídico nos tribunais de contas brasileiros. **Revista da AGU**, v. 22, n. 02, p.87-111, 2023. p. 108-109).

competência fiscalizatória e sancionatória entre órgãos[767], que o termo de ajustamento de gestão seja utilizado para maximizar uma rede de comunicação entre os próprios órgãos controladores, de forma a permitir maior previsibilidade aos agentes públicos quanto a definição de parâmetros e regras de controle, unificando-se entendimentos e coibindo-se surpresas interpretativas futuras no exercício do controle. Vale aqui a máxima do provérbio popular de que na casa onde tudo mundo manda ninguém obedece.

Essa sinergia é importante para manutenção de políticas públicas à população, que são afetadas por eventuais paralisações decorrentes de controles meramente repressivos ou *a posteriori,* que identificam possíveis ilegalidades somente após sua ocorrência. Preocupa-se, no termo de ajustamento de gestão, que não aconteça o dano.

O termo de ajustamento de gestão é um instrumento a ser aprimorado com o tempo, já que necessita de maior regramento para conferir a adequada segurança jurídica aos agentes públicos, órgãos de controle e população a que se destinam as políticas públicas.

---

[767] Dentre os setes problemas decorrentes da autonomização do controle levantados por Floriano de Azevedo Marques constam a multiplicidade de instâncias e a falta de uniformidade das orientações: "Segundo, a multiplicidade de instâncias. Nos últimos anos, assistiu-se a uma fragmentação do quadro normativo e institucional das atividades de controle, o que muitas vezes faz com que as competências sejam exercidas de maneira sobreposta e excessiva. Nem sempre, no entanto, a multiplicidade de controles gera eficiência, podendo mesmo, se exercido de maneira randômica e sobreposta, constituir entrave ao bom funcionamento da máquina estatal. (...) Quinto, a falta de uniformidade das orientações. A multiplicação de instâncias que exercem atividades de controle assistida nos últimos anos nem sempre é acompanhada pela complementariedade de sua atuação. O exercício da atividade de controle muitas vezes de maneira sobreposta e excessiva faz com que inexista uma uniformidade das orientações veiculadas pelos órgãos de controle, o que acaba por propiciar um desenho complexo do arcabouço de controle, mas sem a devida sistematização e definição das atividades desenvolvidas por cada instituição" (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. **Fórum de Contratação e Gestão Pública** - FCGP, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, abr. 2010. Disponível em: http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=66621. Acesso em: 29 jun. 2015).

Os limites do controle[768] e possíveis assunções indevidas de competências constitucionais e legais[769] (deslocamento da discricionariedade[770]) são obstáculos previsíveis da aplicação do termo, mas que podem, por meio de regras estruturantes, não obstar a efetividade desse instrumento consensual que privilegia a prevenção e não ocorrência de danos ao erário público.

Um outro espectro da consensualidade pode ser sentido pela mudança de comportamento dos órgãos de controle, atualmente mais suscetíveis a métodos preventivos e consensuais de orientação dos agentes públicos. Por exemplo, o Tribunal de Contas da União editou a Resolução nº 315 de 22 de abril de 2020, que dispõe sobre a elaboração de deliberações que contemplem medidas a serem tomadas pelas unidades jurisdicionadas no âmbito do Tribunal de Contas da União.

O art. 14 da Resolução 315/2020 apresenta a denominada "construção participativa das deliberações", prescrevendo que a "unidade técnica instrutiva deve oportunizar aos destinatários das deliberações a apresentação de comentários sobre as propostas de determinação e/ou recomendação, solicitando, em prazo compatível, informações quanto às consequências práticas da implementação das medidas

---

[768] "Portanto, em que pese a importância de buscar a segurança jurídica, há que se ter em conta que os precedentes dos Tribunais de Contas não devem ser utilizados a ponto de castrar a liberdade interpretativa dos agentes públicos, arrefecendo a capacidade de desenvolvimento de outras soluções viáveis para a melhoria da gestão pública" (NOHARA, Irene Patrícia e FERNANDES, Érika Capella. Desafio do alcance de segurança jurídica por meio de precedentes no direito administrativo. In: MAFFINI, Rafael e RAMOS, Rafael [Org.]. **Nova LINDB**: proteção da confiança, consensualidade, participação democrática e precedentes administrativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p.173-195. p. 187).

[769] "Hoje, no ordenamento pátrio, sem dúvida, a legalidade assenta em bases mais amplas e, por conseguinte, há respaldo constitucional para um controle jurisdicional mais amplo sobre a atividade da Administração, como coroamento de uma evolução já verificada na doutrina e na jurisprudência antes de outubro de 1988. Evidente que a ampliação do controle jurisdicional não há de levar à substituição do administrador pelo juiz, encontrando limites" (MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**, 21ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p.393).

[770] "Se o controle é exercido sobremaneira *ex ante*, com a intrusão dos órgãos de controle nas decisões dos gestores, o exercício da discricionariedade pelo administrador público passa a ser substituído pela opção discricionária do controlador, muita vez apresentada sob a roupagem da expertise técnica ou da legitimação apriorística, decorrente do processo de seleção e investidura em cargo público dentro do sistema de controle. Se bem é verdade que as burocracias integrantes do sistema de controle mostram-se extremamente qualificadas e capacitadas, o que nem sempre ocorre - inclusive pela estrutura das carreiras e contexto remuneratório - com outras burocracias da Administração, imputar ao controlador a prerrogativa de fazer opções sobre qual seja a melhor ação administrativa ou a política pública mais adequada apresenta dois graves problemas: de um lado, o déficit democrático, pois tal decisão deve caber a quem é democraticamente legitimado para isso, e não a quem é funcionalmente responsável por verificar a conformidade de tal opção; o segundo problema é ainda pior, pois, assumindo o papel de dizer a melhor opção dentre aquelas facultadas pela margem de discricionariedade, o controlador se desqualifica para controlar tal decisão e sua implementação. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. **Fórum de Contratação e Gestão Pública** - FCGP, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, abr. 2010. Disponível em: http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=66621. Acesso em: 29 jun. 2015).

aventadas e eventuais alternativas", observando o disposto nos arts. 20 e 22 da LINDB.

Para além da figura consensual da construção participativa das deliberações, foi possível perceber uma redução das determinações[771] e aumento das recomendações[772] por parte do TCU após a publicação da Resolução nº 315/2020, permitindo concluir por uma crescente tendência de métodos colaborativos e consensuais no Tribunal[773].

Mais recentemente o TCU editou a Instrução Normativa nº 91 de 22 de dezembro de 2022, que instituiu no âmbito do Tribunal o procedimento de solução consensual de controvérsias relevantes e prevenção de conflitos. A Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (SecexConsenso[774]) colaborou com a aprovação da primeira proposta de resolução consensual, que envolveu disputas relacionadas aos Contratos de Energia de Reserva (CER) do Ministério de Minas e Energia (Acórdão nº 1130/2023, Plenário, Processo: TC 006.253/2023-7, sessão: 07/06/2023).

---

[771] Deliberação de natureza mandamental que impõe ao destinatário a adoção, em prazo fixado, de providências concretas e imediatas com a finalidade de prevenir, corrigir irregularidade, remover seus efeitos ou abster-se de executar atos irregulares (art. 2º, inciso I da Resolução 315/2020 – TCU).

[772] Deliberação de natureza colaborativa que apresenta ao destinatário oportunidades de melhoria, com a finalidade de contribuir para o aperfeiçoamento da gestão ou dos programas e ações de governo. (art. 2º, inciso III da Resolução 315/2020 – TCU).

[773] "Após quase um ano de vigência, quais os resultados da Resolução 315? Na tentativa de encontrar uma resposta, analisei 320 acórdãos do TCU, emitidos em processos de auditoria entre março de 2019 e fevereiro de 2021. Em relação às determinações, houve uma diminuição de 40% (antes da resolução, média de 8,9 determinações por acórdão; após, 5,3). As recomendações seguiram caminho inverso: aumento de 24% (antes, média de 1,78 por acórdão; após, 2,21). Os dados também retratam um cenário de possível migração: deliberações que antes ganhariam o status de determinação passaram a ser qualificadas como recomendações, em tese menos invasivas" (BRAGA, André de Castro Oliveira Pereira. Resolução 315 do TCU: início de uma revolução no controle? Evidências sugerem que o TCU entrou em rota de autocontenção. *Portal Jota*, 10 mar 2021. Disponível em: https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2021/03/10.03.21-Resolucao-315-do-TCU_-inicio-de-uma-revolucao-no-controle_JOTA.pdf. Acesso: 10 jun 2023).

[774] Comentando sobre a criação da SecexConsenso, o Ministro do TCU Benjamin Zymler, durante o XI Fórum Jurídico de Lisboa, afirmou que "o Direito não tem resposta objetiva, biunívoca, para cada um dos problemas que surgem. Pedidos de reequilíbrio econômico e financeiro, aditivos contratuais, mudança no plano de encargos… Nós não temos resposta para essas perguntas, nem temos mecanismos de controle apropriados. Essa é uma zona de negociação de autocomposição. Acho que o TCU fez um passo no sentido de homenagear a ideia de autocomposição entre Poder concedente, agências regulatórias e as empresas. Editamos normativa que cria a solicitação de solução consensual, um procedimento por meio do qual agências reguladoras, poder concedente e autoridades especificadas podem solicitar ao tribunal análise de um termo de autocomposição que será firmado entre as partes" (Revista Consultor Jurídico. **Secretaria criada pelo TCU dá força a acordos por autocomposição**, 26 jul. de 2023. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2023-jul-26/secretaria-criada-tcu-forca-acordos-autocomposicao. Acesso em: 27 jul 2023).

Por meio do termo de ajustamento de gestão é possível ultrapassar o exercício do controle em seu sentido meramente reativo e correcional *a posteriori* (sancionatório e corretivo), para o controle como parte estrutural para construção de uma adequada Administração Pública, de forma didática e preventiva (sentido orientador e conformador). Permite-se ao órgão de controle passar de um olhar de fora (meramente externo) para o olhar de dentro para fora (externo-interno), sem perder, entretanto, sua condição de órgão de controle externo.

2.10 Consulta pública, consensualidade, legitimação pela abertura dialógica do compartilhamento da responsabilidade política e controle social

A consulta pública é instrumento da expressão da democracia participativa[775].

O Brasil, acompanhando tendência de outros países[776], com destaque à Constituição espanhola de 1978[777], começou a desenvolver instrumentos jurídicos de maior participação popular na atividade pública[778], em especial a partir do movimento de redemocratização refletido na Constituição Federal de 1988[779], na reforma

[775] "A questão central da democracia participativa, direito da quarta geração, é tanto suprir a intermediação – inerente à democracia indireta – quanto, e paralela e sequencialmente, substituir a 'representação' (que implica alienação): o voto direto no computador arquivando o voto na urna (da democracia indireta). É um processo de construção gradual que não compreende o banimento de todas as formas de representação, mas sua substituição por aqueles instrumentos de participação popular que implicam intervenção do governo na governança e seu controle sobre os governantes" (AMARAL, Roberto. A democracia representativa está morta: viva a democracia participativa. In: GRAU, Eros Roberto, GUERRA FILHO, Willis (org). **Direito Constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 48).

[776] "A segunda metade do Século XX presenciou o surgimento de uma instituição complexa, que pretende alcançar, tanto no âmbito político, quanto administrativo, a maior participação dos cidadãos nos assuntos públicos, mediante o reconhecimento, nos ordenamentos constitucionais, do direito subjetivo de participação pública" (CASSAGNE, Juan Carlos. **Os grandes princípios do Direito Público, Constitucional e Administrativo**. Tradução: Marly Peres. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017. p.409).

[777] A Constituição espanhola de 1978 prevê em seu art. 23. 1 que "*los ciudadanos tiene el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal*".

[778] "A participação popular na gestão e no controle da Administração Pública constitui o dado essencial que distingue o Estado de Direito Democrático do Estado de Direito Social. Corresponde às aspiração do indivíduo de participar, quer pela via administrativa, quer pela via judicial, da defesa da imensa gama de interesses públicos que o Estado, sozinho, não pode proteger" (DI PIETRO, M. S. Z. Participação popular na administração pública. **Revista de Direito Administrativo**, v. 191, p. 26–39, 1993. p.38).

[779] O Direito Administrativo de mão única caminha para modelos de colaboração, acolhidos em modernos textos constitucionais e legais, mediante a perspectiva de iniciativa popular ou de cooperação privada no desempenho das prestações administrativas" (TÁCITO, Caio. Direito Administrativo participativo. **Revista de Direito Administrativo**, v. 209, Rio de Janeiro, p. 1–6, 1997. p.02).

gerencial do Estado de 1995[780] e na processualização do direito administrativo como meio de defesa de direitos fundamentais[781].

A consulta pública é um meio não presencial (remoto) de participação popular consensual no exercício do poder estatal[782], naturalmente decorrente do sistema democrático[783], consistindo em âmbito para manifestações críticas, sugestões, reclamações, elogios e demais apontamentos sobre a matéria posta em debate (multiplicidade de visões), possibilitando a legitimidade da produção normativa derivada de uma construção coletiva[784] através de uma democracia administrativa[785].

---

[780] MARRARA, Thiago. Consultas públicas: o que mudou com a LINDB? In: MAFFINI, Rafael e RAMOS, Rafael [Org.]. **Nova LINDB**: proteção da confiança, consensualidade, participação democrática e precedentes administrativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p.153-172. p.154.

[781] "Note-se que o encarecimento do processo administrativo com os princípios que o norteiam em sistema constitucional não finda na dicção apenas de seu reconhecimento como garantia do administrado, mas se apresenta em outros direitos que são erigidos na mesma condição constitucional fundamental, como se tem com o reconhecimento do direito de petição aos poderes públicos" (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, v. 209, p. 189–222.Rio de Janeiro, p.200).

[782] Dentre outros instrumentos de participação popular, pode-se destacar o plebiscito, o referendo, a iniciativa popular legislativa (arts. 14, incisos I a III, 27, § 4º, 29, inciso XIII e 61, § 2º da Constituição Federal) e a audiência pública (art. 58, § 2º, inciso II da Constituição Federal). É obrigatória a consulta prévia mediante plebiscito da população envolvida nas hipóteses de incorporação, subdivisão ou desmembramento entre Estados ou Municípios (art. 18, §§ 3º e 4º da Constituição Federal). Exemplo de plebiscito foi o constante da Lei nº 8.624/93 sobre a forma e o sistema de governo a serem adotados no Brasil nos termos do art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (Emenda Constitucional nº 02/92). Decidiu-se pela adoção do regime republicano e do sistema presidencialista. Quanto a exemplo de referendo no Brasil, tem-se que por força do Decreto Legislativo n° 780/2005 houve em 23 de outubro de 2006 um referendo sobre a revogação ou não do art. 35 do Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/2005), que proibia a comercialização de arma de fogo e munição em todo o território nacional, salvo para as entidades previstas na lei. A questão expressa era: "*o comércio de armas de fogo e munição deve ser proibido no Brasil?".* O resultado foi pela proibição da comercialização livre de armas de fogo e munição em todo o território brasileiro. Sobre o assunto de instrumento de democracia direta ver: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. Plebiscito e referendo: instrumentos da democracia direta: uma reflexão jurídica sobre a teoria e prática de sua utilização. **Revista Jurídica**, Brasília, v. 7, nº 74, ago/set, 2005.

[783] "A participação e a fiscalização da coisa pública não são frequentes. Perdemos o contato com a participação com a coisa pública. Não representamos contra as ilegalidades e abuso de poder. Não representamos quando nos deparamos com uma inconstitucionalidade. Enfim, não estamos habituados a exercer os direitos de cidadania. Não escrevemos para os parla mentares protestando contra determinada situação. Não temos o hábito de participar da fiscalização da coisa pública, o que deixa as autoridades sem fiscalização apertada" (ARAÚJO, Luiz Alberto David. Formas da participação popular na gestão da coisa pública. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva, MENDES, Gilmar Ferreira e TAVARES, André Ramos (coord.). **Lições de direito constitucional**: em homenagem ao jurista Celso Bastos, p. 643-656.São Paulo: Saraiva, 2005. p. 650)

[784] BITENCOURT, Caroline Müller e LEAL, Rogério Gesta. Participação democrático e a necessidade de consulta pública quando da elaboração legislativa para configuração das políticas públicas: um olhar sobre as vantagens da democracia deliberativa. In: MAFFINI, Rafael e RAMOS, Rafael [Org.]. **Nova LINDB**: proteção da confiança, consensualidade, participação democrática e precedentes administrativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p.123-151. p. 146.

[785] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 515.

Na prática, trata-se da abertura de prazo para manifestação popular por escrito sobre determinado texto ou matéria submetida pela Administração Pública com o escopo de buscar elementos para subsidiar e qualificar sua decisão política, isso através da participação direta da população no fornecimento de informações, dados, contribuições e opiniões[786].

Dessa forma, a consulta pública se manifesta como direito de a população influenciar a tomada de decisões políticas do Poder Público[787]. É um meio de abertura dialógica do poder estatal com o escopo de refletir e perceber as necessidades e interesses da população, que ao fundo, é uma das razões de ser do próprio Estado[788].

Caracteriza-se, ao lado da audiência pública, como instrumento consensual[789] de legitimação normativa decorrente do compartilhamento de responsabilidades (corresponsabilidade) entre governantes e governados. Isso decorre da oportunidade do exercício da influência do participante da consulta ou audiência pública frente aos representantes do administrador público.

Para além do direito de influência, também resguarda um direito de constrangimento às opções escolhidas pela Administração Pública, já que o exercício

---

[786] A consulta pública é frequentemente utilizada pelo Supremo Tribunal Federal em processos complexos e relevantes, bem como pelo Congresso Nacional (Câmara Federal e Senado) quanto a projetos de leis com repercussão. O próprio CPC em seu art. 927, § 2º, como forma de propiciar maior segurança jurídica e abertura de participação popular, prevê que a alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. A consulta pública, sob o prisma da ampliação da participação de terceiros para subsidiar a decisão final da autoridade pública, guarda semelhança com o escopo do *amicus curiae* no processo judicial (arts. 15 e 138 do CPC e art. 7º, § 2º da Lei nº 9.868/199). Juliano Heinen destaca que "se no âmbito do Poder Judiciário temos a figura do *amicus curiae*, o art. 29 da LINDB cria a figura do *amicus publicae administrationis* ou, no limite, teríamos o *amicus norman* ('amigo da norma')" (HEINEN, Juliano. A formação do consensus a partir das bases normativas do art. 29 da Lri de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. In: MAFFINI, Rafael e RAMOS, Rafael [Org.]. **Nova LINDB**: proteção da confiança, consensualidade, participação democrática e precedentes administrativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p.109-121. p. 118).

[787] "Además, hoy, a la vigencia de la democracia no basta ganar con elecciones. (...) Es necesario un cambio de paradigma relacional gobernantes-gobernados: relación horizontal y directa, sin necesidad de su difusión, disolución participacional, únicamente en términos de la sociedad civil, con un nuevo contrato social de corresponsabilización. Hoy, el ciudadano quiere transparencia en el ejercicio de los poderes públicos y posibilidades de participación, compartir el liderazgo, con dirigentes gestores de propuestas y no soberanos iluminados e intocables, confiscadores del poder general" (CONDESSO, Fernando dos Reis. **Derecho a la información**: Crisis del sistema político y transparencia de los Poderes Públicos. Madrid: Editorial Dykinson, 2011. p. 16/17).

[788] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da Participação Política**: legislativa, administrativa, judicial. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p.65.

[789] FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Instrumentos da Administração Consensual: a audiência pública e sua finalidade. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico** (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, agos-out, 2007. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=239. Acesso em: 15 mar 2023.

da democracia tem dentre seus resultados o contingenciamento de conflitos[790] originados pela defesa de interesses próprios contraditórios[791].

O art. 29, *caput* da LINDB estabelece que em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos[792] 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[793].

O § 1º aponta como regra da consulta pública que 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.

Trata o art. 29 dos regulamentos administrativos[794], como os decretos, instruções normativas, resoluções, pareceres normativos, súmulas administrativas e quaisquer outros instrumentos, independentemente de sua nomenclatura[795], que

---

[790] CAGGIANO, Monica Herman Salem. Democracia x constitucionalismo. **Cadernos de Pós-Graduação em Direito: estudos e documentos de trabalho/Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP**. São Paulo, nº 1, 2011. p. 08. Ver também: LORAUX, Nicole. Nas origens da democracia: sobre as origens da democracia. Tradução de Rachel de Andrade C. Brasiliano. *Revista Discurso*, nº 11, São Paulo: Universidade de São Paulo, 1979. p. 13.

[791] "Aristóteles – recordémoslo – clasificaba la democracia entre las formas degenerativas de gobierno: para él, la democracia era mal gobierno de los muchos, porque en ella los pobres gobernaban em su propio interés (em vez del interés general). La democracia definida como gobierno de los pobres en su propio provecho, nos impacta como una anticipación extraordinaria de modernidad, como una visión socioeconómica de democracia" (SARTORI, Giovanni. ***¿Qué es la democracia?*** Tradução: Miguel Angel González Rodríguez. México: Instituto Federal Electoral, 1993. p. 140).

[792] "Normalmente, fala-se em poder regulamentar; preferimos falar em poder normativo, já que aquele não esgota toda a competência normativa da Administração Pública; é apenas uma de suas formas de expressão, coexistindo com outras (...) Insere-se, portanto, o poder regulamentar como uma das formas pelas quais se expressa a função normativa do Poder Executivo. Pode ser definido como o que cabe ao Chefe do Poder Executivo da União, dos Estados e dos Municípios, de editar normas complementares à lei, para sua fiel execução" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativ***o*, 35ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. E-book).

[793] "O artigo 29 trata da possibilidade de ser feita consulta pública em caso de edição de certos atos normativos, o que, como mencionado, é uma faculdade bem-vinda, e não uma obrigação. Labora na linha do que determina o Decreto 8.243/14, que instituiu a Política e o Sistema Nacional de Participação Social" (SCAFF, Fernando Facury. Quem controla o controlador? Considerações sobre as alterações na Lindb. **Revista Consultor Jurídico**, 17 abril 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-abr-17/quem-controla-controlador-notas-alteracoes-lindb. Acesso em: 16 jul 2023).

[794] "Regulamentos são atos normativos – isto é, atos jurídicos contendo normas jurídicas, gerais e abstratas – que são emanados no exercício da função administrativa, no exercício de poderes jurídico-administrativos. (AROSO DE ALMEIDA, Mário. **Teoria Geral do Direito Administrativo**, 10ª ed. Almedina: Coimbra, 2012. p. 251).

[795] "O art. 29 contrapõe, assim, à concepção arcaica de que todos os regulamentos poderiam ser editados sem contraditório, pois eles nunca conteriam quaisquer inovações jurídicas, que seriam reservadas às leis. Essa contraposição é coerente com outras normas da nova LINDB, que reconhecem a natureza criativa e constitutiva dos atos de aplicação do direito público em geral" (SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo**: o novo olhar da LINDB. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p.56/57).

emanem efeitos externos ao próprio funcionamento interno do órgão regulador e atinja esfera jurídica de terceiros (poder extroverso[796]).

A regulamentação é fonte normativa secundária[797] que tem função meramente executória[798], sem o valor normativo primário típico da lei[799]. Pela doutrina majoritária[800], não pode o regulamento criar ou extinguir direito ou obrigação[801], já que essas atribuições são destinadas à lei pelo art. 5º, inciso II da Constituição Federal[802]

[796] O poder extroverso legitima a imperatividade como elemento do ato administrativo, permitindo que o Poder Público edite "provimentos que vão além da esfera jurídica do sujeito emitente, ou seja, que interferem na es fera jurídica de outras pessoas, constituindo-as unilateralmente em obrigações" (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**, 32ª ed. Malheiros: São Paulo, 2015. p. 427).

[797] VITTA, Heraldo Garcia. *Poder de Polícia*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 74.

[798] "Portanto, no direito brasileiro, excluída a hipótese do artigo 84, VI, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, só existe o regulamento de execução, hierarquicamente subordinado a uma lei prévia, sendo ato de competência privativa do Chefe do Poder Executivo" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, 35ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. E-book).

[799] "Aun cuando se sostuviese la existencia de potestades autónomas del ejecutivo para la protección de los intereses unitarios del Estado, eso sólo podía valer en la medida en que no se produjeran contradicciones con las exigencias de protección de los derechos de los particulares, la libertad y la propiedad. Según una regla básica del Estado de derecho, las regulaciones eran objeto de una reserva de ley que excluía la acción independiente de la Administración. La tarea típica de la ley consistía, por consiguiente, en disciplinar los puntos de colisión entre intereses públicos e intereses particulares mediante valoración respectiva del poder público y de los derechos particulares, de la autoridad y de la libertad" (ZAGREBELSKY, Gustavo. ***El derecho dúctil****: Ley, derechos, justicia*, 10ª ed. Tradução: Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2011. p. 27/28).

[800] "Todos los Reglamentos, com la excepción de los Reglamentos organizativos, deben surgir como complementos de esta regulación legal. Las deslegalizaciones tienen un campo posible, pero no allí donde la Constitucion há impuesto el principio de reserva de la Ley" (GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Hacia una nueva Justicia Administrativa**, 2ª ed. Madrid: Editorial Civitas S.A, 1992.p. 57/58).

[801] "Em decorrência disso, a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados, para tanto, ela depende de lei" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, 35ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. E-book).

[802] É possível a edição de decretos autônomos nas hipóteses do art. 84, inciso VI, alíneas "a" e "b" da Constituição Federal (organização e funcionamento da administração sem aumento de despesa ou criação e extinção de órgãos públicos e extinção de funções ou cargos públicos quando vagos). Sobre os limites do regulamento, ver: STF, ADI 4874, Relatora Mina. Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 01/02/2018.

(princípio da legalidade[803]). Por essa razão, o regulamento, apesar de poder inovar[804], não pode contrariar frontalmente o disposto na lei regulamentada[805].

A disposição do art. 29 é voltada para todos os membros de Poderes[806] (Executivo, Legislativo e Judiciário) no exercício da atividade administrativa normativa[807], exceto os atos de mera organização interna, como atos ordinatórios que visem disciplinar a conduta funcional de servidores e o funcionamento interno da Administração Pública[808], instrumentalizados por meio de circulares, avisos, portarias, instruções, provimentos, ordens de serviço, ofícios, despachos de demais atos cujas disposições não emanem efeitos externos e não atinja a esfera jurídica de terceiros.

A decisão pela convocação de consulta pública deverá ser motivada observando suas consequências práticas (art. 18, § 1º do Decreto nº 9.830/2019)

As propostas de consulta pública que envolverem atos normativos sujeitos a despacho do Presidente da República observarão o disposto nos arts. 40 a 43 do Decreto nº 9.191/2017 (art. 18, § 4º do Decreto nº 9.830/2019).

Tal como já prevista nos arts. 31 a 34 da Lei nº 9.784/1997 (lei de processo administrativo federal), a consulta pública instituída no art. 29 da LINDB - mantendo

---

803 "A diferença entre lei e regulamento, no Direito brasileiro, não se limita à origem ou à supremacia daquela sobre este. A distinção substancial reside no fato de que a lei pode inovar originariamente no ordenamento jurídico, enquanto o regulamento não o altera, mas tão somente desenvolve, concretiza ou torna específico o que já está disposto na lei". (MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**, 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021 –Série IDP. Livro Digital – Epub).

804 "A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou entendimento no sentido de que decreto expedido pelo Chefe do Poder Executivo não possui o condão de suspender a eficácia de ato normativo de hierarquia superior" (STF, ARE 1244859 AgR, Relator Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 21/06/2021). Em sentido contrário, entendendo que o Poder Executivo pode negar aplicação à lei reputada inconstitucional sem prévia decisão judicial nesse sentido, cabe apontar doutrinariamente o posicionamento de Elival da Silva Ramos (RAMOS, Elival da Silva. **A Inconstitucionalidade das Leis**: vício e sanção. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 237), Hely Lopes Meirelles (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*, 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 538), José Joaquim Gomes Canotilho (CANOTILHO. José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 417/418) e Gustavo Binenbojm (BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira** – Legitimidade democrática e instrumentos de realização, 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 275/276).

805 ROMANO, Santi. Princípios de Direito Constitucional Geral. Tradução: Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 356.

806 "O art. 29 da LINDB traça mandamento geral sobre a participação, voltado ao procedimento de elaboração de atos normativos pela Administração Pública. Versa, pois, sobre os regulamentos, que necessariamente não devem ser editados somente pela chefia do Poder Executivo" (NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **As normas de Direito Público na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro**: paradigmas para interpretação e aplicação do Direito Administrativo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019. p.213/214).

807 Exemplificando a abrangência, a norma é aplicável ao exercício do poder normativo pelo Conselho Nacional de Justiça, Conselho Nacional do Ministério Público, Tribunais de Contas, Defensorias Públicas, Advocacias Públicas, conselhos de fiscalização profissional e agências reguladoras, dentre outros órgãos que exerçam poder normativo que não configure mera organização interna.

808 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo**, 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p.166

sua relevante característica democrática -, constitui meio de instrução processual[809] apto a subsidiar o Poder Público (consulente) na tomada de decisões políticas na edição de atos normativos[810]. Institui o art. 29 um conjunto de normas voltadas à procedimentalização do devido processo legal da consulta pública[811].

Primeiro ponto relevante é que a realização da consulta pública é facultativa ao administrador. Essa facultatividade é clara pelo uso do verbo "poderá" no *caput* do art. 29[812], assemelhando-se à faculdade prevista no art. 21, parágrafo único da Lei nº 14.133/2021, onde consta que a Administração Pública poderá submeter a licitação a prévia consulta pública, mediante a disponibilização de seus elementos a todos os interessados, que poderão formular sugestões no prazo fixado[813].

Pela redação do art. 29 da LINDB, o administrador, salvo disposição legal em contrário, mantém a discricionariedade, através de seu juízo de conveniência e

---

[809] MARRARA, Thiago. Consultas públicas: o que mudou com a LINDB? In: MAFFINI, Rafael e RAMOS, Rafael [Org.]. **Nova LINDB**: proteção da confiança, consensualidade, participação democrática e precedentes administrativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p.153-172. p.159.

[810] "A consulta pública tem natureza de ato jurídico processual. Trata-se, com efeito, de ato que integra o processo administrativo que dará origem à norma expedida pela autoridade administrativa. Na qualidade de ato jurídico procedimental, a consulta pública produz consequências jurídicas: gera direitos – direito de todos os interessados de terem suas manifestações devidamente respondidas pela administração – e deveres – o dever da autoridade de responder todos os questionamentos, de forma motivada" (LEVIN, Alexandre. Consulta e Audiência Pública: considerações sobre o art. 29 do Decreto-Lei n. 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro** – Anotada, vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. P. 466).

[811] OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A Expansão da Consulta Pública: vetores de eficiência, responsividade e legitimidade da atividade normativa administrativa. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro** – Anotada, vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p.460.

[812] Em sentido contrário, entendendo que o art. 29 trouxe uma obrigatoriedade da realização de consulta pública: "A esta altura não resta mais dúvida de que o art. 29 da LINDB trouxe um dever, e não uma faculdade. (..) A consulta pública surge, então, como requisito de validade do ato administrativo normativo. A falta de consulta pública (ou a realização de consulta pública vazia de sentido), e a consequente omissão da Administração Pública, afeta a validade da norma, por implicar em ausência de motivação" (MONTEIRO, Vera. Art. 29 da LINDB - Regime jurídico da consulta pública. **Revista de Direito Administrativo**, p. 225–242, 2018. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77656. Acesso em: 17 jun. 2023). No mesmo sentido, entendendo se tratar de um poder-dever e não uma faculdade do administrador: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo e VÉRAS DE FREITAS, Rafael. **Comentários à Lei nº 13.655/2018 [Lei da Segurança para a Inovação Pública]**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019. p. 154.

[813] Há também a previsão da figura do diálogo competitivo - próxima ao ideal de consulta pública - que é uma modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos (arts. 6º, inciso XLII e 32 da Lei nº 14.133/2021).

oportunidade, de promover ou não consulta pública antes da edição de ato normativo regulamentador[814].

De fato, considerar a realização de consulta pública prévia como dever do administrador teria potencial de provocar um maior engessamento no âmbito da regulamentação, especialmente quanto a matérias sem maior relevância, impacto ou aprofundamento técnico-burocrático. Essa discricionariedade na escolha da realização ou não da consulta pública pelo administrador público, contudo, pode esvaziar a aplicabilidade do próprio art. 29[815].

Há matérias que são extremamente relevantes pelo impacto na sociedade e que são revestidas de tecnicidade e especificações informativas que muitas vezes os próprios agentes públicos não dispõem, sendo relevante a realização de consulta pública para oitiva dos setores envolvidos para maior aprimoramento do ato normativo via consenso, evitando uma norma a esmo dissociada da realidade que regula[816], vez que formulada sem a tentativa de diálogo prévio com os potenciais afetados.

Quanto a projetos de lei (e não regulamentos) que envolvam assuntos considerados relevantes, sempre houve a preocupação do legislador com a obrigatoriedade da participação popular – incluindo a consulta pública – como, por exemplo, a consulta pública sobre questões locais aprovadas pelas Câmaras

---

[814] Roberto Gargarella explica sobre a crise de representatividade que sofrem as instituições políticas e os representantes eleitos pela população, acentuando que a própria estrutura das instituições, fortemente impregnada pelo elitismo da sociedade, não permite maior participação popular na toada de decisões no âmbito político: "conforme a mi investigación, em efecto, la presente 'crisis de representación" tiene mucho que ver con el modo en que las mismas instituciones políticas fueron diseñadas. Según mi trabajo, tales instituciones no fueron diseñadas con el objetivo de promover la intervención de la ciudadanía en los asuntos públicos, sino que, por el contrario, fueron más bien pensadas para desalentar dicha participación. Los 'padres fundadores' del sistema representativo rechazaban drásticamente todo tipo de democracia directa; desconfiaban de toda intervención activa de la ciudadanía en política; y, fundamentalmente, temían a las Asambleas y las discusiones mayoritarias. De allí que se procurase separar y dotar de enorme autonomía al cuerpo de representantes. De allí, en buena medida, que hoy contemos con un sistema político más sensible a las presiones de los grupos de interés que a la voluntad de la ciudadanía" (GARGARELLA, Roberto. **Crisis de la representación política**. Distribuciones Fontamara: México DF, 2002. p. 93).

[815] "A democratização das instituições e dos comportamentos administrativos é o pressuposto da Administração Pública transparente, impondo uma transformação da natureza das relações entre esta e os administrados, que passa pela aplicação da regra democrática da publicidade para desenraizar a tendência de segredo na Administração Pública e pela motivação dos atos administrativos para evitar que um muro de incompreensão a separe dos administrados". (MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência administrativa**: publicidade, motivação e participação popular, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 45).

[816] HEINEN, Juliano. A formação do consensus a partir das bases normativas do art. 29 da Lri de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. In: MAFFINI, Rafael e RAMOS, Rafael [Org.]. **Nova LINDB**: proteção da confiança, consensualidade, participação democrática e precedentes administrativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p.109-121. p. 118.

Municipais e encaminhadas à Justiça Eleitoral até 90 (noventa) dias antes da data das eleições (art. 14, § 12 da Constituição Federal); a consulta pública no âmbito municipal sobre as propostas do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, como condição obrigatória para sua aprovação pela Câmara Municipal (art. 44 da Lei nº 10.257/2001) e a consulta pública para aprovação de leis municipais referentes à gestão democrática da cidade, como o Plano Diretor[817] e matéria urbanística[818] e ambiental[819] (arts. 2º, inciso II e art. 43, inciso II da Lei nº 10.257/2001).

De volta ao campo regulatório, mesmo antes do art. 29 da LINDB, a Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/1997) já previa a obrigatoriedade de consulta pública quanto a atos regulatórios. O art. 42 (revogado pela Lei nº 13.848/2019), previa que as minutas de atos normativos serão submetidas à consulta pública, formalizada por publicação no Diário Oficial da União, devendo as críticas e sugestões merecer exame e permanecer à disposição do público na biblioteca.

Também anterior é a Lei nº 13.334/2016 (Programa de Parcerias de Investimentos – PPI), que em seu art. 6º, inciso I estabelece a obrigatoriedade de consulta pública prévia para a edição de planos, regulamentos e atos que formalizem e tornem estáveis as políticas de Estado fixadas pelo Poder Executivo para cada setor regulado, de forma a tornar segura sua execução no âmbito da regulação administrativa.

Já posteriormente à Lei nº 13.655/2019, o art. 9º da Lei nº 13.848/2019 (Lei Geral das Agências Reguladoras) estabelece que serão objeto de consulta pública, previamente à tomada de decisão pelo conselho diretor ou pela diretoria colegiada da Agência Reguladora, as minutas e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados.

---

[817] A Resolução nº 25/2005 do Conselho das Cidades traz orientações sobre a realização de audiências públicas e consultas públicas no âmbito dos planos diretores dos Municípios.

[818] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao Estatuto da Cidade**, 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 283.

[819] "Anote-se que essa participação é uma derivação do princípio da participação popular nas instâncias de poder como fundamento do Estado democrático (ins. II e V do art. 1º. da Constituição do Brasil). Acentua-se esse princípio em matéria ambiental por ser de responsabilidade social e estatal a garantia do meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225)" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADPF 651. Relatora: Cármen Lúcia. Brasília, julgado 28/04/2022). Algumas Constituições Estaduais preveem a participação popular prévia na aprovação de projetos de lei em matéria ambiental-urbanística, como é o caso de São Paulo (art. 180, inciso II e at. 191), Mato Grosso (art. 301, inciso V), Rio Grande do Sul (art. 168, caput e 177, § 5º) e Pernambuco (art. 144, § 2º, alínea "d" e art. 207).

A Lei nº 13.874/2019 (Declaração de Direitos de Liberdade Econômica) prevê em seu art. 5º o instituto da análise do impacto regulatório. Dessa forma, as propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, devem ser submetidas à prévia análise do impacto regulatório regulamentada pelo Decreto nº 10.411/2020[820], para se aferir os possíveis efeitos do ato normativo e a razoabilidade do seu impacto econômico[821].

A consulta pública, especialmente no campo regulatório[822], serve como meio de coleta de informações para definição do conteúdo normativo regulamentador, permitindo, dentre outras coisas, que se desenvolva estratégias de controle de comportamentos (fomentando ou inibindo), mecanismos de diagnose e prognose, estimativa de resultados pretendidos e instrumentos de reorganização, estímulo e desestimulo (oneração ou desoneração).

A consulta pública deverá ser preferencialmente por meio eletrônico. A sua realização por outros meios não implica em nulidade, desde que garantida a ampla publicidade na divulgação da consulta, de forma a permitir a devida participação popular.

Apesar de silente o art. 29 da LINDB, bem como o Decreto nº 9.830/2019, os órgãos federais, por força da aplicação do art. 41, inciso I do Decreto nº 9.191/2017 e art. 11, incisos I e II do Decreto nº 9.215/2017, deverão publicar a consulta pública no Diário Oficial da União (DOU). Assim, além da divulgação preferencialmente por meio eletrônico (página eletrônica oficial), também é necessária a publicação da consulta pública no Diário Oficial da União (art. 41, inciso I do Decreto nº 9.191/2017 e art. 11, incisos I e II do Decreto nº 9.215/2017), que também tramita pelo meio eletrônico.

---

[820] Por exemplo, a ANA (Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico) publicou a Resolução nº 158/2023, que aprovou a Agenda de Avaliação de Resultado Regulatório para o período de 1º de janeiro de 2023 a 31 de dezembro de 2026.

[821] Enunciado nº 38 da I Jornada de Direito Administrativo do Conselho da Justiça Federal (CJF): A realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR) por órgãos e entidades da Administração Pública federal deve contemplar a alternativa de não regulação estatal ou desregulação, conforme o caso.

[822] Como exemplos, podemos citar a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), que promoveu consulta pública e audiência pública (audiência pública nº 4/2023) para colher sugestões e contribuições à minuta de Resolução que estabelece a terceira norma do Regulamento das Concessões Rodoviárias, aplicável aos contratos de concessão de exploração de infraestrutura rodoviária, que trata do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, buscando atualizar o marco regulatório das concessões rodoviárias federais. A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), promoveu a consulta pública nº 1.158/2023, que trata de minuta para modernizar as regras, os fluxos e os procedimentos para a comprovação de segurança e autorização de uso de novos alimentos e novos ingredientes.

Para que possa atingir o objetivo originário de instrumento de aproximação da democracia direta em padrões contemporâneos[823], a consulta pública ostenta elementos estruturais que devem ser observados pela Administração Pública[824], como forma de contemplar os direitos subjetivos do participante, sob pena de esvaziamento da funcionalidade do instrumento (desiderato normativo e teleológico) e, consequentemente, nulidade de sua realização pela imprestabilidade finalística em seu trâmite operacional.

São direitos subjetivos dos participantes: o direito de acesso a documentos, o direito de participação efetiva, o direito da consideração da manifestação (possibilidade de influência) e o direito de resposta:

> Para que a consulta seja efetiva e não meramente simbólica, a esses participantes (impropriamente chamados de interessados pela LINDB) devem ser garantidos, quatro direitos subjetivos: (i) o de acesso aos autos, que a lei prevê de modo explícito no § 1º do art. 29; (ii) o de manifestação escrita; (iii) o direito à consideração da manifestação e (iv) o de resposta. Todos eles derivam da própria lógica e finalidade da consulta. Dessa maneira, ao violá-los, a Administração maculará a participação e poderá ocasionar a anulação da consulta[825].

O direito de acesso à informação pública decorre diretamente do princípio da publicidade e da transparência[826]. O acesso a documentos públicos que possam

---

[823] Sobre a origem, evolução e adaptação da democracia direta para a contemporaneidade, ver: SHAPIRO, Ian. **Os fundamentos morais da política**. Tradução: Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 248; LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**, 2ª ed. Tradução: Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1979. p.155; SARTORI, Giovanni. ***Qué es la democracia?*** Tradução: Maiguel Angel González Rodríguez. México: Instituto Federal Electoral, 1993. p. 141; BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. Uma defesa das regras do jogo, 6ª ed. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 24; MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 10; DAHL, Robert Alan. **A Democracia e seus críticos**. Tradução: Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 32; e BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**, 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p.346.

[824] "Concebida como a possibilidade de intervenção direta ou indireta do cidadão na gestão da Administração Pública, de caráter consultivo ou deliberativo, a participação popular na Administração Pública - ou participação administrativa -é considerada um dos principais meios para tomar efetiva a democracia administrativa" (OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. As audiências e o processo administrativo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, v. 209, Rio de Janeiro, p. 153–167, 1997. p.157).

[825] MARRARA, Thiago. Consultas públicas: o que mudou com a LINDB? In: MAFFINI, Rafael e RAMOS, Rafael [Org.]. **Nova LINDB**: proteção da confiança, consensualidade, participação democrática e precedentes administrativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p.153-172. p.168.

[826] "En nuestros días, la información es poder: empodera a las personas para la satisfacción de necesidades y el logro de objetivos individuales y colectivos. De esa manera, una persona informada conoce y puede decidir, elegir y participar de forma más libre y autónoma em aquello que le es proprio y en lo que concierne a la comunidade" (MARTÍNEZ, Alejandro Rosas. Información y Víctimas. **Derecho Comparado de la información**, nº 21, jan-jun 2013. p. 102).

influenciar na consulta pública é inerente ao exercício da participação popular[827] (art. 9º, inciso II da Lei nº 12.527/2011), resguardadas as exceções constitucionais e legais quanto à proteção da inviolabilidade da intimidade, imagem, honra e vida privada, além do sigilo imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (arts. 5º, incisos X e XXXIII da Constituição Federal).

O direito de participação efetiva obriga que o procedimento permita a efetiva participação de qualquer pessoa que queira colaborar. Esse direito também engloba o direito de petição (art. 5º, inciso XXXIV, alínea "a" da CF) e o direito à ampla divulgação da consulta pública como potencializador do controle social dos atos estatais fomentado pela transparência[828].

A consulta pública, além de ter no ato de sua convocação a minuta do ato normativo, a motivação do ato e a fixação do prazo e as demais condições (art. 18, § 2º do Decreto nº 9.830/2019), deverá ser divulgada amplamente nos meios de comunicações ou por meios que garantam o devido acesso ao seu conteúdo, incluindo linguagem de fácil compreensão em procedimento objetivo, ágil e transparente (arts. 5º e art. 9º, inciso II da Lei nº 12.527/2011).

O procedimento, dentre outras informações relevantes, deverá conter a indicação clara do período (início e término) e abrangência da consulta, a disponibilização de documentos essenciais para instrução e a indicação dos meios de

---

827 "La proclamación e implementación de la democracia participativa resulta incompleta sin el reconocimiento del derecho de acceso a la información. Dar poder al pueblo para que decida cuestiones públicas directa o indirectamente sin darle la posibilidad de conocer toda la información necesaria para decidir, conduce a un proceso de toma decisiones imperfecto que puede arrojar resultados fuertemente dañinos para la comunidad. Por supuesto, la solución a este problema no debe encontrarse en la imposición de límites a la participación, sino en el levantamiento de las barreras que obstaculizan el acceso a la información, a fin de que la participación política amplia sea llevada a cabo por una 'ciudadanía informada', tomando prestada la terminología acuñada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El derecho a la información es, en consecuencia, una precondición del sistema democrático y del ejercicio de la participación política de la ciudadanía" (SABA, Roberto. El derecho de la persona a acceder a la información en poder del gobierno. ***Derecho Comparado de la Información***. México, nº 3, jan-jun de 2004, p. 157/158).

828 "En efecto, en no pocos países latinoamericanos el manejo del aparato gubernamental se caracteriza por lo que se ha llamado democracia delegativa y por elevadas dosis de patrimonialismo y clientelismo, que dificultan o hacen nugatorias tanto la transparencia de la gestión pública como la oportuna y fiable rendición de cuentas por parte de quienes gobiernan y/o administran recursos públicos. Ante esta situación, las nóveles y vulnerables democracias latinoamericanas necesitan desarrollar una cultura de transparencia en el manejo de los recursos públicos y de las responsabilidades políticas, y mejorar la rendición de cuentas ante la ciudadanía en ambos aspectos" (EMMERICH, Gustavo Ernesto. ***Transparencia, rendición de cuentas, responsabilidad gubernamental y participación ciudadana***. México, Polis: Investigación y Análisis Sociopolítico y Psicosocial, nº 04, vol. 02, 2004. p. 69)

manifestação[829], além de outros requisitos previstos na regulamentação específica de cada ente.

O direito de ter considerada a manifestação é o direito de influir na decisão política objeto da consulta pública[830]. É o direito de que sua colaboração seja considerada pela Administração Pública, o que envolve imparcialidade, coerência, seriedade e capacidade de análise por parte do administrador público quanto à colaboração apresentada[831].

Esse direito permite um fluxo dialógico entre os participantes e o Poder Público na qualidade de técnica comunicativa. Se de um lado é o direito de ter sua participação

---

[829] Comentando o § 1º do art. 29, Floriano de Azevedo Marques e Rafael Véras de Freitas apontam:"Claro que essa previsão deverá ser interpretada de forma ampla, de modo que sejam fornecidos tantos quantos forem os documentos necessários, para que a participação seja efetivo (a exemplo de estudos técnicos, pareceres, entre outros" "Malgrado tal alteração, temos que deverá ser mantida a interpretação de que se trata de um poder-dever". (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo e VÉRAS DE FREITAS, Rafael. **Comentários à Lei nº 13.655/2018 [Lei da Segurança para a Inovação Pública]**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019. p. 155).

[830] "Pela consulta pública, a Administração procura obter a opinião pública de pessoas e entidades sobre determinado assunto de relevância discutido no processo, formalizando-se as manifestações através de peças formais instrutórias. Já a audiência pública (que, em última instância, é também forma de consulta) se destina a obter manifestações orais e provocar debates em sessão pública especificamente designada para o debate acerca de determinada matéria. Ambas retratam, na verdade, instrumentos de participação das comunidades na tomada de decisões administrativas. É correto, pois, afirmar que de sua realização emanam efeitos significativos: um deles é o de influenciar a vontade estatal; outro é o de reclamar que a Administração (ou o juiz) apresente argumentação convincente no caso de optar por caminho contrário ao que foi sugerido na consulta ou na sessão da audiência pública" (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**, 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 1019).

[831] "Não é outra a avaliação do tema no direito constitucional comparado. Apreciando o chamado "Anspruch auf rechtliches Gehör" (pretensão à tutela jurídica) no direito alemão, assinala o Bundesverfassungsgericht que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar (Cf. Decisão da Corte Constitucional alemã -- BVerfGE 70, 288-293; sobre o assunto, ver, também, Pieroth e Schlink, Grundrechte - Staatsrecht II, Heidelberg, 1988, p. 281; Battis, Ulrich, Gusy, Christoph, Einführung in das Staatsrecht, 3ª. edição, Heidelberg, 1991, p. 363-364). Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º LV, da Constituição, contém os seguintes direitos: 1) direito de informação (Recht auf Information), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; 2) direito de manifestação (Recht auf Äusserung), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; 3) direito de ver seus argumentos considerados (Recht auf Berücksichtigung), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft) para contemplar as razões apresentadas (Cf.Pieroth e Schlink, Grundrechte - Staatsrecht II, Heidelberg, 1988, p. 281; Battis e Gusy, Einführung in das Staatsrecht, Heidelberg, 1991, p. 363- 364; Ver, também, Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, GrundgesetzKommentar, Art. 103, vol IV, nº 85-99). Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador (Recht auf Berücksichtigung), que corresponde, obviamente, ao dever do juiz ou da Administração de a eles conferir atenção (Beachtenspflicht), pode-se afirmar que envolve não só o dever de tomar conhecimento (Kenntnisnahmepflicht), como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (Erwägungspflicht) (Cf. Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, GrundgesetzKommentar, Art. 103, vol. IV, nº 97)" (STF, MS 24268, Relator(a): Ellen Gracie, Relator(a) p/ Acórdão: Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2004).

considerada pela Administração, por outro lado proporciona que o administrador público aprenda com a participação, aprimorando sua percepção da realidade que sofrerá o impacto da regulamentação.

O direito de falar (participante) inclui o direito de ser ouvido (Poder Público), permitindo o aprendizado que potencializa a eficiência administrativa. A abertura dialógica eficaz[832], quando adotada, gera um compartilhamento da responsabilidade política entre Poder Público e participantes[833], estimulando maior *responsiveness*[834] através do resultado político-normativo pretendido pelo administrador integrado com os anseios da população envolvida[835].

O direito de resposta tem como pressuposto o direito de ter considerada a manifestação. O direito efetivo de resposta permite conhecer a motivação do Poder

---

832 "Los ciudadanos son individuos con derechos. Éstos incluyen el derecho de participar en los procesos que conducen al acceso a roles gubernamentales, y por lo menos un conjunto mínimo de derechos civiles (especialmente de libre expresión, asociación, acceso a la información, y circulación) sin los cuales tal participación sería ficticia. La razonable efectividad de estos derechos es condición necesaria para la existencia del poder político democrático y de su autoridad para gobernar". (O' DONNELL, Guillermo. Accountability horizontal. La institucionalización legal de la desconfianza política. Isonomia: *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho,* nº 14, México, abril 2001. p. 16).

833 "La creación de un sistema generalizado de contrapesos y rendición de cuentas requiere que el ciudadano esté en posibilidad de hacer un juicio fundamentado de lo que le dice el Estado, lo que le dicen los medios y lo que le dicen los demás ciudadanos. Para tal efecto, este ciudadano deberá estar en posibilidad de obtener y analizar por sí mismo la información rela tiva a la gestión pública. (...) El Estado en su conjunto debe así garantizar el acceso a la información producida por la gestión pública y permitir que agentes independientes evalúen los métodos, acciones, programas. Esto favorece un adecuado sistema de contrapesos basado en la rendición de cuentas y la corresponsabilidad de los agentes sociales, públicos y privados, en la conducción de la vida pública" (AYLLÓN, Sergio López. ***Democracia y acceso a la información***. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2005. p. 15/20).

834 DAHL, Robert Alan**. A Democracia e seus críticos**. Tradução: Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 346/356.

835 "Fortalecer o poder local e instituir espaços de participação da sociedade civil no processo de tomada de decisões potencializaria a eficiência das ações públicas, neutralizando os interesses corporativos da burocracia e as barganhas clientelistas dos políticos. Isso possibilitaria a adequação das decisões públicas às reais demandas da sociedade, ensejando, também, a articulação de formas mais efetivas de fiscalização das ações governamentais. A proximidade entre a administração pública e a sociedade civil implicaria maior accountability e responsiveness. (ROCHA, Carlos Vasconcelos. Democracia em duas dimensões: cultura e instituições. **Sociedade e Estado**, Brasília, v. 24, n. 3, p. 863-880, set./dez. 2009, p. 866).

Público em acatar ou rejeitar a colaboração apresentada, o que facilita a fiscalização pela população[836] e reforça maior controle social[837] (*accountability*[838]).

O *caput* do art. 29 estabelece que as manifestações dos interessados[839] serão consideradas na decisão, o que implica sua análise e resposta como parte da motivação do ato[840].

O art. 18, §3º do Decreto nº 9.830/2019 estabelece que a autoridade decisória não será obrigada a comentar ou considerar individualmente as manifestações apresentadas e poderá agrupar manifestações por conexão e eliminar aquelas repetitivas ou de conteúdo não conexo ou irrelevante para a matéria em apreciação.

A resposta poderá ser global e circunstanciada (sucinta[841]), mas sempre fundamentada. É possível o agrupamento de manifestações no mesmo sentido

---

[836] "Modernamente as normas jurídicas, tanto constitucionais como legais, têm contemplado a possibilidade de ser exercido controle do Poder Público, em qualquer de suas funções, por segmentos oriundos da sociedade. É o que se configura como controle social, assim denominado justamente por ser uma forma de controle exógeno do Poder Público nascido das diversas demandas dos grupos sociais. Cuida-se, sem dúvida, de poderoso instrumento democrático, permitindo a efetiva participação dos cidadãos em geral no processo de exercício do poder" (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**, 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 984).

[837] "El derecho a participar directamente en la dirección de los asuntos públicos y el derecho de acceso a información pública, constituyen la fuente normativa que justifica el control social de los actos de la administración del Estado" (LÓPEZ, Ciro Colombara e BUSTOS, Juan Pablo Olmedo. ***El control social de la administración y el derecho de acceso a la información****. La experiencia chilena*. México. Derecho Comparado de la información, nº 02, jul-dez 2003. p. 61).

[838] COUTO, Daniel Uchôa Costa. Premissas e desafios para o estabelecimento da accountability no contexto social brasileiro. **Interesse Público** – IP, Belo Horizonte, ano 15, nº 80, jul-ago. 2013. p. 232/233.

[839] Há críticas quanto ao uso do termo "interessados", que remeteria ao conceito de parte em processo administrativo (art. 9º da Lei nº 9.784/1997), sendo mais adequado terminologicamente, o uso do termo "participantes". Apesar da crítica, tem-se que o § 2º do art. 31 da própria Lei nº 9.784/1997 promove a diferenciação entre interessado e participante ao dispor que "o comparecimento à consulta pública não confere, por si, a condição de interessado do processo, mas confere o direito de obter da Administração resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais". Quanto à crítica formulada, ver: MARRARA, Thiago. Consultas públicas: o que mudou com a LINDB? In: MAFFINI, Rafael e RAMOS, Rafael [Org.]. **Nova LINDB**: proteção da confiança, consensualidade, participação democrática e precedentes administrativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p.153-172. p.157.

[840] "Por decorrência direta da Constituição Federal (art. 5º, LIV e LV) a Administração Pública não pode publicar ato administrativo normativo sem a devida motivação. Para cumprir esse dever, ela deve disponibilizar a minuta de norma e os elementos que lhe dão suporte, ouvir os interessados e responder circunstanciadamente. Sem isso, haverá decisão administrativa sem motivação ou com motivação vazia" (MONTEIRO, Vera. Art. 29 da LINDB - Regime jurídico da consulta pública. **Revista de Direito Administrativo**, p. 225–242, 2018. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77656. Acesso em: 17 jun. 2023)

[841] A motivação "tem que ser fundamentada (art. 93, IX, da Constituição Federal), ainda que sucintamente, para que tenha validade no mundo jurídico. Fundamentação sucinta não se confunde com ausência de fundamentação, apenas a última ensejando violação ao preceito constitucional acima mencionado" (STF - ARE 966.980 AgR Rel. Min. Teori Zavascki 2ª T j. 16.09.2016 DJe 03.10.2016; ARE 841.140 AgR Rel. Min. Gilmar Mendes 2ª T j. 20.10.2015 DJe 06.11.2015; AI 749.008 AgR Rel. Min. Luiz Fux 1ª T j. 20.08.2013 DJe 03.09.2013 e RE 714.475 AgR Rel. Min. Rosa Weber 1ª T j. 04.06.2013 DJe 24.06.2013)

(repetidas) para uma única resposta do Poder Público, otimizando o procedimento. Manifestações sem conexão ou irrelevantes para a matéria poderão não ser respondidas, mas deverá ser motivado na decisão a razão pela qual tais manifestações são desconexas e irrelevantes.

Apesar da faculdade do administrador em realizar a consulta pública, se instaurada, ela cria a obrigatoriedade[842] ao administrador de considerar as contribuições em sua decisão sobre a redação final do ato normativo[843] na forma do *caput* do art. 29, inserindo-se na motivação do ato[844].

Cabe apontar que considerar a consulta pública não é o mesmo que acatar as contribuições. O juízo político final é do administrador[845], que não fica vinculado às manifestações produzidas na consulta pública[846]. Contudo, em sua decisão final, deve

---

[842] OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A Expansão da Consulta Pública: vetores de eficiência, responsividade e legitimidade da atividade normativa administrativa. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro** – Anotada, vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 458.

[843] "A realização de um processo pela Administração Pública não é competência-faculdade, mas competência-dever vinculado. Alguns elementos admitidos para o exercício dessa competência podem ser discricionários, por exemplo, relativo ao momento, mas o exercício dela é sempre vinculado. Não cabe ao administrador público escolher a forma processual, ou eleger se processualiza determinado desempenho, ou não" (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, v. 209, p. 189–222.Rio de Janeiro, p. 201)

[844] "Salvo disposição legal em contrário, o resultado da audiência pública inserida nesta fase processual não vincula os órgãos públicos. É que a participação popular levada a efeito teve a finalidade de possibilitar a manifestação de opiniões, propostas e, sobretudo, informar Administração e cidadãos. Todavia, constatando que os institutos participativos têm lugar, notadamente, no âmbito da atividade administrativa discricionária, eventual posicionamento da população firmado em sede de audiência pública é mais um elemento na limitação da liberdade de atuação da Administração. Ainda que não vinculante, as exposições dos interessados devem ser minunciosamente consideradas pelo órgão decididor, podendo inclusive constituir-se na motivação expressa de sua decisão. Por outro lado, se inserida na fase processual de decisão, o resultado da audiência pública será vinculante para a Administração" (OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. As audiências e o processo administrativo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, v. 209, Rio de Janeiro, p. 153–167, 1997. p. 163).

[845] Seja em respeito à competência decisória indelegável ou em respeito à legitimidade democrática do ocupante de cargo eletivo, a decisão final do administrador não é vinculada pelas manifestações proferidas na consulta pública. Elas não têm caráter vinculativo. Abstraindo a normatividade, mesmo por razões de ordem prática se mostra problemática a interpretação do caráter vinculante das contribuições. É que muitas vezes as sugestões dos diversos participantes são entre si colidentes e contraditórias (não consensuais), bem como a participação popular, mesmo quando ampla a divulgação da consulta, não reflete com precisão a diversidade característica dos diversos setores da sociedade em seus diferentes campos de atuação.

[846] "O dever de considerar e de responder aos comentários dos participantes não implica, porém, um dever de utilizar os argumentos contidos nessas manifestações para a tomada de decisão. Considerar é aqui utilizado como examinar, analisar e refletir, não como sinônimo de aceitar. Em outras palavras, o Poder Público, como responsável pelo balanceamento dos interesses envolvidos no processo, não está obrigado a seguir a manifestação ou entendimento de um ou outro participante. As contribuições recebidas em sede de consulta não são juridicamente vinculantes, senão meramente opinativas" (NOHARA, Irene Patrícia e MARRARA, Thiago. **Processo administrativo**: Lei 9.784/1999 comentada, 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 312).

considerar na motivação as razões apresentadas[847], aderindo ou rejeitando, mas sempre ponderando o que foi apresentado e justificando possível rejeição[848].

O §2 do art. 29 foi vetado pela Presidência da República[849]. Ele previa a obrigatoriedade da publicação, preferencialmente por meio eletrônico, das contribuições e de sua análise, juntamente com a do ato normativo[850].

Quanto às consultas promovidas por órgãos federais, apesar do veto, tem-se que já existia a obrigatoriedade de publicação das respostas no Diário Oficial da União, conforme interpretação que se extrai do art. 41, inciso I do Decreto nº 9.191/2017 e art. 11, incisos I e II do Decreto nº 9.215/2017.

---

[847] "Assim é que, ainda que a manifestação dos administrados não vincule a decisão do poder público, este terá o dever de se manifestar acerca dos termos das contribuições dos administrados (sob pena de se gerar o conhecido efeito da fadiga das consultas públicas). Razão pela qual a parte final do disposto obriga a que as contribuições sejam 'consideradas na decisão', o que amplia o espectro do controle dos atos normativos da Administração Pública para além dos seus aspectos formais". (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo e VÉRAS DE FREITAS, Rafael. **Comentários à Lei nº 13.655/2018 [Lei da Segurança para a Inovação Pública]**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019. p. 148/149).

[848] Em decisão proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 635, que trata de restrições à realização de operações policiais nas comunidades do Estado do Rio de Janeiro durante o período da pandemia, o Ministro Edson Fachin determinou ao Estado do Rio de Janeiro que ouça, em 30 dias, as sugestões e as críticas da Defensoria Pública e do Ministério Público estaduais e da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) quanto ao plano de redução da letalidade policial a ser apresentado ao Supremo Tribunal Federal. Trata-se de uma espécie de consulta pública de curso forçado (compelida), mas onde o Ministro deixa claro que as sugestões não são de acatamento obrigatório pelo Estado, mas que a sua rejeição deverá ser fundamentada. Consta da decisão: "se é certo que não cabe a esses órgãos a elaboração do plano, a eles é assegurada a oportunidade de apresentar sugestões e críticas, porque são eles que também fiscalizarão a implementação dessas medidas. Por outro lado, se é certo que o Estado do Rio de Janeiro não é obrigado a acolher ou adotar as sugestões apresentadas, é seu dever a elas responder, justificando – até para posterior controle deste Tribunal – as razões pelas quais as sugestões não foram acolhidas. É no mesmo sentido a obrigação de submeter o Plano à consulta pública. A participação da sociedade civil jamais teria o condão de substituir o gestor ou a autoridade pública na tomada de decisão. No entanto, sem que se oportunize a participação democrática, a decisão se torna ilegítima".

[849] Constou como razão do veto: "configura-se de todo louvável o comando do dispositivo de tornar obrigatória a publicação das contribuições oriundas das consultas públicas que precedam a edição de atos normativos. Não obstante, a extensão dessa obrigatoriedade à publicação também das respectivas análises, e de modo concomitante à edição do respectivo ato normativo, poderia tornar extremamente morosa e ineficiente a sistemática por parte dos órgãos ou Poderes, ou mesmo retardar sua implementação, indo de encontro ao interesse público e recomendando, assim, o veto do parágrafo" (Mensagem nº 212, de 25 de abril de 2018).

[850] "A rigor, a regra do § 2º seria ideal, pois a garantia do contraditório exige não somente a informação necessária para a oferta de um ponto de vista antagônico em relação aos fatos que devem ser ponderados, mas também ciência de que os argumentos trazidos pelos interessados foram devidamente considerados na decisão final" (OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A Expansão da Consulta Pública: vetores de eficiência, responsividade e legitimidade da atividade normativa administrativa. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro** – Anotada, vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p.458).

Isso porque as respostas aos questionamentos formulados na consulta pública são atos oficiais, os quais, por força da parte final art. 29, *caput*, devem ser considerados na decisão, ou seja, na motivação do ato.

Igualmente, tanto para órgão federais quanto para os demais órgãos de outros entes federativos, é aplicável o regime de transparência e publicidade das informações de caráter público, não abrangidas nas hipóteses constitucionais de sigilo. As respostas aos questionamentos formulados em consulta pública são informações tipicamente públicas.

Vigora, também aqui, a obrigatoriedade da transparência, já que o art. 7º, §3º da Lei nº 12.527/2011 estabelece que o acesso à informação pública compreende o direito de acesso aos documentos ou às informações neles contidas utilizados como fundamento da tomada de decisão e do ato administrativo, assegurado com a edição do ato decisório respectivo.

Como a consulta pública é meio de instrumentalização processual[851] e a parte final do *caput* do art. 29 determina que as respostas devem ser consideradas na decisão (motivação do ato), sua publicidade é obrigatória independentemente de ter ocorrido o veto ao §2 do art. 29.

Por tais razões, o veto presidencial aposto ao §2 do art. 29 da LINDB não afasta a obrigatoriedade da publicação das respostas aos questionamentos formulados na consulta pública.

No plano empírico-funcional, interessante apontar os modelos de consulta/audiência pública apresentados por José Vicente Santos de Mendonça: modelo da insinceridade deliberativa, onde a decisão já está tomada pela Administração Pública, sendo a consulta/audiência meramente *pro forma* para atender às exigências legais; o modelo informativo, onde a Administração Pública não parte de uma proposta, mas se abre a propostas dos manifestantes para criar, em uma

[851] "Obviamente o objetivo visado com a consulta pública é o de melhor instruir o processo administrativo, e viabilizar a tomada de uma decisão administrativa dotada de conteúdo de melhor qualidade e alinhamento aos anseios e interesses gerais da população, respectivamente imprimindo-lhe maior eficiência e responsividade" (OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A Expansão da Consulta Pública: vetores de eficiência, responsividade e legitimidade da atividade normativa administrativa. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro** – Anotada, v. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 454).

conduta construtiva e; o modelo deliberativo, onde a Administração Pública possui uma proposta inicial, que se aperfeiçoa com as manifestações apresentadas[852].

Na forma do art. 2º da Lei nº 13.655/2018, o art. 29 introduzido na LINDB foi o único artigo que possuiu *vacatio legis* (180 dias a contar da publicação oficial). Em que pese a inexistência de inovação no ordenamento jurídico pela redação do art. 29 no que tange ao procedimento da consulta pública[853], somada a discricionariedade da realização da consulta, o legislador entendeu pela necessidade de um período de adaptação dos órgãos públicos.

Como crítica necessária é possível destacar que a facultatividade da realização da consulta pública esvazia sua aplicabilidade. Bem verdade, dando-se os méritos devidos, a proposta original do Projeto de Lei do Senado n° 349/2015 (autor Senador Antônio Anastasia) previa a obrigatoriedade da consulta pública[854]. Contudo, essa obrigatoriedade foi alterada no trâmite legislativo, que passou a prever a sua facultatividade a critério do juízo de conveniência e oportunidade da autoridade[855].

Por fim, é importante destacar que a consulta pública prevista no art. 29 é instrumento que fomenta a consensualidade entre a Administração Pública[856] e a população, vez que possibilita maior influência nas decisões administrativas,

---

[852] SANTOS DE MENDONÇA, José Vicente. **Direito Constitucional Econômico**: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo, 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 365/367.

[853] A inovação é restrita à possibilidade de consulta pública para quaisquer órgãos de qualquer Poder quanto à edição de atos normativos regulamentares. Há inovação de objeto, mas não de procedimento.

[854] O artigo 29, em sua redação original no projeto de lei, era o art. 28: "Art. 28. Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, *será precedida* de consulta pública para manifestações escrita de interessados, a qual será considerada na decisão".

[855] Pertinentes as críticas apresentadas por Thiago Marrara quanto à redação final do art. 29: "Apesar dessa inegável relevância, afirmo que não houve qualquer grande avanço por parte da LINDB na disciplina das consultas por comparar seu conteúdo com o que já havia no Brasil e, principalmente, por quatro problemas centrais da redação do texto legal em comento, quais sejam: (i) a previsão da consulta pública como faculdade; (ii) a restrição ao uso para certos atos; (iii) a menção aos interessados e a confusão desse conceito com o de participante, bem como (iv) o infeliz veto do § 2 pela Presidência" (MARRARA, Thiago. Consultas públicas: o que mudou com a LINDB? In: MAFFINI, Rafael e RAMOS, Rafael [Org.]. **Nova LINDB**: proteção da confiança, consensualidade, participação democrática e precedentes administrativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p.153-172. p. 164).

[856] FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Instrumentos da Administração Consensual. A Audiência Pública e sua finalidade. **Revista de Direito Administrativo**, v. 230, p. 237–250, 2002. p.248/249.

compondo, dessa forma, o amplo conceito de gestão pública compartilhada[857] que permite a legitimação pela abertura dialógica do compartilhamento da responsabilidade política e maior controle social.

2.11 Dever de estabilidade de entendimento, precedentes administrativos e vedação de comportamento contraditório

O art. 30 da LINDB prevê que as autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica[858] na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas, sendo esses instrumentos vinculantes em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.

Trata-se da instituição do dever de promoção de segurança jurídica para as autoridades públicas[859], incluindo os órgãos controladores, como os Tribunais de

[857] "O art. 29 da LINDB, na esteira de outros mecanismos similares, é instrumento a possibilitar o consensus. Mas não é só: antes da expedição do ato normativo extroverso, pode-se mapear os espaços de desigualdade social, focalizando problemas comuns nas comunidades atingidas pela regra a ser prolatada. A comunicação com os destinatários da norma deixa de ser apenas técnica ou política, para ser produto de uma construção concertada (por que não dizer "real"?). Assim nasce um novo conceito de gestão pública compartilhada, o que permite atingir de forma concreto o consensus". (HEINEN, Juliano. A formação do consensus a partir das bases normativas do art. 29 da Lri de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. In: MAFFINI, Rafael e RAMOS, Rafael [Org.]. **Nova LINDB**: proteção da confiança, consensualidade, participação democrática e precedentes administrativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p.109-121. p. 118).

[858] "A segurança jurídica representa, como se sabe, uma das ideias mais caras ao Estado de direito. Isto porque, para que as pessoas possam viver com paz e liberdade, é fundamental assegurar alguma estabilidade às relações jurídicas de que participam, o que impõe a articulação de mecanismos jurídicos que confiram previsibilidade à aplicação do direito e limitem o arbítrio do Estado, visando à proteção da confiança e das legítimas expectativas nutridas pelos cidadãos e agentes econômicos e sociais em relação às leis e atos da Administração Pública. (...) Neste sentido, pode-se afirmar que a proteção da segurança jurídica é um requisito necessário para que um ordenamento jurídico possa qualificar-se como justo, verdadeiro princípio implí¬cito à cláusula do Estado democrático de direito e ao sistema de direitos fundamentais" (BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.p.187/188).

[859] "Não é razoável conceber que a Administração Pública exerça suas atividades de forma aleatória e irracional, o que acarretaria insegurança jurídica e colocaria em risco a efetividade dos direitos fundamentais. A previsibilidade gerada pela atuação administrativa coerente é uma exigência do Estado Democrático de Direito, bem como dos princípios da segurança jurídica, da razoabilidade e da isonomia". (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Dever de coerência na Administração Pública: precedentes administrativos, praxe administrativa, costumes, teoria dos atos próprios e analogia. In: WALD, Arnoldo, JUSTEN FILHO, Marçal e PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (Org*).* **O Direito Administrativo na atualidade**: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017) defensor do estado de direito. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 957).

Contas[860]. Tem o escopo de promover maior previsibilidade quanto aos entendimentos do Poder Público na tentativa de reduzir ambiguidades, contradições, paradoxos, arbitrariedades, discricionariedades e voluntarismos[861] e valorizar a impessoalidade[862], igualdade, segurança jurídica, legitimidade democrática[863], eficiência e celeridade do processo administrativo[864].

[860] Comentando o art. 30 da LINDB, Edilson Pereira Nobre Júnior afirma que "a definição de função administrativa, para fins do preceito legal, abarca, sem sombra de dúvida, a administração controladora, de maneira que o referido artigo não pode deixar de ser observado pelos Tribunais de Contas. Além disso, não se permite esquecer, principalmente a partir do texto dos arts. 20, 21, 23 e 24 da LINDB, bem como da matéria versada nos demais, que o diploma legal tem como inequívoca destinação a disciplina da atuação controladora da Administração Pública" (NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **As normas de Direito Público na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro**: paradigmas para interpretação e aplicação do Direito Administrativo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019. p. 242).

[861] "É possível controlar-se a discricionariedade administrativa através dos precedentes administrativos. Se a lei conferiu competência discricionária ao administrador, e se esta discricionariedade se manteve após a interpretação da norma jurídica a ser aplicada, e o caso concreto realmente permita a escolha entre duas ou mais soluções igualmente válidas, a partir do momento em que o administrador escolhe a melhor solução para o caso, esta mesma solução deverá ser utilizada para casos posteriores, substancialmente similares e submetidos às mesmas normas jurídicas" (MARINHO DE CARVALHO, Gustavo. **Precedentes administrativos no Direito brasileiro**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015. p.193)

[862] "O princípio da impessoalidade repele atos discricionários que importam favorecimento ou desapreço a membro da sociedade em detrimento da finalidade objetiva da norma de direito a ser aplicada" (MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Teoria Geral e Princípios do Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 331).

[863] "O princípio democrático mantém um vínculo com o princípio da segurança jurídica, porque se baseia e porque exige uma relação de confiança entre os representados e seus representantes, cuja permanência, em eleições periódicas, depende da ausência de frustação da vontade neles depositada. Precisamente por isso que o princípio democrático, além de exigir e de pressupor confiança, também conduz à estabilidade, visto que a manutenção da confiança também leva à permanência das estruturas do poder" (ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**: Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. Malheiros: São Paulo, 2011. p. 214/215).

[864] "A incerteza sobre a interpretação de um texto legal ou a respeito da solução de uma questão de direito dilui o sentimento de responsabilidade pessoal. Ninguém se sente responsável por uma conduta quando há dúvida acerca da sua ilicitude. Quando o próprio Estado, mediante os órgãos incumbidos de aplicar o direito, mostra-se inseguro e contraditório, ora afirmando uma coisa ora declarando outra, torna-se impossível desenvolver uma consciência social pautada no sentimento de responsabilidade ou no respeito ao direito. Uma vida pautada no direito, em que o sujeito se sente responsável por suas condutas, pressupõe um direito identificável, que não deixe margem para dúvidas e, portanto, a justificativas pessoais absolutórias. Decisões contraditórias destituem o direito de autoridade, ou seja, negam ao direito a sua força intrínseca de estimular e evitar condutas e, dessa forma, a sua capacidade de fazer com que os homens se sintam responsáveis. Não há dúvida de que eventual sanção, quando aplicada sem qualquer compromisso com a unidade do direito, soa mais como arbítrio do que como responsabilização, mas a circunstância mais grave, quando se tem em conta a responsabilidade enquanto ética de comportamento, é a de que ninguém pode orientar a sua vida com base num direito que não pode ser identificado ou é aplicado de modo contraditório pelos tribunais" (MARINONI, Luiz Guilherme. Cultura e previsibilidade do Direito. **Revista de Processo Comparado**, vol. 0, p. 271 – 292, Jan-Jun de 2015. p. 289).

Com isso, potencializa a segurança jurídica através da tentativa de uma maior "regralização[865]" de procedimentos e entendimentos da Administração sobre específico assunto pela opção de menor indeterminação semântica (maior literalidade gramatical) dos enunciados legislativos[866] (objetivação da *ratio decidendi* de demandas repetitivas[867]), visando o benefício da coerência de posturas administrativas em situações semelhantes[868].

Reforça as certezas dos administrados quanto a exigências, obrigações e consequências de seus atos frente ao Poder Público, reduzindo a margem da

---

865 "Regralização" é um neologismo que considera a expectativa legislativa de tornar-se um conjunto de procedimentos e entendimentos vigentes na Administração Pública em um conjunto de regras. Pauta-se na interpretação de que regras são menos flexíveis do que os princípios e termos abertos em sua interpretação, vez que as regras são mais rígidas e gramaticais. Nas regras, o conflito obteria solução na aplicação da subsunção, descritível no binômio "lícito/ilícito", também conhecido pela expressão difundida por Ronald Dworkin na aplicação das regras: "tudo ou nada" (DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39). Criticando essa tendência, ver: "É importante evitar a postura ingênua daqueles que acreditam no texto como meio de garantir segurança jurídica e olham para os textos normativos aberto como um mal a ser evitado. Uma posição como esta, que se coloca em um estágio anterior ao debate entre partido da restauração e partido reformista, não se sustenta de nenhum ponto de vista" (RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes? Para uma crítica do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 230).

866 QUEIROZ DOS SANTOS, Welder e MAIA, Grhegory Paiva Pires Moreira. Segurança jurídica, transformações no direito administrativo e deveres da administração pública implementados pela Lei nº 13.655/2018. **Revista de Direito Administrativo**, v. 280, n. 3, p. 93–120, 2021. p. 114.

867 "As inovações da LINDB trataram sobre a exigência de se avaliar as consequências decisórias sem que se decida com base em categorias jurídicas abstratas sem que estas estejam em consonância com os reais efeitos práticos a serem suportados na realidade fática, bem como possibilitam a objetivação de demandas administrativas, com o intuito de se extrair teses jurídicas abstratas acerca do entendimento administrativo, as quais serão aplicadas aos casos semelhantes futuramente. É dizer, impõe-se a racionalidade do sistema por meio da objetivação de demandas repetitivas, ou seja, o respeito aos precedentes e *ratio decidendi* das decisões vinculantes previstas nos instrumentos do art. 30 da LINDB, de forma semelhante à teoria do *stare decisis* incluída no Código de Processo Civil de 2015 (...) Por fim, a objetivação de demandas administrativas vem a compor o sistema publicista, com isso aumentando a racionalidade e a eficiência na aplicação das normas pelo decisor, com o intuito de aumentar a segurança jurídica nas decisões do poder público a partir da formulação de uma tese jurídica, abstrata e impessoal, extraída de um caso concreto que vincule a administração pública em casos semelhantes" (CARDOSO, Henrique Ribeiro e DÓRIA, Davi Barretto. A segurança jurídica dos atos administrativos e a objetivação das demandas refletidas no art. 30 da nova LINDB. **Revista de Direito Administrativo**, v. 279, n. 3, p. 149–179, 2020. p. 175).

868 "Regras são, normalmente, relatos objetivos, descritos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações. Ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir, pelo mecanismo tradicional da subsunção: enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão. A aplicação de uma regra se opera na modalidade tudo ou nada: ou ela regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida. Na hipótese do conflito entre duas regras, só uma será válida e irá prevalecer. Princípios, por sua vez, contêm relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações" (BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro. **Interesse Público**, Porto Alegre: Notadez, ano 05, nº 19, maio/jun. 2003. p. 57).

discricionariedade estatal[869], inclusive quanto ao preenchimento de conceitos abertos e indeterminados[870].

Há, vulgarmente, a disponibilização prévia por parte do Poder Público das regras do jogo[871], inclusive para evitar competências indevidamente sobrepostas de diferentes órgãos.

Há no art. 30 o dever de promoção da segurança jurídica pelo administrador público na aplicação das normas[872]. É um dever que condiciona a ação administrativa. Esse dever não se esgota na instrumentalização por atos regulamentadores ou

869 "La doctrina del precedente administrativo constituye una técnica de control de la discrecionalidad (incluso interpretativa) que existe en casi todas las potestades de la Administración. Esta, al hacer uso de esas potestades que el ordenamiento le confiere, se autolimita en un determinado sentido, porque los principios de igualdad, seguridad jurídica y buena fe, a los que está sujeta, le exigen que mantenga cierta uniformidad en sus criterios y actuaciones" (DÍEZ-PICAZO, Luis María. La doctrina del precedente administrativo. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 98, maio-agos 1982, p. 43).

870 "O Estado utiliza, cada vez mais, nos documentos normativos, cláusulas gerais, de conteúdo vago e elástico, e conceitos jurídicos indeterminados, também chamados de conceitos tipo, em oposição aos conceitos classificatórios. Esses conceitos apresentam um núcleo de significação perfeitamente definido, de tal sorte que a aplicação desse núcleo e a respectiva subsunção do caso concreto se faz sem maiores dificuldades. Já o mesmo não sucede na área periférica do conceito, onde as dúvidas surgidas na operação de enquadramento dos fatos e da subsunção destes na regra são comuns e frequentes" (COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. **Revista de direito público***,* v. 20, n. 84, p. 46–63, out-dez. 1987. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p.54)

871 "A necessidade de se evitarem decisões conflitantes no seio do mesmo Estado constitui princípio de direito tanto material como adjetivo: esteia-se, por um lado, na lógica e no senso comum de justiça, que pressupõem a harmonia e o respeito entre os diferentes órgãos e entidades estatais, sobretudo se vinculadas ao mesmo Poder; já no plano instrumental, confere o maior grau de eficácia possível aos princípios que informam a atividade sancionadora do Estado, com especial destaque para o da utilidade do processo" (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teoria das autolimitações administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos. In: **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Salvador, IBDP, n.14, maio/julho, 2008. p. 13/14).

872 "Pode-se conceituar a segurança jurídica como sendo uma norma-princípio que exige, dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a adoção de comportamentos que contribuam mais para a existência, em benefício dos cidadãos e na sua perspectiva, de um estado de confiabilidade e de calculabilidade jurídicas, com base na sua cognoscibilidade, por meio da controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais, como instrumento garantidor do respeito à sua capacidade de – sem engano, frustação, surpresa e arbitrariedade – plasmar digna e responsavelmente o seu presente e fazer uma planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro"(ÁVILA, Humberto. Segurança Jurídica: **Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. Malheiros: São Paulo, 2011. p.682).

descritivos de entendimento ou conduta com caráter vinculativo[873] (súmula administrativa, parecer normativo, instrução normativa, *etc*). Ele condiciona a própria postura administrativa (ação administrativa), independentemente de ato instrumental prévio, como medida autolimitadora e autovinculativa[874] para garantia da isonomia, impessoalidade:

> Um importante limite à actividade administrativa, intimamente ligado ao princípio do tratamento igualitário, resulta da autovinculação da Administração. Ainda que este limite já tenha sido negado entre nós por importante doutrina e pela jurisprudência, a única solução que nos parece acertada é a de considerar que a conduta anterior condiciona a conduta actual e futura, em casos idênticos. Trata-se de um princípio que emana sobretudo da exigência constitucional de tratamento igualitário dos administrados, bem como do princípio da imparcialidade da actividade administrativa[875].

[873] "A segurança é um princípio que admite vários desdobramentos, mas, para os fins aqui em discussão, duas ideias são essenciais à sua realização: estabilidade para o passado e previsibilidade para o futuro. Em nome da estabilidade, protegem-se os atos pretéritos e seus efeitos, abrigando-os em categorias como ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada. A previsibilidade visa permitir o planejamento da própria conduta e o resguardo das expectativas legítimas, imunizando os indivíduos contra a atuação administrativa abusiva, surpreendente ou incoerente. (...) A segurança jurídica funciona, em muitos momentos, como um limite à atuação estatal, que deverá respeitar seus conteúdos básicos nas suas múltiplas intervenções, e é sob essa perspectiva que ela será examinada aqui. Mas há outras dimensões para a segurança, como acontece, em geral, com os direitos fundamentais. Caberá ao Estado garantir o respeito da segurança jurídica entre os particulares – na execução de contratos e na aplicação da legislação pertinente, mesmo quando já não mais vigente, por exemplo –, em geral por meio das estruturas judiciais" (BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. E-book).

[874] "Tanto as teorias das autolimitações administrativas de respeito aos próprios atos e aos precedentes como a obrigação de coordenação e coerência administrativas são, dessarte, muitas vezes instrumentalizadas por meio do instituto da preclusão administrativa. Em outras palavras, manifestada a posição da Administração Pública sobre determinado fato, esgota-se a possibilidade de praticar ato com ela desconforme, com o que atuaria incoerente e descoordenadamente e contra seus próprios atos e precedentes" (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teoria das autolimitações administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos. In: **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Salvador, IBDP, n.14, maio/julho, 2008. p. 14).

[875] FRANCISCO DE SOUSA, António. **Conceitos indeterminados no Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994. p. 232.

A Administração Pública deve ser, em seus comportamentos (comissivos e omissivos), congruente, coerente e racional. É um dever de autovinculação da Administração[876]:

> Ao tratar do dever de instauração e autovinculação administrativa quanto a regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consulta, o art. 30 da LINDB traz dois desdobramentos. O primeiro é a institucionalização do efetivo respeito a tais decisões, seja na dimensão horizontal (o próprio órgão ou entidade) quanto na vertical (todos aqueles que se encontram abaixo na estrutura hierárquica), técnica que tem por objetivo afastar interferências externas no tratamento de casos semelhantes, de modo a tratar todas as pessoas de forma igualitária perante o Direito, com a formação e desenvolvimento de uma ordem jurídica estável e previsível. O segundo diz respeito à estabilização institucional das decisões. Isso porque a aceitabilidade e o efetivo cumprimento das decisões de Direito Público por terceiros dependem muito da reputação (interna e externa), sejam elas advindas do Poder Judiciário, das Cortes de Contas ou da própria Administração Pública[877].

A auto vinculação, bem da verdade, já é instituto jurídico decorrente do próprio ordenamento jurídico[878], oriundo especialmente da boa-fé objetiva[879] e da segurança

---

[876] "A ideia da autovinculação administrativa (*Selbstbindung)* surge na Alemanha no século XIX, inicialmente atrelada ao princípio da igualdade no âmbito de aplicação administrativa da lei, com o objetivo de evitar o cometimento de arbitrariedades no exercício da discricionariedade administrativa. Posteriormente, a ideia de autovinculação administrativa foi conectada, também, com o princípio da proteção da confiança legítima, protegendo cidadãos contra caprichos e arbitrariedades do Poder Público, notadamente no campo das promessas estatais descumpridas ou da revogação arbitrária de atos administrativos" (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Dever de coerência na Administração Pública: precedentes administrativos, praxe administrativa, costumes, teoria dos atos próprios e analogia. In: WALD, Arnoldo, JUSTEN FILHO, Marçal e PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (Org). **O Direito Administrativo na atualidade**: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017) defensor do estado de direito. p. 955-973. São Paulo: Malheiros, 2017.p .957).

[877] MOREIRA, Egon Bockmann e PEREIRA, Paula Pessoa. Art. 30 da LINDB: O dever público de incrementar a segurança jurídica. **Revista de Direito Administrativo**, p. 243–274, 2018. p. 247.

[878] "A despeito de rarefeitas disposições legais no Direito Brasileiro, inequívoco que o princípio da confiança legítima estatui o poder-dever de o administrador público zelar pela estabilidade de uma relação timbrada pela fidúcia mútua, sem injustificáveis descontinuidades administrativas e sem que se presuma a má-fé" (FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**, 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 95).

[879] "O princípio da proteção da confiança subsume-se no direito brasileiro, a partir de uma compreensão atualizada do princípio da segurança jurídica. (...) No que se refere exclusivamente às relações jurídico-administrativas, a proteção da confiança desempenha eficácia reconhecida na redefinição de uma série de enquadramentos da atuação estatal. (...) A proteção da confiança, assim, ao afirmar-se no direito brasileiro como princípio de direito administrativo, vai entrar em tensão com outros princípios tradicionalmente nominados, tais como o princípio da legalidade e o da preponderância/supremacia do interesse público, dando causa mesmo a um redimensionamento do significado destes e da sua eficácia. (...) Não é mero acaso que se identifique como fundamento do princípio da proteção da confiança o princípio do Estado de Direito que, fincado no direito público alemão, resulta limite ao exercício do poder estatal" (MIRAGEM, Bruno. **A nova administração pública e o direito administrativo,** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.197/199).

jurídica[880]: a proibição do comportamento contraditório[881] (*venire contra facutm proprium*[882]). Essa proibição "traduz justamente o princípio geral que tem como injurídico o aproveitamento de situações prejudiciais ao *alter* para a caracterização das quais tenha agido, positiva ou negativamente, o titular do direito ou faculdade[883]", não colidindo com o princípio da legalidade:

> Ora, assim como no direito alemão, francês, espanhol e italiano, o ordenamento brasileiro revela, na expressão de sua unidade sistemática, e, na sua aplicação, vem reverenciando os princípios ou subprincípios conexos da segurança jurídica e da proteção da confiança, sob a compreensão de que nem sempre se assentam, exclusivamente, na observância da pura legalidade ou das regras stricto sensu. Isto significa que situações de fato, quando perdurem por largo tempo, sobretudo se oriundas de atos administrativos, que guardam presunção e aparência de legitimidade, devem estimadas com cautela quanto à regularidade e eficácia jurídicas, até porque, enquanto a segurança é fundamento quase axiomático, perceptível do ângulo geral e abstrato, a confiança, que diz com a subjetividade, só é passível de avaliação perante a concretude das circunstâncias. A fonte do princípio da proteção da confiança está, aí, na boa-fé do particular, como norma de conduta, e, em consequência, na *ratio iuris* da coibição do *venire contra factum proprium,* tudo o que implica vinculação jurídica da Administração Pública às suas próprias práticas, ainda quando ilegais na origem. O Estado de Direito é sobremodo Estado de confiança. E a boa-fé e a confiança dão novo alcance e significado ao princípio tradicional da segurança jurídica, em contexto que, faz muito, abrange, em especial, as posturas e os atos administrativos, como o adverte a doutrina, relevando a importância decisiva da ponderação dos valores da legalidade e da segurança, como critério epistemológico e hermenêutico destinado a realizar, historicamente, a ideia suprema da justiça[884].

---

[880] "A segurança jurídica se faz presente a impedir que se desconsiderem de modo, sublinhe-se, injustificado, situações jurídicas que viessem sendo consideradas cristalizadas, até o momento em que verificada alteração em sua compreensão jurídica" (STF, ADI 2909/RS, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJ. 09.02.2018).

[881] "O titular do direito subjetivo que se desvia do sentido teleológico (finalidade ou função social) da norma que lhe ampara (excedendo aos limites do razoável) e, após ter produzido em outrem uma determinada expectativa, contradiz seu próprio comportamento, incorre em abuso de direito encartado na máxima nemo potest venire contra factum proprium"(STJ, REsp 1143216/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 24/03/2010, DJe 09/04/2010).

[882] Pressupostos de incidência do nemo potest venire contra factum proprium são: (i) um factum proprium, isto é, uma conduta inicial; (ii) a legítima confiança de outrem na conservação do sentido objetivo desta conduta; (iii) um cpmportamento contraditório com este sentido objetivo (e, por isto mesmo, violador da legítima confiança); e (iv) um dano ou, no mínimo, um potencial de dano a partir da contradição" (SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 284)

[883] COSTA, Judith Martins. **Comentários ao Novo Código Civil**, vol. V, tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 351.

[884] STF, ACO 79, trecho do voto do Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2012. No mesmo sentido, prestigiando a proteção da confiança legítima sobre a legalidade estrita diante de situações geradas pelo comportamento da Administração Pública: STF, RE nº 364.511-AgR-AM, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJ de 30/11/1997; QO- PET (MC) nº 2.900-RS , Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, DJ 08/03/2003; MS nº 24.268-MG , Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, Pleno, DJ de 17/09/2004; MS nº 25.116-DF, Rel. Min. Ayres Britto, Pleno, DJ de 10/02/2011; RE nº 552.354-AgR-ED-AC-AC, Rela. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJE de 27/04/2011).

A proibição do comportamento contraditório pela Administração Pública já reside na essência de instrumentos jurídicos diversos[885], como nas regras[886] que preveem os efeitos do silêncio administrativo[887]: positivo[888], negativo ou translativo.[889]

[885] Enunciado nº 362 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: A vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, tal como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil.

[886] Exemplo de regra de silencio positivo consta no art. 3º, inciso IX da Lei nº 13.874/2019 (Lei de Liberdade Econômica), regulamentada pelos arts. 10 a 16 do Decreto nº 10.178/2019. O art. 10 da Lei de processo administrativo federal da Argentina (Ley 19.549/1972), estabelece que o silêncio ou ambiguidade da Administração Pública sobre reclamações que exijam pronunciamento específico serão interpretados como negativos, sendo que somente mediante disposição expressa poderá ser acordado o silêncio em sentido positivo: "articulo 10: El silencio o la ambigüedad de la Administración frente a pretensiones que requieran de ella un pronunciamiento concreto, se interpretarán como negativa. Sólo mediando disposición expresa podrá acordarse al silencio sentido positivo. Si las normas especiales no previeren un plazo determinado para el pronunciamiento, éste no podrá exceder de sesenta días. Vencido el plazo que corresponda, el interesado requerirá pronto despacho y si transcurrieren otros treinta días sin producirse dicha resolución, se considerará que hay silencio de la Administración".

[887] MARRARA, Thiago. Administração que cala consente? Dever de decidir, silêncio administrativo e aprovação tácita. **Revista de Direito Administrativo**, v. 280, n. 2, p. 227–264, 2021. p. 243/244.

[888]"Igualmente, têm relação com o silêncio positivo os princípios da segurança jurídica e da confiança legítima, pois, por um lado, converte-se em um contundente remédio à insegurança criada por toda falta de resposta, substituindo tal omissão em um ato presumido concessório e, por outro lado, ao conceber-se o ato presumido como um ato equivalente e de igual força a uma decisão administrativa expressa, o particular fica protegido pelo manto da estabilidade que estas decisões implicam, tirando-lhes validez das decisões tardias e impedindo a revogação, salvo por meio de situações previstas na lei, com o correspondente direito à indenização se for o caso" (SADDY, André. **Silêncio administrativo no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. E-book).

[889] "No silêncio translativo o órgão competente para decidir perde para outro órgão a competência para deliberar sobre o caso concreto ao deixar decorrer in albis o prazo previsto para seu pronunciamento, embora preserve a competência para todos os demais casos em que observe os prazos previstos para a decisão. Essa perda de poder, além das eventuais medidas de responsabilização funcional, constitui um incentivo ao cumprimento dos prazos previstos e ao mesmo tempo – embora sem resolver a questão de fundo – homenageia a segurança jurídica devida ao particular" (MODESTO, Paulo. Silêncio Administrativo Positivo, Negativo e Translativo: a omissão estatal formal em tempos de crise. **Revista Direito de Estado**. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/paulo-modesto/silencio-administrativo-positivo-negativo-e-translativo--a-omissao-estatal-formal-em-tempos-de-crise. Acesso em: 12 jun. 2023).

Da mesma forma a criação doutrinária[890] da teoria dos motivos determinantes[891] com relação ao conteúdo da motivação de atos discricionários[892].

A proibição do comportamento contraditório já é normatizada por regras em diversas situações[893] já que decorre diretamente da concreção da boa-fé objetiva[894], como, por exemplo, no art. 198 da Lei nº 6.015/1973 (redação dada pela Lei nº 14.382/2022), que estabelece que a nota de exigência do Cartório de Registro de Imóveis deve ser indicada de forma articulada, clara e objetiva por escrito, dentro do prazo legal, contendo, de uma só vez, todas as exigências a serem satisfeitas pelo apresentante e eventualmente objeções ao registro ou averbação.

O § 2º do art. 198 prevê que a inobservância das disposições deste artigo ensejará a aplicação das penas previstas no art. 32 da Lei nº 8.935/1994 (repreensão, multa, suspensão por noventa dias, prorrogável por mais trinta ou perda da delegação), nos termos estabelecidos pela Corregedoria Nacional de Justiça do

---

890 "A propósito dos motivos e da motivação, é conveniente, ainda, lembrar a 'teoria dos motivos determinantes'. De acordo com esta teoria, os motivos que determinaram a vontade do agente, isto é, os fatos que serviram de suporte à sua decisão, integram a validade do ato. Sendo assim, a invocação de 'motivos de fato' falsos, inexistentes ou incorretamente qualificados vicia o ato mesmo quando, conforme já se disse, a lei não haja estabelecido, antecipadamente, os motivos que ensejariam a prática do ato. Uma vez enunciado pelo agente os motivos em que se calçou, ainda quando a lei não haja expressamente imposto a obrigação de enunciá-los, o ato só será válido se estes realmente ocorreram e o justificavam" (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**, 32ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014, p. 412).

891 "El acto es irrazonable y con ello insanablemente antijurídico cuando desconoce arbitrariamente la situación de hecho existente, o pretende fundarse en una situación de hecho que no existe. Se puede denominar a esto control de los hechos o motivos determinantes, o teoría de la causa; pero cualquiera sea la terminología, es unánime la conclusión de que el acto se encuentra viciado de nulidade" (GORDILLO, Agustín. ***Tratado de Derecho Administrativo***: Tomo 3: El Acto Administrativo, 10ª ed. Fundación de Derecho Administrativo: Buenos Aires, 2011. p. IX-40).

892 "Pela Teoria dos Motivos Determinantes, a validade do ato administrativo está vinculada à existência e à veracidade dos motivos apontados como fundamentos para a sua adoção, a sujeitar o ente público aos seus termos" (STJ, AgRg no REsp 670.453/RJ, Rel. Ministro Celso Limongi, Sexta Turma, julgado em 18/02/2010, DJe 08/03/2010). No mesmo sentido: "Segundo a Teoria dos Motivos Determinantes, a Administração, ao adotar determinados motivos para a prática de ato administrativo, ainda que de natureza discricionária, fica a eles vinculada." (STJ, RMS n. 20.565-MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJ 21.05.2007).

893 "Diga-se, por ora, tão somente que a expressão 'boa-fé objetiva' não traduz um estado de fato (o 'estar de boa-fé') que afasta a culpa ou gera determinadas pretensões aquisitivas (e.g., a aquisição da posse) ou salvaguarda posições jurídicas (como ao credor de boa-fé). (...) Conquanto não se possa definir um conceito, os juristas chegam ao seu conteúdo pela análise de diferentes situações nas quais os Tribunais encontram a razão de decidir (ou uma delas) na violação a esse standard comportamental. Trata-se de uma listagem extremamente heterogênea de situações, sendo dificultoso recortar de modo preciso o que tais situações têm em comum, razão pela qual é imprescindível um exame casuístico – como primeira aproximação – e um approach funcional" (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação, 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. E-book).

894 Enunciado nº 412 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: As diversas hipóteses de exercício inadmissível de uma situação jurídica subjetiva, tais como *supressio, tu quoque, surrectio* e *venire contra factum proprium*, são concreções da boa-fé objetiva.

Conselho Nacional de Justiça. Essa disposição objetiva a vinculação do próprio Cartório de Registro de Imóveis a suas exigências apresentadas em um único ato, evitando que sejam, posteriormente, emitidas novas exigências que não foram arguidas na primeira oportunidade. Veda-se, assim, possível comportamento contraditório por parte dos notários e dos oficiais de registro.

Da mesma forma a vinculação da licitação às regras estabelecidas em seu edital (art. 5º da Lei nº 14.133/2021), da mesma forma que ocorre com os concursos públicos[895].

O rol de instrumentos descritos no art. 30 é exemplificativo. Com isso, são possíveis outros instrumentos, independentemente de sua denominação (*nomen iuris*). Tanto é assim que o art. 19 do Decreto nº 9.830/2019 descreve outros instrumentos não previstos explicitamente no art. 30, como as orientações normativas e enunciados.

Independentemente de sua nomenclatura, os instrumentos devem ter caráter vinculante ao órgão da Administração Pública, já que o escopo da norma é tornar a fixação dos entendimentos como regras dotadas de previsibilidade e vinculação[896], com reduzida margem de abertura semântica para reduzir eventual esforço interpretativo[897].

O Decreto nº 9.830/2019 regulamenta para a Administração Pública Federal a edição de parecer normativa por parte do Advogado-Geral da União, as consultorias

---

[895] "Da mesma forma, a proteção da confiança conflui para o princípio da segurança jurídica também quando assegura a estabilidade e previsibilidade das condutas da Administração na sua relação com o administrado, como é o caso da vedação reconhecida pelo STF a que a Administração, no desenvolvimento do concurso público que promove, imponha novas exigências aos concorrentes além das estabelecidas no Edital" (MIRAGEM, Bruno. **A nova Administração Pública e o Direito Administrativo**, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 204).

[896] Os instrumentos processuais de estabilização jurisprudencial desempenham importante papel na busca da segurança jurídica pela coerência e vinculação de decisões judiciais. No Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios do CNJ (atualização em 16.08.2023) é possível identificar que foram sobrestados mais de 1.733.115 processos em todo o país, vinculados a temas de repercussão geral, recursos repetitivos, CT´s, IRDR´s e IAC´s. Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shDRGraficos. Acesso em: 15 ago. 2023. Do mesmo modo é importante destacar a Nota Técnica n. 41/2023 do Centro Nacional de Inteligência da Justiça Federal, que propõe que os Tribunais Superiores e a TNU estudem a possibilidade de adotarem estratégias de governança de sobrestamento, nas circunstâncias eventuais nas quais lhes parecer relevante orientar as instâncias ordinárias quanto a algum aspecto na gestão do precedente qualificado, em especial quanto à eventual conveniência de manutenção do sobrestamento até o trânsito em julgado do precedente ou o julgamento de eventuais embargos de declaração.

[897] "Seja como for, somente regras ditam resultados. Quando se obtém um resultado contrário, a regra é abandonada ou mudada" (DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 57).

jurídicas e súmulas da Advocacia-Geral da União, orientações normativas e enunciados.

Aprovado o instrumento jurídico pela autoridade competente, por dever de transparência ativa[898], compete aos órgãos e às entidades da administração pública manter atualizados, em seus sítios eletrônicos, as normas complementares, as orientações normativas, as súmulas e os enunciados (art. 24 do Decreto nº 9.830/2019).

Cada ente federativo poderá disciplinar o regramento do procedimento de criação e aprovação dos instrumentos, podendo utilizar subsidiariamente o Decreto nº 9.830/2019 naquilo que for compatível com sua legislação própria.

Cabe aqui mencionar os precedentes administrativos[899], que também assumem papel de uniformização dos entendimentos externados pela Administração Pública. No âmbito judicial, o CPC já expressou sua preocupação com a aplicação de precedentes (arts. 489, 926 e 927).

Para fins da presente tese, sem maiores digressões conceituais dentro de um tema tão complexo[900], pode-se entender precedente como a fundamentação da norma

---

[898] "La garantía normativa, que debe procurar la previsibilidad y la certeza del sistema jurídico en su aplicación, que en últimas siempre debe estar relacionada con el ejercicio de derechos y reparación de sus violaciones, al materializarse en normas debe reunir ciertas condiciones: (1) promulgarse para que pueda ser conocida y aplicada, así además garantizar la publicidad (lex promulgata); (2) ser clara y evitar ambiguedades que se presten a interpretaciones restricctivas (lex manifesta); (3) resolver todo conflicto en el que se violen derechos (lex plena); (4) cumplir estrictamente con las formalidades y requisitos constitucionales (lex stricta); (5) debe ser estable y no estar sujeta a constantes modificaciones (lex perpetua)" (SANTAMARÍA, Ramiro Ávila. ***Los derechos y sus garantías: ensayos críticos***. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012. p. 203).

[899] O art. 50, inciso VII da Lei nº 9.784/1999 (lei de processo administrativo federal), prevê que os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando deixarem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais.

[900] "Precedents, we said, are prior decisions that function as models for later decisions. Authoritative precedents are prior decisions that for some reason one ought to use as goveming models for later decisions. The recognition of authoritative precedent has thus a certain backward-looking effect, to the extent that the present must be guided by what was decided in the past. But there is a forWard-looking aspect to this as well; for the very existence of a practice of ascribing authority to past decisions means that one who engages in deciding a novel case does so knowing that the declsion reached will itself be taken as a guide in later cases. That knowledge sets an irnportant test for the soundness of the present decision: will it be satisfactory as a precedent? Judges are well aware that their decisions contribute to the development of the law, and they do therefore have regard to issues of policy and of principle in working towarps their decisions" (MACCORMICK, Neil e SUMMERS, Robert S. ***Interpreting precedents: a comparative study*****.** London: Dartmouth, 1997, p. 02)

geral de interpretação de um caso concreto e individual[901], construído por indução e que permita prospecção e universalização[902] para casos idênticos[903] como garantia da coerência e integridade decisória[904], sem que exista desvinculação do contexto histórico e normativo que lhe originou[905].

O precedente, em sua linha do tempo, olha primeiro para o presente na condição de decisão relevante substancialmente argumentativa. Precedentes não são criados para o futuro. Eles são criados no presente de forma contingencial (texto legal x caso concreto x interpretação/aplicação = norma jurídica). O precedente não dispensa a interpretação de sua aplicabilidade (paradigma) ao caso concreto

---

[901] "A law made judicially is made on the occasion of a judicial decision. The direct or proper purpose of its immediate author is,the decision of the specific case which the rule is Applied, and not the establshment of the rule. Inasmuch as the grounds of the decision may serve as grounds of decision in future and similar cases, its author legislates substantially or in effect: And his decision in commonly determined (not only by a consideration of the case before him, but) by a consideration of the effect which the grounds of his decision may produce as a general law or rule. He knows that similar cases may be decided in a similar manner; and that principles or grounds of his decision may therefore be a a law by which the members of the Community may be bound to guide their conduct" (AUSTIN, John. **Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law**, vol. II, 5ª ed. CAMPBELL, Robert (edit.). London: John Murray Publisher, 1911. p 621).

[902] CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário, 2ª ed. São Paulo: Almedina, 2018. p.187.

[903] "A realização da igualdade requer a universalização do precedente. O fundamento essencial ou determinante do precedente deve ser delineado de modo a abarcar o maior número possível de situações jurídicas similares, propiciando-lhes tratamento igualitário e tornando desnecessária, na medida do possível, a ampliação da esfera para a qual o precedente foi primitivamente elaborado e, desse modo, o uso do *distinguishing*" (MARINONI, Luiz Guilherme. Da corte que declara o "sentido exato da lei" para a corte que institui precedentes. **Revista dos Tribunais**, vol. 950, p. 165 –198, dez – 2014. p.179).

[904] "Ainda que se tenha estabelecido o primado da segurança jurídica e o da estabilidade, não é qualquer julgado – assim como no sistema da *common law* e na teoria do *stare decisis* – que ostenta caráter vinculante para o julgador sucessivo (precedente), devendo ser averiguada sua força (*autorithy*), que pode ser obrigatória ou meramente persuasiva (..). De fato, mesmo que uma determinada decisão seja repetida, de forma uniforme e constante – qualificando-se, assim, como jurisprudência, em sentido formal – seu efeito, em regra, será meramente persuasivo em relação aos demais órgãos julgadores, uma vez não ostentarem a característica da imperatividade e consistirem somente em indícios de uma solução razoável e socialmente adequada. Para que se habilite como uma decisão vinculante, além da reiteração de modo uniforme, deve ser acrescida de uma nota da credibilidade social, vindo ao encontro do sentimento de justiça dos jurisdicionados" (Voto da Ministra Nancy Andrighi no EDcl no REsp n. 1.630.659/DF, Terceira Turma, julgado em 27/11/2018, DJe de 6/12/2018)

[905] Para maior aprofundamento: MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil, vol. 02*, 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2016. p. 639/664 e MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**, 3ª ed. São Paulo: Thomsom Reuters, 2013.

posterior[906]. Não há tese jurídica que embase precedente sem que exista um caso concreto. Também vale lembrar: precedente não substitui a lei.

Inicialmente, destaque-se que precedente administrativo se difere do costume administrativo[907], já que esse último não é fonte relevante do Direito[908], apesar de vincular a Administração Pública quando for apto a gerar uma legítima expectativa no administrado[909].

---

[906] "Em si mesmo, 'preconceito' (*Vorurteil*) quer dizer um juízo (*Urteil*) que se forma antes do exame definitivo de todos os momentos determinantes segundo a coisa em questão. No procedimento da jurisprudência um conceito é uma pré-decisão jurídica, antes de ser baixada uma sentença definitiva. Para aquele que participa da disputa judicial, um preconceito desse tipo representa evidentemente uma redução de suas chances. Por isso, *préjudice*, em francês, tal como *praeiudicium*, significa também simplesmente prejuízo, desvantagem, dano. Não obstante, essa negatividade é apenas secundária. A consequência negativa repousa justamente na validez positiva, no valor prejudicial de uma pré-decisão, tal qual o de qualquer precedente. (...) É só a fundamentação, a garantia do método (e não o encontro com a coisa como tal) que confere ao juízo sua dignidade" (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, 12ª ed. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Editora Vozes, 2012. p. 360/361).

[907] "Debe recordarse que la costumbre puede ser, concorde a la ley secundum legem, contraria a la ley, contra legem, y sustituta de la ley, praeter legem. En los dos primeros casos no hay duda de que la costumbre es irrelevante como fuente de Derecho. En cuanto al tercero es indispensable, en lo que respecta al Derecho Administrativo, negarle ese carácter a la costumbre que nace del uso reiterado de relaciones entre particulares, ya que tal costumbre no puede ser Derecho Administrativo al estar la Administración ausente de la relación jurídica establecida consuetudinariamente entre los particulares" (GUERRA, Héctor Garcini. ***Derecho Administrativo,*** 2ª ed. Cuba: Editorial Pueblo y Educación, 1986. p. 68)

[908] "Existe una acentuada tendencia a relacionar, cuando no a confundir, el precedente administrativo y la costumbre. Se observa principalmente en el tratamiento sistemático conjunto que suele darse a ambas cuestiones. Ello es incorrecto. Independientemente de la dudosa existencia de la costumbre en el Derecho administrativo, hay que recordar que la fuerza vinculante del precedente procede directamente de determinados principios generales del Derecho. Piénsese que, a diferencia de lo que ocurriría con la costumbre, una sola actuación constitutiva de precedente vincula a la Administración" (DÍEZ-PICAZO, Luis María. La doctrina del precedente administrativo. ***Revista de Administración Pública***, Madrid, n. 98, maio-agos 1982, p. 44).

[909] "Em síntese, o costume administrativo não constitui fonte de normas primárias e vinculantes para o direito administrativo. Uma vez cumpridos os requisitos apontados anteriormente, a conduta reiterada pelo Estado ou no âmbito de suas instituições pode até gerar normas principalmente em razão do princípio da moralidade e da boa-fé, mas tais normas serão sempre subordinadas à Constituição e à Lei (normas de especificação) e indicativas (não-vinculantes). (...) O costume administrativo não é fonte relevante do direito administrativo; mas o costume em geral, quando aceito como fonte, vincula a Administração Pública na medida em que constitui o bloco normativo que rege suas condutas em alguns setores" (MARRARA, Thiago. As fontes do direito administrativo e o princípio da legalidade. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 1, n. 1, p. 23-51, 2014. DOI: 10.11606/issn.2319-0558.v1i1p23-51. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/73561. Acesso em: 25 jun. 2023). Em sentido contrário, admitindo o costume administrativo (consuetudinário) como fonte autônoma do Direito, ressalvado o costume *contra legem*: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Dever de coerência na Administração Pública: precedentes administrativos, praxe administrativa, costumes, teoria dos atos próprios e analogia. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar. (Org). **O direito administrativo na atualidade** – estudos em homenagem a Hely Lopes Meirelles. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 955-973. p. 968.

Os pressupostos necessários para configurar um precedente administrativo importa[910], inclusive, para a interpretação do conceito de orientações gerais previsto no art. 24 da LINDB[911]. São requisitos do precedente administrativo:

> A aplicação da teoria dos precedentes administrativos depende do cumprimento dos seguintes requisitos: a) identidade subjetiva, b) identidade objetiva, c) legalidade do precedente e d) inexistência de justificativa relevante e motivada para alteração do precedente. Preenchidos os citados requisitos, a Administração Pública deverá observar seus próprios precedentes, garantindo, destarte, coerência na ação estatal, bem como tratamento isonômico e segurança jurídica aos administrados[912].

A identidade subjetiva é ligada ao órgão responsável pelo precedente. O precedente administrativo é obrigatório ao mesmo órgão que o originou (adesão endógena). Isso não obsta, contudo, a utilização pelo órgão de precedentes

---

[910] Como critica ao sistema de precedentes brasileiro, ver: "O Brasil não tem um sistema de precedentes organizado. A unificação da jurisprudência tem sido feita por meio de enunciados e súmulas e não via determinados casos que sejam tratados, pelas próprias cortes, como exemplos de sua posição. Os enunciados e súmulas costumam, por meio de fórmulas genéricas sem fazer referência a nenhum argumento, indicar para a sociedade o resultado futuro das demandas que versem sobre determinado assunto" (RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes? Para uma crítica do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 224).

[911] "Para que um precedente administrativo possa ser invocado e aplicado é preciso o preenchimento de alguns pressupostos: identidade subjetiva da Administração Pública; identidade objetiva essencial entre os casos; identidade das normas jurídicas superiores incidentes; e a legalidade do ato administrativo do qual se extraí o precedente administrativo" (MARINHO DE CARVALHO, Gustavo. **Precedentes administrativos no Direito brasileiro**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015. p.191/192). Com variações acerca dos pressupostos: "Dessa forma, neste artigo será essa a postura e a nomenclatura que passaremos a adotar, referindo-nos indistintamente a 'atos próprios' ou a 'precedentes administrativos', dentro sempre da teoria mais abrangente das autolimitações administrativas, embebida dos princípios da boa-fé e da igualdade, e exigindo a presença de três requisitos para ser aplicada, os quais passamos a analisar: (1) identidade subjetiva, (2) identidade objetiva e (3) contradição entre ato anterior e posterior" (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teoria das autolimitações administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos. In: **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Salvador, IBDP, n.14, maio/julho, 2008. p. 05).

[912] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Precedentes no direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. E-book.

instrumentalizado por outro órgão, como é o caso das súmulas do Poder Judiciário[913] e Tribunais de Contas[914].

A identidade objetiva é a "análise da similitude substancial entre o suporte fático do precedente e o suporte fático do caso em análise[915]:

> O referido dispositivo teve o desiderato de realizar o trespasse da *stare decisis* às decisões administrativas – racional que remonta ao precedente *London Tramways vs. London County Council*, de 1898, no qual se consagrou, pela primeira vez, a vinculação da *House of Lords* às suas próprias decisões. De acordo com tal teoria, terá o julgador de, preliminarmente, definir o *holding*, assim considerado como a norma, a ser extraída do caso concreto, que deverá vincular as futuras decisões. Se a identificação passa pela identificação dos fatos (*material facts*) e dos fundamentos necessários à constituição do precedente (*racionale*), excluindo-se, porém, o *obter dictum*, que são as considerações marginais ao julgado paradigma, que não terão efeitos vinculantes. Por intermédio dessa sistemática, para além de se preservar a isonomia no tratamento dos administrados (*treat like cases alike*), pretende-se conferir observância às decisões proferidas (*backward-looking*), bem como constituir os futuros precedentes (*fooward-looking*)[916].

Sem aprofundar o tema, cabe a ressalva de que o escopo de fixar regras por meio de instrumentos vinculantes da própria Administração Pública não pode conduzir ao entendimento da possibilidade de mera subsunção, sob pena de confundir texto

---

913 Criticando o efeito vinculante de precedentes judiciais e súmulas no Direito romano-germânico em razão de ofender o princípio da separação e divisão entre os Poderes: "En ambos modelos, los jueces no tienen poderes normativos (lo que originaría confusión de los poderes). Esto implica, entre otras cosas, que los precedentes judiciales no son vinculan tes (a diferencia de lo que ocurre en los sistemas jurídicos de Common Law) y que cada decisión jurisdiccional posee eficacia sólo inter partes" (GUASTINI, Riccardo. ***Estudios de Teoría Constitucional***. Tradução: Miguel Carbonell. México: Doctrina Jurídica Contemporánea, 2001. p. 68).

914 "O uso dos precedentes no âmbito do Direito Administrativo se opera de diferentes maneiras. É possível realizar uma categorização mediante a classificação entre: (i) precedentes a serem seguidos pela Administração Pública, sejam provenientes do Poder Judiciário ou dos Tribunais de Contas; (ii) precedentes produzidos pela Administração Pública, sejam eles produzidos em processo administrativo que soluciona uma lide, mediante contraditório e ampla defesa, ou produzidos em parecer ou consulta, sem contraditório ou ampla defesa" (NOHARA, Irene Patrícia e FERNANDES, Érika Capella. Desafio do alcance de segurança jurídica por meio de precedentes no direito administrativo. In: MAFFINI, Rafael e RAMOS, Rafael [Org.]. **Nova LINDB**: proteção da confiança, consensualidade, participação democrática e precedentes administrativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p.173-195. p. 180).

915 MARINHO DE CARVALHO, Gustavo. *Precedentes administrativos no Direito brasileiro*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015. p.152.

916 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo e VÉRAS DE FREITAS, Rafael. **Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019. p. 160.

legislativo e norma[917], que apesar da autonomia, não são separáveis[918]. Norma é o resultado da interpretação/aplicação do texto ao respectivo caso concreto[919], onde se alcançar a norma de decisão[920].

Dessa forma, seja para concluir pela utilização de um precedente administrativo ou aplicação de instrumento ao caso concreto, consideradas as peculiaridades do caso paradigma e processo indutivo[921] (parecer normativo, súmula, orientação, *etc*), seja para estabelecer uma distinção[922] entre o parâmetro comparativo (precedente) e

---

917 "A ainda predominante compreensão da norma como comando pronto, juntamente com seu contexto positivista, corre igualmente risco de confundir norma e texto normativo; ou então de partir do princípio de que o teor de validade da disposição legal seria fundamentalmente adequado e estaria suficientemente presente no texto literal, ou seja, seria dado com a forma linguística da disposição" (MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do direito**, 3ª ed. Tradução: Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 187).

918 "Daí minha insistência no sentido de que entre texto e sentido do texto (norma) não há uma cisão – o que abriria espaço para o subjetivismo (teorias axiológicas da interpretação) – e tampouco existe, entre texto e norma, uma identificação (colagem) – o que abriria espaço para o formalismo de cunho objetivista. Entre texto e sentido do texto há, portanto, uma diferença. Negar essa diferença implica negar a temporalidade, porque os sentidos são temporais. A diferença (que é ontológica) entre texto e norma (sentido enunciativo do texto, ou seja, o modo como o podemos descrever fenomenologicamente) ocorre na incidência do tempo" (STRECK, Lênio Luis. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.336).

919 "Portanto, a norma somente existe diante da problematização de um caso concreto, seja real ou fictício. A norma não está contida na lei. Somente após a interpretação, a norma é produzida, a norma é realizada na linguagem, diante da problematização, quando é contraposta aos fatos jurídicos e à controvérsia judicial que pretende solucionar. (...) Por consequência, o paradigma pós-positivista, necessariamente, deverá possuir novo conceito de norma, ou seja, a norma não terá mais existência semântica e abstrata, a norma passa a ser concreta e produto da própria linguagem". (ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial**: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 75).

920 "Dizendo-o de outra forma: em um primeiro momento o intérprete trabalha os textos e a realidade visando a produzir normas jurídicas gerais; a partir dessas normas, decide – isto é, define a norma de decisão. As normas jurídicas gerais que conformam e informam a decisão surgem de uma primeira operação, da qual decorre a afirmação da outra, a norma de decisão. (...) A concretização implica um caminhar do texto normativo em direção à norma concreta (a norma jurídica), que não é ainda, todavia, o destino a ser alcançado. A concretização somente se realiza no passo seguinte, quando é afirmada a norma de decisão, apta a dar solução ao conflito que consubstancia o caso concreto" (GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes [a interpretação/aplicação do direito e os princípios]**, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 332/333)

921 "In short, although a rule or principle is established by the decision or dcisions, and is applicable and actually appliedto subsequent and resembling cases, that rule or principle lies in concreto, and must be gotten from the decisions by which it was established, through a processo of abstraction and induction. Before we can find theimport of the general principle or rule, we must exclude the peculiarities of the cases to which it was Applied, and must consider the decision to which the tribunal would have come, if its decision had not been modified by those specific diferences" (AUSTIN, John. ***Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*****,** vol. II, 5ª ed. CAMPBELL, Robert (edit.). London: John Murray Publisher, 1911. p 622).

922 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedente Constitucional**. São Paulo: Thomson Reuters, 2022. p. 51/52.

o caso concreto[923] (*distinguising*[924]), a consultoria da Advocacia Pública[925] do respectivo órgão se faz relevante diante do necessário processo hermenêutico[926]. Não basta a crença de que ocorrerá a mera subsunção automática de situação posta ao texto do precedente administrativo[927], é necessária a justificação de sua aplicação[928].

O terceiro pressuposto é a legalidade do precedente. Por óbvio, condutas ilícitas e ilegais não são precedentes, não importando a frequência de sua realização. Aqui também há que se destacar a inaplicabilidade de precedente cuja

---

[923] "Fala-se em *distinguishing* (ou *distinguish*) quando houver distinção entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos concretos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* (tese jurídica) constante do precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproxima ção entre eles, alguma peculiaridade do caso em julgamento afasta a aplicação do precedente" (DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 14ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 604)

[924] "A distinção, ou *distinguishing* (ou *distinguish*), consiste na confrontação entre os fatos materiais de dois casos, de modo a afastar a aplicação da *ratio decidendi* do precedente ao caso em julgamento em virtude da diversidade fática" (STF, AR 2702 AgR, Relator(a): Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2019).

[925] GREGO-SANTOS, Bruno. Boa fé da Administração Pública e segurança jurídica. In: CARNEIRO DA CUNHA FILHO, Alexandre Jorge; ISSA, Rafael Hamze e SCHWIND, Rafael Wallbach (Coords.). **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro Anotada**, volume II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 484-490. p. 487.

[926] "A consagração dos precedentes judiciais no art. 927 do CPC/2015 e a sua vinculação à Administração Pública demonstram a relevância da atuação da advocacia pública na preservação da estabilidade, da integridade e da coerência do sistema jurídico. Considerada como advocacia de Estado e não de governo, a advocacia pública possui o dever institucional de garantir, de forma preventiva e/ou repressiva, a juridicidade dos atos estatais. Ao lado da atuação passiva, consistente no recebimento de consultas administrativas específicas ou no exercício da defesa judicial da entidade administrativa, a advocacia pública deve pautar, de forma crescente, a sua atuação pela prevenção e proatividade, com a edição de orientações ou súmulas administrativas, a busca por soluções consensuais de conflitos e, se for o caso, a propositura de ações judiciais com o objetivo de evitar danos, restaurar a juridicidade e ressarcir eventuais prejuízos ao erário" (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Precedentes no direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. E-book).

[927] "A Súmula assume a função de reconstrução 'legítima' da norma jurídica interpretada, pretensamente de maneira definitiva, proporcionando a sensação de regozijo. A condição de intérprete da Imagem-Texto passa a ser a de espectador do que é mostrado. O contexto em que o enunciado é produzido – nos Tribunais Superiores- aplaca a necessidade hermenêutica, coloniza a compreensão, apresentando-se como a 'solução fácil', do 'conforto'. A imagem mostrada e acolhida na condição de 'Verdade' ocupa o lugar da realidade" (MORAIS DA ROSA, Alexandre. Crítica à hermenêutica do conforto: a súmula vinculante como se imagem fosse. In: **Constituição e Estado Social**: os obstáculos à concretização da Constituição. NETO, Francisco José Rodrigues de Oliveira [*et.al.]* (Org). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 39).

[928] "Precedents are not like these, though they do depend on judicial decisions issued in final form at discrete moments. For decisions, even judicial decisions, in their particular, individual person·address·ing character are not, as such, general or universal. The decision, when conceived as a precedelit, is general or universal because in this conception it is the justifying opinion of the judge or court, not the bare act of deciding, that really counts. Decisions can be precedents only to the extent that they are conceived to rest upon justifying grounds; for these justifying grounds, according to a model of rational and discursive justification, cannot be confined to the single case" (MACCORMICK, Nei e SUMMERS, Robert S. ***Interpreting precedents****: a comparative study*. London: Dartmouth, 1997, p. 543)

fundamentação se tornou supervenientemente ilegal em razão de alteração legislativa.

O último pressuposto é a ausência de justificativa relevante e motivada para alteração do precedente, que está contida na redação final do art. 30 da LINDB ("até ulterior revisão"):

> Não obstante o seu caráter vinculante, o precedente administrativo não pode acarretar o congelamento ou a imutabilidade absoluta do entendimento administrativo, especialmente pela necessidade de adequação da ação administrativa às transformações legislativas, sociais, econômicas, entre outros fatores. A alteração das circunstâncias fáticas pode ensejar mudanças de entendimento e interpretações evolutivas que justificam a inaplicabilidade ou a alteração, total ou parcial, do precedente. (...) Em resumo, a inaplicabilidade do precedente ao caso atual pode ocorrer, de forma motivada, em duas situações: (a) *distinguising*: quando o administrador demonstrar diferenças substanciais entre o caso atual e o precedente que justifiquem a adoção de solução jurídica diversa; e b) *overruling*: quando o administrador demonstrar, por exemplo, uma das seguintes justificativas: b.1) o precedente apresentou interpretação equivocada da legislação, b.2) as alterações econômicas, sociais ou políticas justificam nova orientação para o atendimento do interesse público, b.3) as consequências práticas oriundas do precedente se mostram contrárias ao interesse público; e b.4) a norma utilizada no precedente é ilegal ou inconstitucional (...) A legitimidade da superação dos precedentes administrativos depende do cumprimento de duas exigências, a saber: a) impossibilidade de efeitos retroativos para prejudicar os administrados; e b) motivação. A efetividade da teoria dos precedentes administrativos depende, em grande medida, do comprometimento institucional dos órgãos e entidades administrativas que somente procederão à superação de seus precedentes em casos devidamente justificados e, em regra, com efeitos não retroativos com o intuito de não surpreender os administrados.[929].

A motivação da alteração do precedente (*overruling*[930]), baseada em nova interpretação ou resolução de equívocos[931], deve apresentar um ônus argumentativo

[929] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Precedentes no direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. E-book.

[930] Relevante destacar o entendimento oriundo de países sob o sistema da *common law* de que quando um precedente é invalidado, com efeito *ex nunc,* tem-se que o decisor estaria atuando como verdadeiro legislador positivo, pois não se estaria aplicando o Direito, mas sim criando-o (POSNER, Richard Alan. **A problemática da teoria moral e jurídica**. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo WMF Martins Fontes, 2012. p. 385/386).

[931] "The capacity to overrule involves the perception and admission of error-the expectation of error as a natural and regular phenomenon. If the courts, the interpreters of the law, are considered human institutions spinning a human product, then fallibility must be foreseen and the confession of error admired" (LANGBEIN, John Harriss. Modern Jurisprudence in the House of Lords the Passing of London Tramways. In: ***Cornell Law Review***, vol. 53, 1968. p. 807-813. p. 811. Disponível em: http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol53/iss5/3. Acesso em: 10 jun 2023).

que demonstre a necessidade de superação do paradigma interpretativo anterior[932], bem como preveja regra de transição da nova orientação na forma do art. 23 da LINDB.

Os precedentes administrativos também são relevantes pelo motivo de configurarem orientações gerais, na forma descrita pelo art. 24 da LINDB e art. 5º do Decreto nº 9.830/2019 (revisão quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa).

O art. 3º, inciso IV da Lei nº 13.874/2019 (Declaração de Direitos de Liberdade Econômica), reforça a importância dos precedentes como régua da isonomia, prevendo que ser direito de toda pessoa receber tratamento isonômico de órgãos e de entidades da administração pública quanto ao exercício de atos de liberação da atividade econômica, hipótese em que o ato de liberação estará vinculado aos mesmos critérios de interpretação adotados em decisões administrativas análogas anteriores.

Os instrumentos criados com base no at. 30 da LINDB e os precedentes administrativos, mesmo que dotados de certo grau de abstração[933] que os afaste de

---

[932] "Essa motivação especial requer um ônus argumentativo suplementar que dialogue com a experiência anterior, explicitando com razões suficientemente fortes a necessidade de superação da interpretação consolidada. É imprescindível que se faça a adequada distinção (distinguising) entre o caso concreto e o paradigma, demonstrando que as razões de decidir que norteavam a interpretação predominante são inaplicáveis ao novo caso seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à ratio decidendi, seja porque, a despeito de haver certa aproximação entre eles, algumas peculiaridades no novo caso afastam aplicação do precedente, a fim de que a hipótese de superação (overruling) reste cabalmente justificada" (LUNARDELLI, José Marcos. Comentário geral ao art. 30 da LINDB. In: CARNEIRO DA CUNHA FILHO, Alexandre Jorge; ISSA, Rafael Hamze e SCHWIND, Rafael Wallbach (Coords.). **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro Anotada**, volume II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 477-480. p. 479).

[933] "Os conceitos de determinabilidade e individualização não se confundem, de modo que a lei possuir destinatário determináveis não retira o caráter abstrato e geral de seus mandamentos normativos, nem acarreta sua definição como lei de efeitos concretos" (STF, ADI 5472, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2018). No mesmo sentido: ADI-MC 2.137, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 12.05.2000 e ADI 1.655, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 02.04.2004

potenciais efeitos concretos[934], por sua natureza de atos normativos secundários[935], não poderão inovar na ordem jurídica contrariamente à lei[936], não sendo passíveis, isoladamente[937], de controle concentrado de constitucionalidade por implicar em

[934] "Leis com efeitos concretos, assim atos administrativos em sentido material: não se admite o seu controle em abstrato, ou no controle concentrado de constitucionalidade" (STF, ADI 2484 MC, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 19/12/2001). No mesmo sentido: ADI 3.383, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 3/6/2005; ADI 2.207, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 4/9/2000; ADI 1.383- MC, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 18/10/1996; e ADI 2.387, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 5/12/2003, ADI 2.630-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, DJe de 5/11/2014; ADI 4.040, Rel. Min. Cármen Lúcia, Plenário, DJe de 1º/7/2013; e ADI 4.620- AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Plenário, DJe de 1º/8/2012). Em sentido contrário: "Os estudos e análises no plano da teoria do direito indicam que tanto se afigura possível formular uma lei de efeito concreto — lei casuística — de forma genérica e abstrata quanto seria admissível apresentar como lei de efeito concreto regulação abrangente de um complexo mais ou menos amplo de situações. Todas essas considerações parecem demonstrar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não andou bem ao considerar as leis de efeito concreto como inidôneas para o controle abstrato de normas" (MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014).

[935] "a) Atos normativos secundários. Atos administrativos – como decretos regulamentares, instruções normativas, resoluções, atos declaratórios – não podem validamente inovar na ordem jurídica, estando subordinados à lei. Desse modo, não se estabelece confronto direto entre eles e a Constituição. Havendo contrariedade, ocorrerá uma das hipóteses: (i) ou o ato administrativo está em desconformidade com a lei que lhe cabia regulamentar, o que caracterizaria ilegalidade e não inconstitucionalidade; (ii) ou é a própria lei que está em desconformidade com a Constituição, situação em que ela é que deverá ser objeto de impugnação" (BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 204).

[936] "Ao contrário do que se pode imaginar, não há incompatibilidade entre os precedentes administrativos e o princípio da legalidade. Deveras, os precedentes administrativos não têm o condão de inovar o ordenamento jurídico, de modo que precisam estar em consonância com a Lei. Servem os precedentes administrativos para garantir a aplicação isonômica da Lei e não para diminuir a sua relevância em nosso sistema jurídico. Aliás, uma Lei nova pode alterar ou até mesmo revogar um precedente administrativo" (MARINHO DE CARVALHO, Gustavo. **Precedentes administrativos no Direito brasileiro**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015. p.191).

[937] STF, ADI 5086, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/2021.

necessária ofensa reflexa à Constituição[938], pois pressupõem subordinação à norma primária de caráter infraconstitucional[939]:

> (...) ao poder regulamentar não cabe contrariar a lei (contra legem), pena de sofrer invalidação. Seu exercício somente pode dar-se secundum legem, ou seja, em conformidade com o conteúdo da lei e nos limites que esta impuser. (...) É legítima, porém, a fixação de obrigações subsidiárias (ou derivadas) – diversas das obrigações primárias (ou originárias) contidas na lei – nas quais também se encontra imposição de certa conduta dirigida ao administrado. Constitui, no entanto, requisito de validade de tais obrigações sua necessária adequação às obrigações legais. Inobservado esse requisito, são inválidas as normas que as preveem e, em consequência, as próprias obrigações. (...) O que é vedado e claramente ilegal é a exigência de obrigações derivadas impertinentes ou desnecessárias em relação à obrigação legal; nesse caso, haveria vulneração direta ao princípio da proporcionalidade e ofensa indireta ao princípio da reserva legal, previsto, como vimos, no art. 5º, II, da CF. Por via de consequência, não podem considerar-se legítimos os atos de mera regulamentação, seja qual for o nível da autoridade de onde se tenham originado, que, a pretexto de estabelecerem normas de complementação da lei, criam direitos e impõem obrigações aos indivíduos. Haverá, nessa hipótese, indevida interferência de agentes administrativos no âmbito da função legislativa, com flagrante ofensa ao princípio da separação de Poderes insculpido no art. 2º da CF[940].

---

938 "É incabível a ação direta de inconstitucionalidade quando destinada a examinar ato normativo de natureza secundária que não regule diretamente dispositivos constitucionais, mas sim normas legais" (STF, ADI 2065, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Relator(a) p/ Acórdão: Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2000).

939 "Outrossim, essas premissas conduzem também à impossibilidade do manejo de ação direta de inconstitucionalidade diante de atos normativos secundários, isto é, aqueles que retiram seu fundamento de existência e de validade não diretamente da Constituição, mas de outros atos normativos infraconstitucionais. (...) Com efeito, os atos de natureza secundária mantêm um vínculo de subordinação e lealdade para com as normas primárias às quais se vinculam e a que, em regra, visam regulamentar. De tal sorte, eventual conflito de constitucionalidade, acaso existente, se daria entre a norma primária norteadora e a Constituição; não entre esta última e o ato secundário, cuja inconstitucionalidade seria meramente reflexa. (...) Dessarte, evidenciado que os atos normativos secundários ora impugnados só existem no mundo jurídico a fim de regulamentar atos normativos hierarquicamente superiores, garantindo-lhes exequibilidade no mundo fático, eventual conteúdo que extrapole os limites da norma 'parâmetro' ensejaria um conflito de legalidade, e não um conflito direto de constitucionalidade" (STF, ADI 5565 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 05/09/2022). Em sentido contrário: "Impugnação de resolução do Poder Executivo estadual. Disciplina do horário de funcionamento de estabelecimentos comerciais, consumo e assuntos análogos. Ato normativo autônomo. Conteúdo de lei ordinária em sentido material. Admissibilidade do pedido de controle abstrato. Pode ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade, o ato normativo subalterno cujo conteúdo seja de lei ordinária em sentido material e, como tal, goze de autonomia nomológica" (STF, ADI 3731 MC, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 29/08/2007).

940 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo***,* 34ª ed. São Paulo: Atlas, 2020. E-book.

A extrapolação da norma secundária em face da norma primária enseja crise de legalidade[941], passível de controle pelo Poder Judiciário através do julgamento de instrumentos processuais previstos na jurisdição ordinária[942].

Por fim, é aconselhável que o ente federativo, dentro de sua regulamentação dos instrumentos internos vinculantes na forma do art. 30 da LINDB, além da previsão da publicidade aos parâmetros e às regras de transição na hipótese de alteração da redação, também preveja a possibilidade de revisão dos atos vinculativos por pedido dos administrados, estabelecendo o procedimento dessa revisão, inclusive com a observância do art. 29 da LINDB (consulta pública) estimulando, com isso, maior participação popular e maior campo de consenso entre os envolvidos.

2.12 A recepção da Lei nº 13.655/2018 pela jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo: análises das decisões dos anos de 2021 e 2022 na busca de um diálogo empírico

A interpretação jurisprudencial das normas introduzidas pela Lei nº 13.655/2018 se mostra como uma importante questão no desenvolvimento do trabalho. A importância do assento empírico reside na possibilidade de criação de um contexto da aplicação concreta das normas da LINDB (arts. 20 a 30), através da sua recepção pelo Poder Judiciário.

Para se obter um perfil da recepção pelo Poder Judiciário quanto às alterações promovidas na LINDB pela Lei nº 13.655/2018, optou-se pela escolha de um tribunal de segundo grau, que representa, em regra, a última instância jurisdicional em que é

---

941 "A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que crises de legalidade – que irrompem no âmbito do sistema de direito positivo, caracterizadas pela inobservância, por parte da autoridade pública, do seu dever jurídico de subordinação normativa à lei – revelam-se, por sua natureza mesma, insuscetíveis de controle jurisdicional concentrado, pois a finalidade a que se acha vinculado o processo de fiscalização normativa abstrata restringe-se, tão somente, à aferição de situações configuradoras de inconstitucionalidade direta, imediata e frontal" (STF, ADI 5582 AgR, Relator(a): Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 24/08/2020).

942 "Não se legitima a instauração do controle normativo abstrato, quando o juízo de constitucionalidade depende, para efeito de sua prolação, do prévio cotejo entre o ato estatal impugnado e o conteúdo de outras normas jurídicas infraconstitucionais editadas pelo Poder Público. A ação direta não pode ser degradada em sua condição jurídica de instrumento básico de defesa objetiva da ordem normativa inscrita na Constituição. A válida e adequada utilização desse meio processual exige que o exame 'in abstracto' do ato estatal impugnado seja realizado, exclusivamente, à luz do texto constitucional" (STF, ADI 416 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 16/10/2014). Ainda: Súmula nº 636 do STF: "Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida".

permitida a análise fática do caso concreto[943]. Quanto à escolha do tribunal, optou-se pela escolha do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo por representar, em termos quantitativos de processos judiciais, o maior Tribunal estadual do Brasil.

Foi utilizada a pesquisa documental, mediante análise quantitativa e qualitativa das decisões colegiadas proferidas pelas Câmaras de Direito Público e Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Para tanto, foi realizada pesquisa junto à página eletrônica do Tribunal de Justiça de São Paulo, no campo "consulta completa[944]", campo "ementa", utilizando-se, na intenção de promover atualidade na pesquisa, o critério da "data do julgamento" no período de 1º de janeiro de 2021 até 31 de dezembro de 2022, abordando somente decisões colegiadas (acórdãos) das Câmaras de Direito Público e Reservada ao Meio Ambiente, que são mais afetadas ao escopo do presente trabalho, pautado no Direito Administrativo.

Foi utilizado como termos-chaves de pesquisa "LINDB", "13655" e "Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro", na tentativa de estabelecer uma coerência e integridade das fundamentações das decisões analisadas (art. 926, *caput* do CPC), permitindo, com isso, balizar linhas de entendimento para sustentar críticas e promover avanços nos estudos sobre uma possível linha ou modelo de perfil decisório na recepção das normas introduzidas pela Lei nº 13.655/2018.

O filtro final, utilizado para análise qualitativa das fundamentações das decisões, dentro da proposta do estudo, são os acórdãos proferidos Câmaras de Direito Público e Reservada ao Meio Ambiente onde conste, em sua ementa, a menção expressa a artigo da LINDB introduzido pela Lei 13.655/2018 (arts. 20 ao 30).

A escolha da menção na ementa segue deliberação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que publicou em 2021 diretrizes para a elaboração de ementas em

---

[943] Súmula 07 do STJ ("A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial") e Súmula nº 279 do STF ("Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário").

[944] https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=C482825D4349A13C4C2FE05A40A2E9E4.cjsg3.

julgados, onde sugere a indicação da legislação utilizada na fundamentação no corpo da ementa[945].

Quanto ao grau de precisão da pesquisa, pela escolha da menção em ementa do julgado pela citação expressa de artigo da LINDB introduzido pela Lei 13.655/2018 (art. 20 ao 30), tem-se que ela sofre um impacto prejudicial pela possibilidade de menção da Lei nº 13.655/2018 e da LINDB somente no corpo dos acórdãos, mas sem menção na respectiva ementa.

Entretanto, essa imprecisão é relevantemente atenuada quando se parte da premissa de observância da padronização sugerida pelas diretrizes na elaboração de ementas em julgados, expedidas pelo CNJ e previstas na Norma de Trabalho da Segunda Instância nº 11 (NT SJ0011[946]) do próprio TJSP, que conceitua a ementa como "parte integrante do voto, contendo síntese das principais matérias, com a finalidade de identificar o conteúdo do julgado e facilitar captação de dados para jurisprudência. É redigida na primeira folha, após os dados cadastrais e antes do relatório".

Como o objetivo da pesquisa é identificar uma linha interpretativa das Câmara de Direito Público e Reservadas ao Meio Ambiente do TJSP, especificamente quanto

---

[945] "Com o intuito de valorizar a jurisprudência e potencializar o uso de tecnologia, observou-se que seria de bom alvitre a elaboração de diretrizes para a padronização das ementas de decisões judiciais. Com efeito, existem mais de 90 tribunais no Brasil e disparidades na construção de ementas não só entre as diferentes Cortes, mas, também, entre os julgadores. Esse contexto dificulta, sobremaneira, o acesso adequado à jurisprudência e sua compreensão pelos cidadãos e, especialmente, pelos próprios operadores do Direito. Noutro giro, a padronização de ementas pode contribuir para a própria uniformização, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência dos tribunais, conforme preconiza o próprio Código de Processo Civil de 2015 em seu art. 926. (...) O dispositivo da ementa deve constituir um resumo da questão fundamental do acórdão, refletindo: (i) os fatos relevantes que consubstanciam a questão jurídica posta; (ii) o entendimento do tribunal; e (iii) as premissas teóricas, isto é, os fundamentos da decisão (GUIMARÃES, 2015, p. 72; MOTTA, 2018, p. 85). É importante que seu conteúdo possa ser apreendido sem a necessidade de referência ao cabeçalho (MOTTA, 2018, p. 85; ÁGUIAR JÚNIOR, 2008; GUIMARÃES, 2015, p. 72), aos demais dispositivos da ementa, ou ao inteiro teor do acórdão (GUIMARÃES, 2015, p. 72). Por esse motivo, deve-se evitar o uso de expressões como "conforme exposto acima", "a referida lei", "a lei citada anteriormente", sendo preferível indicar novamente o número da norma mencionada (AGUIAR JÚNIOR, 2008). Assim como o cabeçalho, recomenda-se a utilização de uma linguagem controlada, nos termos dos tesauros elaborados pelos tribunais (GUIMARÃES, 2015, p. 120-121). Igualmente, deve-se evitar referências específicas ao trâmite do processo ou às suas partes, tendo em vista seu potencial aplicação futura em casos semelhantes (GUIMARÃES, 2015, p. 35-36; 55; MOTTA, 2018, p.70-71). Exceção deve ser feita às decisões que envolvam circunstâncias muito específicas e não reproduzíveis, caso em que será inevitável a referência às suas particularidades (cf. GUIMARÃES, 2015, p. 35-36)" (Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Diretrizes para a elaboração de ementas*: Brasília, 2021. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/diretrizes-elaboracao-ementas-uerj-reg-cnj-v15122021.pdf. Acesso em: 30.12.2022).

[946] Disponível em: https://www.tjsp.jus.br/Download/CanaisComunicacao/NormasSegundaInstancia/NormasTrabalho/NTSJ0011.pdf?d=1672401099441. Acesso em: 30 dez. 2022.

aos artigos da LINDB introduzidos pela Lei nº 13.655/2018 para alcançar, se possível, traços comuns que promovam a coerência e integridade da jurisprudência formada, a ausência de menção expressa desses artigos na ementa do julgado é forte indicativo de se tratar de uma citação que não aprofundou essa análise a ponto de constituir um instrumento adequado para legitimar uma linha interpretativa coesa.

A citação expressa no corpo da decisão onde resta ausente em sua ementa pode representar, por exemplo, mera reprodução de alegação da parte com finalidade de prequestionamento (para alcance das instâncias superiores) ou a reprodução de citação de outra ementa, utilizada como jurisprudência, mas sem correlação direta com a interpretação dos artigos da LINDB introduzidos pela Lei nº 13.655/2018.

Apesar disso, o método da pesquisa permite uma análise segura da interpretação dos julgados quanto aos arts. 20 a 30 da LINDB, visto angariar majoritariamente decisões que, pela relevância da análise desses artigos, descreveram-nos nas respectivas ementas.

2.12.1 Análise das decisões do ano de 2021 quanto ao termo-chave “LINDB”

Pela análise quantitativa, dentro do período de 1º.01.2021 a 31.12.2021 pelo critério “data do julgamento”, foram localizados o total 218 acórdãos prevendo em sua ementa o termo-chave “LINDB”.

Desse total, 01 (um) acórdão do Órgão Especial[947], 01 (um) acórdão da Câmara Especial da Infância e Juventude[948], 02 (dois) acórdãos da Câmara Reservada de Direito Empresarial[949], 03 (três) acórdãos de Câmaras Criminais[950], 94 (noventa e quatro) acórdãos das Câmaras de Direito Privado[951] e 117 (cento e dezessete) acórdãos das Câmaras de Direito Público. Não houve na pesquisa qualquer acórdão oriundo da Câmara Reservada ao Meio Ambiente que fizesse menção em sua ementa do termo-chave “LINDB”.

[947] A decisão mencionou o art. 20 da LINDB.
[948] A decisão mencionou os arts. 20 e 22 da LINDB.
[949] As decisões mencionaram os arts. 3º e 5º da LINDB.
[950] Todas as decisões mencionaram o art. 3º da LINDB.
[951] Somente 03 (três) decisões mencionaram artigos da LINDB introduzidos pela Lei nº 13.655/2018.

Dos 117 (cento e dezessete) acórdãos das Câmaras de Direito Público, 60 (sessenta) acórdãos não mencionavam em sua ementa um artigo da LINDB introduzido pela Lei nº 13.655/2018[952], remanescendo 57 acórdãos para análise.

Quantitativamente, no universo dessas 57 decisões que serão analisadas, no que concerne à natureza da ação judicial, foram 39 ações pelo procedimento comum, 06 mandados de segurança, 05 ações de improbidade administrativa, 03 ações civis públicas, 02 ações populares, 01 ação coletiva e 01 interdito proibitório.

Quanto às Câmaras de Direito Público que as decisões foram oriundas, tem-se o seguinte quantitativo: 35 da 18ª Câmara, 06 da 1ª Câmara, 05 da 2ª Câmara, 04 da 7ª Câmara, 03 da 3ª Câmara, 01 da 4ª Câmara, 01 da 5ª Câmara, 01 da 6ª Câmara, 01 da 10ª Câmara e 01 da 13ª Câmara.

Considerando a existência de 18 Câmaras de Direito Público e 02 Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente, totalizando 20 Câmaras, somente 50% das Câmaras (10 Câmaras) citaram na ementa de ao menos um de seus julgados, o termo-chave pesquisado ("LINDB"), relativo a artigo incluído pela Lei nº 13.655/2018.

Quanto aos Desembargadores (as) relatores (as), tem-se o quantitativo de decisões por relator: 34 do Desembargador Ricardo Chimenti, 04 do Des. Marcos Pimentel Tamassia, 03 do Des. Luiz Sergio Fernandes de Souza, 03 do Des. Carlos von Adamek, 02 da Desa. Vera Angrisani e com uma decisão cada as Desembargadoras Luciana Bresciani e Maria Laura Tavares e os Desembargadores Sidney Romano dos Reis, Fernão Borba Franco, Marcelo Semer, Rubens Rihl, Marrey Uint, Djalma Lofrano Filho, Camargo Pereira, Botto Muscari e Luis Fernando Camargo de Barros Vidal.

[952]300715741.2021.8.26.0000;300673906.2021.8.26.0000;100746379.2021.8.26.0053;300811442.2021.8.26.0000;30798537.2021.8.26.0000;300744926.2021.8.26.0000;105284719.2019.8.26.0576;100182162.2021.8.26.0462;300743457.2021.8.26.0000;100237629.2020.8.26.0587;300678677.2021.8.26.0000;300674865.2021.8.26.0000;300677463.2021.8.26.0000;300651216.2021.8.26.0000;300651483.2021.8.26.0000;300651046.2021.8.26.0000;300632508.2021.8.26.0000;104968244.2020.8.26.0053;300638493.2021.8.26.0000;300633297.2021.8.26.0000;300640909.2021.8.26.0000;102319916.2016.8.26.0053;103731670.2020.8.26.0053;220765828.2021.8.26.0000;300591462.2021.8.26.000;300591292.2021.8.26.0000;205885166.2021.8.26.0000;217741079.2021.8.26.0000;219093798.2021.8.26.0000;100090069.2021.8.26.0053;300368447.2021.8.26.0000;206555073.2021.8.26.0000;206555073.2021.8.26.0000;2047299-07.2021.8.26.0000;2047299-07.2021.8.26.0000;2182295-39.2021.8.26.0000;2161000-43.2021.8.26.0000;2150771-24.2021.8.26.0000;2136495-85.2021.8.26.0000;1045143-52.2019.8.26.0576;1016336-41.2019.8.26.0602;0024567-54.2017.8.26.0405;2089191-90.2021.8.26.0000;2076209-44.2021.8.26.0000;1030343-02.2020.8.26.0053;1001077-55.2017.8.26.0576;2160665-92.2019.8.26.0000;1046943-98.2020.8.26.0053;1027617-89.2019.8.26.0053;1054541-06.2020.8.26.0053;2300519-67.2020.8.26.0000;1003950-79.2019.8.26.0407;2299950-66.2020.8.26.0000;2299866-65.2020.8.26.0000;2299883-04.2020.8.26.0000;2299908-17.2020.8.26.0000;2299919-46.2020.8.26.0000;2299932-45.2020.8.26.0000; 1000503-58.2019.8.26.0286 e 2165298-15.2020.8.26.0000.

Contabilizando que a Seção de Direito Público é formada por 90 Desembargadores[953], tem-se que a menção do termo-chave na respectiva ementa da decisão ficou concentrada em aproximadamente 18% dos Desembargadores componentes da Seção.

Com relação aos artigos citados da LINDB (introduzidos pela Lei nº 13.655/2018), tem-se o seguinte quantitativo de menções[954]: 35 citações do art. 23; 12 citações do art. 20; 06 citações do art. 22, 05 citações do art. 24; 04 citações do art. 21 e uma citação dos arts. 27 e 28.

Houve prevalência, portanto, da segurança jurídica e do *prospective overruling*[955] (art. 23), do antifundacionalismo e consequencialismo (arts. 20 e 21), da contextualização (art. 22) e proteção da confiança legítima e vedação de mudança posterior de orientação geral (art. 24) frente à consensualidade (art. 27) e à responsabilização pessoal do agente público por dolo ou erro grosseiro (art. 28), que foram analisadas em somente uma decisão.

Quanto aos 57 (cinquenta e sete) acórdãos que serão objetos da pesquisa, inicialmente têm-se que apontar que 34 (trinta e quatro) foram relatados pelo mesmo Desembargador e pela mesma Câmara de Direito Público (18ª Câmara de Direito

---

953 "A Seção de Direito Público é formada por 90 desembargadores divididos em 18 Câmaras. Da 1ª à 13ª câmaras cabe a reponsabilidade pelos julgamentos dos tributos estaduais, ações civis públicas, improbidade administrativa, entre outros. As 14ª, 15ª e 18ª câmaras são responsáveis pelo julgamento dos recursos envolvendo os tributos municipais. Já às 16ª e 17ª câmaras cabe o julgamento dos recursos referentes às questões que versam acerca de acidentes de trabalho. A Seção conta também com duas Câmaras Reservadas ao julgamento de matéria envolvendo o meio ambiente". Disponível em: https://www.tjsp.jus.br/SecaoDireitoPublico. Acesso em: 02 jan. 2023.

954 Deve-se mencionar que houve em determinados julgados a citação de mais de um artigo da LINDB, bem como as citações de parágrafos e incisos foram contabilizadas dentro do respectivo artigo relacionado ao *caput*.

955 Conforme trecho do voto do Ministro Luiz Fux: "O Código, quando adotou a teoria dos precedentes mencionada pelo Ministro Edson Fachin - jurisprudência íntegra, coerente e estável -, estava exatamente sinalizando para a necessidade de a jurisprudência - à semelhança da lei - conferir segurança jurídica, foi por isso que nós adotamos esse instrumento do sistema anglo-saxônico com a técnica da *prospective overruling*. Ou seja, a modulação temporal mudou o entendimento, o jurisdicionado não pode ser pego de surpresa e violar a segurança jurídica. Inclusive, no voto, faço uma menção ao recurso extraordinário que Vossa Excelência, Ministro Edson Fachin, me deu a honra de citá-lo, em que afirmo: o que se espera da jurisprudência, se ela é um fator de previsibilidade e segurança jurídica? Respondo: que ela seja estável. Mas, se não for estável, quando houver uma modificação dessa jurisprudência, que haja efetivamente uma modulação, que é esse *overruling* para frente - *prospective overruling* -, para não criar um estado de surpresa no cidadão jurisdicionado". (STF, AR 2297, Relator(a): Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 03/03/2021).

Público e Desembargador Ricardo Chimenti), abordando o mesmo assunto principal[956].

O assunto tratado foi a utilização do art. 23 da LINDB para, mediante uma "ponderação fundada nos Princípios da segurança jurídica, da razoabilidade, das exigências do bem comum e da prudência", concluir por uma distinção entre os compromissos de compra e venda firmados antes e depois da publicação dos acórdãos proferidos nos Recursos Especiais Representativos de Controvérsia ns. 1.110.551 e 1.111.202[957]. Consta da fundamentação comum a todos os acórdãos:

> Não se desconhece que ao julgar o REsp. n. 1.111.202/SP, o Colendo Superior Tribunal de Justiça reconheceu a legitimidade passiva tanto do possuidor (promitente comprador) do imóvel quanto do seu proprietário (promitente vendedor) pelo pagamento do Imposto Predial Territorial Urbano - IPTU. (...) Embora antes da criação do precedente vinculante já houvesse inclinação do C. STJ para a tese ao final adotada (Tema/Repetitivo 122), é certo que, até a harmonização, havia controvérsia quanto à questão, dissídio jurisprudencial que, aliás, era e é pressuposto para que um Recurso Especial seja conhecido em casos como o presente, especialmente dentro do microssistema dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC/1973, art. 1.036 do CPC/2015 e Resolução 8/20008 do C. STJ). (...) Para o caso concreto, inicialmente é necessária a análise da inteligência do art. 23 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, norma de cunho declaratório do alcance do Princípio da Segurança das Relações Jurídicas. (...) A segunda turma do C. STF, por sua vez, em 12/06/2018, ao julgar o ARE 951533, decidiu, conforme noticiado pelo CONJUR em 7/7/2018, que não se postula a manutenção "ad eternum" de um entendimento, mas há que se observar o princípio da segurança jurídica. Na ocasião, o Exmo. Ministro Ricardo Lewandowski sustentou que o processo judicial deve ser revestido de

---

[956] 2211417-97.2021.8.26.0000 (DJ. 23/11/2021); 0005333-43.2008.8.26.0198 (DJ. 09/11/2021); 2216882-87.2021.8.26.0000(DJ.05/11/2021);219209409.2021.8.26.0000(DJ.25/10/2021);218600737.2021.8.26.0000(DJ.04/10/2021);218600737.2021.8.26.0000(DJ.04/10/2021);100595493.2018.8.26.0126(DJ.09/09/2021);101471440.2020.8.26.0068(DJ.19/08/2021);217014526.2021.8.26.0000(DJ.31/08/2021);212822487.2021.8.26.0000(DJ.30/07/2021);209530108.2021.8.26.0000(DJ.24/07/2021);214127216.2021.8.26.0000(DJ.24/07/2021);200887408.2021.8.26.0000(DJ.23/11/2021);206920808.2021.8.26.0000(DJ.25/06/2021); 204786383.2021.8.26.0000(DJ.15/06/2021);204785861.2021.8.26.0000(DJ.15/06/2021);102946882.2018.26.0405(DJ.15/06/2021);204785509.2021.8.26.0000(DJ.31/05/2021);204787415.2021.8.26.0000(DJ.30/05/2021);207386068.2021.8.26.0000(DJ.12/05/2021);206705417.2021.8.26.0000(DJ.18/05/2021);204018517.2021.8.26.0000(DJ.12/05/2021);205731787.2021.8.26.0000(DJ.12/05/2021);205176022.2021.8.26.0000(DJ.12/05/2021);205472133.2021.8.26.0000(DJ.12/05/2021);205472655.2021.8.26.0000(DJ.12/05/2021);2047872-45.2021.8.26.0000(DJ.07/05/2021);2015961-15.2021.8.26.0000(DJ.30/04/2021); 2041316-27.2021.8.26.0000(DJ.13/04/2021);202891411.2021.8.26.0000(DJ.09/04/2021);227032232.2020.8.26.0000(DJ.09/08/2021);150141756.2017.8.26.0344(DJ.16/03/2021);228939757.2020.8.26.0000(DJ.15/03/2021);2022373-59.2021.8.26.0000(DJ.05/03/2021) e 2161354-05.2020.8.26.0000 (DJ. 09/09/2021).

[957] Tema Repetitivo 122: "(1) Tanto o promitente comprador (possuidor a qualquer título) do imóvel quanto seu proprietário/promitente vendedor (aquele que tem a propriedade registrada no Registro de Imóveis) são contribuintes responsáveis pelo pagamento do IPTU e (2) cabe à legislação municipal estabelecer o sujeito passivo do IPTU." Acórdãos publicados em 18/06/2009.

> segurança jurídica a fim de assegurar direitos, resguardar comportamentos até então reconhecidos em conformidade com o direito e salvaguardar valores e princípios constitucionais. Em síntese, com base nos artigos 8º e 489, §§ 1º (inciso VI) e 2º, do CPC/2015, pondero que é razoável, em atendimento às exigências do bem comum (já que interpretações em sentido diverso poderão levar à insolvência de diversos empreendedores imobiliários) e sob a luz do dever de prudência relativo às consequências decorrentes das decisões judiciais (art. 25 do Código de Ética da Magistratura), distinguirmos as compras e vendas formalizadas antes de 18/08/2009 (data da publicação do acórdão do precedente vinculante) daquelas efetivadas posteriormente. Para os anteriores não se pode aplicar automaticamente a tese firmada no Tema 122.

Sob um olhar crítico, é interessante notar que a fundamentação analisada utilizou o art. 23 da LINDB para prever um regime de transição frente a decisões judiciais de outro órgão (Superior Tribunal de Justiça), e não à própria decisão judicial prolatada. O próprio Superior Tribunal de Justiça não modulou o efeito de seus jugados.

O art. 23 da LINDB menciona que a própria decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais, nada mencionando sobre sua utilização para estabelecimento de regime de transição para outras decisões administrativas ou judiciais proferidas.

Nesse caso, a fundamentação comum dos acórdãos, na prática, modulou os efeitos das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de recursos representativos de controvérsia, conforme previsão do art. 927, § 3º do CPC. Ocorre que se deu uma modulação dos efeitos realizada por Tribunal diverso daquele em que foi prolatada a decisão.

Tem-se que considerar, ainda, que a decisão proferida em sede de recurso representativo de controvérsia é de observância vinculante às instâncias inferiores do Poder Judiciário na forma do inciso III do art. 927 do CPC. Fazendo-se um exercício de contraponto, a aplicação do art. 23 da LINDB, tal como analisada, pode configurar burla indireta da aplicação obrigatória do julgado do Superior Tribunal de Justiça.

Nesse contexto, as decisões do TJSP que se fundamentaram na busca de uma maior segurança jurídica utilizando o art. 23 da LINDB tiveram como efeito indireto a criação de maior insegurança jurídica, já que se tornaram exceções decorrentes de um único intérprete judicial frente ao universo de casos similares abrangidos pelo

natural efeito vinculante do julgado do representativo de controvérsia onde, em sua adequada sede decisória (STJ), não houve entendimento da modulação dos efeitos decisórios nos moldes definidos nos acórdãos analisados do TJSP.

A decisão proferida na Apelação nº 1019479-27.2020.8.26.0562 (rel. Des. Botto Muscari, 18ª Câmara de Direito Público, DJ. 11.11.2021) somente fez menção ao art. 24 da LINDB de forma indireta, através de citação de julgado da própria 18ª Câmara de Direito Público, não cabendo maior inferência em sua análise[958].

No julgamento da Apelação nº 1011203-79.2020.8.26.0053 (rel. Des. Camargo Pereira, 3ª Câmara de Direito Público, DJ. 14/12/2021), houve o enfrentamento da questão sobre o alcance da motivação do ato administrativa e mudança de sua orientação geral. Trata-se de ação ajuizada por concessionária de serviço público para anulação de auto de infração lavrado pela respectiva agência reguladora. No caso, a multa foi lavrada por atraso na conclusão de obra no prazo inicialmente fixado. Após o esgotamento do prazo original, houve concordância da agência reguladora pela concessão de prazo suplementar para término das obras. A concessão de novo prazo foi seguida da autuação com multa pelo atraso inicial.

O acórdão, quanto à questão da aplicabilidade da LINDB, limitou-se na forma do art. 252 do Regimento Interno do TJSP (redação dada pelo Assento Regimental nº 562/2017) a reproduzir o julgamento do primeiro grau, que fundamentou que a aplicação da penalidade não tratou de mudança de orientação geral, não violando o art. 24 da LINDB, já que “apesar do inadimplemento contratual, não há irregularidade na concessão de prazo para readequação da parcela da obra finaliza da com violação de regras técnicas”, já que “para caracterização do descumprimento contratual, nos termos das cláusulas contratuais, desnecessário aferir dolo ou culpa da autora ou mesmo se estava de boa- fé”, sendo que é indiferente a análise de eventuais prejuízos do comportamento da concessionária para fins de aplicação da multa, já que os prejuízos decorrem do próprio inadimplemento contratual.

---

[958] “Sobre a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, no voto condutor proferido na Apelação n. 1019474-05.2020.8.26.0562, o ilustre Desembargador WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI foi preciso: ‘Ou seja, a embargante, ora apelante, subsume-se, sem distinção, às hipóteses previstas nos julgamentos dos Temas [385 e 437] supramencionados, precedentes de eficácia vinculante, que superaram toda a jurisprudência anterior em sentido diverso acerca do tema, sem qualquer modulação temporal, por parte do Pretório Excelso, daí afastar-se, aqui, a invocada aplicação, do art. 24 da LINDB’ (18ª Câmara de Direito Público, j. 13/05/2021)” (Apelação nº 1019479-27.2020.8.26.0562, rel. Des. Botto Muscari, 18ª Câmara de Direito Público, DJ. 11.11.2021)

A Apelação nº 1006181-36.2018.8.26.0271 (rel. Des. Rubens Rihl, 1ª Câmara de Direito Público, DJ. 31/08/2021), tratou de recurso interposto em face de sentença de improcedência do pedido formulado pelo Ministério Público Estadual em desfavor do Estado de São Paulo, objetivando sua condenação ao fornecimento de leitos hospitalares (UTI, SEMI-UTI e CLÍNICA MÉDICA), aos pacientes que necessitarem de atendimento no Município de Itapevi, no prazo de 24 horas e, caso esgotada a capacidade da rede conveniada ao SUS, providencie, no mesmo prazo, para os pacientes "inscritos CROSS", junto a hospitais da rede privada, leitos para atendimento às emergências e urgência, no prazo máximo de 24 horas, contados da inserção do pedido no sistema CROSS[959].

A Apelação foi improvida, utilizando-se a decisão da mera reprodução do conteúdo legislativo dos arts. 20 e 22 da LINDB (bem como do art. 2º da Constituição Federal) para fundamentar a impossibilidade de ingerência do Poder Judiciário na adoção de políticas públicas (*non liquet*), mas sem maiores aprofundamentos no corpo do acórdão acerca da extensão da aplicabilidade dos artigos da LINDB. Consta da decisão:

> Inviável ingerência nas políticas públicas estaduais, nos termos do art. 2º da CF e dos arts. 20 e 22 da LINDB – Inoportuna a condenação judicial do Estado de São Paulo, sem projeção do impacto na organização regional, sob pena de caracterizar indevida intervenção do Judiciário em complexa política pública – Ordem judicial pretendida que ocasionaria o preterimento injustificado dos demais pacientes que aguardam disponibilização de leito no Sistema CROSS (...) Acerca da matéria, segundo a doutrina Chenery a qual reconheceu o caráter político da atuação da Administração Pública dos Estados Unidos da América, as cortes judiciais estão impedidas de adotarem fundamentos diversos daqueles que o Poder Executivo abraçaria, notadamente nas questões técnicas e complexas, em que os tribunais não têm a expertise para concluir se os critérios adotados pela Administração são corretos. Em outras palavras, sob a égide do princípio da separação dos poderes, de assento constitucional (art. 2º), a excepcionalidade do ativismo judicial está ligada ao fato de que compete primariamente aos poderes majoritários as decisões sobre a realização de políticas públicas (...) Destarte, embora existam aprimoramentos a serem realizados no sistema CROSS, tais falhas não são graves o bastante para induzir a conclusão de que o Executivo Estadual tenha se desgarrado ilegitimamente de sua atuação típica e, tampouco, autorizam o Judiciário a avançar sobre a discricionariedade existente no âmbito de sua implementação.

[959] A Central de Regulação de Oferta de Serviços de Saúde (CROSS) é um sistema informatizado que instrumentaliza o processo de distribuição, regulação e controle dos recursos da Secretaria Estadual da Saúde nas áreas: pré-hospitalar, urgências, leitos com e sem emissão de autorização de internação hospitalar (AIH), ambulatorial e indicadores.

Como é possível analisar dessa decisão, a adequação da medida imposta (art. 20), os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo e as circunstâncias práticas que houverem limitado a ação do agente público (art. 22), foram utilizados como fundamento para reforço da própria separação entre os Poderes (art. 2º da CF), no sentido da limitação do Poder Judiciário em interferir um políticas públicas de maneira estruturante e não somente de forma contingencial, com clara deferência técnica ao Poder Executivo no manejo da implementação da política pública.

Importante notar que a presente decisão utilizou a LINDB como instrumento normativo de deferência judicial[960] às escolhas administrativas do Poder Executivo, uma vez que ausentes, na interpretação do relator, quaisquer omissões administrativas capazes de afrontar direito fundamental a ponto de necessitar intervenção do Poder Judiciário para concretizá-lo[961] e a procedência do pedido inicial implicaria em ativismo judicial[962] vedado pela Constituição Federal (art. 2º), uma vez que o magistrado estaria substituindo, através de sua subjetividade e discricionariedade, os juízos políticos e morais dos escolhidos democraticamente pelo

[960] "O Poder Judiciário deve atuar, em princípio, com deferência em relação às decisões técnicas formuladas por órgãos governamentais, máxime em razão da maior capacidade institucional para o equacionamento da discussão" (STF, SL 1425 AgR, Relator(a): LUIZ FUX (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 24/05/2021)

[961] "Nesse ponto, cumpre esclarecer que, não se está a afirmar que é dado ao Judiciário intervir, de ofício, em todas as situações em que direitos fundamentais se vejam em perigo. Dito de outro modo, não cabe aos magistrados agir sem que haja adequada provocação ou fundados apenas em um juízo puramente discricionário, transmudando-se em verdadeiros administradores públicos. Aos juízes só é lícito intervir naquelas situações em que se evidencie um "não fazer" comissivo ou omissivo por parte das autoridades estatais que coloque em risco, de maneira grave e iminente, os direitos dos jurisdicionados. Em nenhum momento aqui se afirma que é lícito ao Judiciário implementar políticas públicas de forma ampla, muito menos que lhe compete "impor sua própria convicção política, quando há várias possíveis e a maioria escolheu uma determinada" (STF, RE 592581, Relator(a): Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2015).

[962] O ativismo judicial representa "uma incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes", entendendo-se por ativismo judicial "o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes" (RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 117/129).

povo por meios de eleições legítimas (representantes do Poder Executivo e Legislativo[963]).

A Apelação nº 1000428-60.2019.8.26.0531 (rel. Des. Fernão Borba Franco, 7ª Câmara de Direito Público, DJ. 09/08/2021), trata de ação de improbidade ajuizada pelo Ministério Público Estadual em face de Prefeito Municipal que contratou sem prévio concurso público, mediante contrato temporário, pessoas para os cargos de motorista, lavador, coletor de lixo, adjunto administrativo, técnico em farmácia e encanador de rede. Alega a petição inicial que não foram atendidos os requisitos da contratação temporária, bem como os contratados foram escolhidos por critérios puramente subjetivos para exercerem funções corriqueiras na estrutura administrativa, sem qualquer justificativa de urgência. A ação foi julgada procedente em primeiro grau.

A decisão analisada deu provimento ao recurso do réu, mantendo-se, entretanto, a procedência da ação somente quanto ao pedido de decretação da nulidade dos contratos firmados. Interpretando os arts. 22 e 28 da LINDB como parâmetros legais para apreciação da conduta do administrador, o julgado concluiu não existir no caso a configuração do elemento subjetivo, nem mesmo a título de dolo

963 "O ativismo judicial consiste em decisão que ignora por completo a legalidade vigente". (...) O ativismo não possui ideologia ou orientação política predefinida. Pode ser extremante liberal (análise puramente econômica do direito), ou de extrema esquerda (viés marxista). O que caracteriza o ativismo é a substituição da legalidade vigente e do texto constitucional pelo senso de justiça e pelas convicções pessoais do magistrado da ocasião. (...) Os dois julgados do STF (RE 363889 e Rcl 4335) demonstram de forma cristalina o ativismo judicial brasileiro. Ou seja, atuação judiciária completamente discricionária em que o julgador considera possível afastar-se da legalidade vigente para julgar em consonância com suas convicções pessoais, ainda que tente travesti-las de argumentos jurídicos" (ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 425/428).

genérico ou erro grosseiro, vez que ausentes quaisquer indícios de imoralidade ou favorecimento pessoal ou de terceiros[964].

Interessante notar que a decisão utilizou, para fins de interpretação do conceito aberto de "erro grosseiro" constante no art. 28 da LINDB, mesmo para fatos anteriores à vigência da Lei nº 13.655/2018, a circunstância de inexistir provas e indícios de ato ímprobo[965], dano ao erário e favorecimento pessoal do agente ou de terceiros,

[964] "Sob tal ângulo, seguindo o posicionamento e os critérios postos para aferir o ato administrativo, verifico não estar configurado no caso concreto o elemento subjetivo, nem mesmo a título de dolo genérico ou erro grosseiro. Como é cediço, as contratações temporárias, embora lícitas, devem ficar restritas para situações de necessidade temporária de excepcional interesse público, conforme disposto pelo art. 37, IX, da Constituição Federal. E conforme as apurado pelo parquet no bojo do inquérito civil copiado às fls. 16/665 do presente, têm natureza permanente os cargos de motorista, lavador, coletor de lixo, adjunto administrativo, técnico em farmácia e encanador de rede, todos objetos de contratação temporária pelo ex-prefeito de Santa Adélia. Com efeito, considerada a natureza ordinária destas atividades dentro da estrutura administrativa municipal, inegável a irregularidade de todas estas contratações, sem justificativa razoável para a sua permanência. Ocorre que, por outro lado, não há qualquer indício de imoralidade, favorecimento pessoal do recorrente ou de terceiros. Isso porque os servidores temporários, ao que consta dos autos, efetivamente prestaram os serviços em favor do Município, de forma adequada e suficiente, afastando a ocorrência de prejuízo ao erário municipal ou mesmo a hipótese de violação aos princípios da Administração Pública. Vale dizer, ainda, que tais conclusões não são afastadas pelo teor da decisão do Tribunal de Contas Estadual, pois esta é tomada sob a ótica de direito financeiro, não se confundindo, portanto, com os pressupostos necessários à configuração de ato de improbidade administrativa" (TJSP - Apelação nº 1000428-60.2019.8.26.0531, rel. Des. Fernão Borba Franco, 7ª Câmara de Direito Público, DJ. 09/08/2021).

[965] Mas a improbidade administrativa não se caracteriza, para efeito do art. 11, em mera irregularidade ou simples ilegalidade dissociada de desvio ético de conduta, desonestidade, má-fé. Não há responsabilidade objetiva, pois, se exige o dolo genérico ou comum consistente na vontade livre e consciente de violação da lei" (MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Improbidade administrativa: o art. 37, § 4º, da Constituição Federal e a Lei nº 8.429/92. In: **O Direito Administrativo nos 30 anos da Constituição**. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella e MOTTA, Fabrício (Coord). p. 349-380.Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 386/387).

independentemente do grau de desacerto jurídico[966] na interpretação da legislação imputável ao agente público envolvido[967] ou cometimento de ilegalidade[968].

A Apelação nº 1000980-98.2018.8.26.0615 (rel. Des. Sidney Romano dos Reis, 6ª Câmara de Direito Público, DJ. 06/12/2021), também trata de ação de improbidade ajuizada pelo Ministério Público Estadual em face de Prefeito Municipal, que na qualidade de ordenador de despesas, com base em parecer da assessoria jurídica municipal (cuja signatária também consta no polo passiva da ação), autorizou a compra direta de um caminhão acoplado com guindaste hidráulico articulado. A petição inicial imputa configurar improbidade administrativa a compra direta sem caracterização das hipóteses de dispensa ou inexigibilidade de licitação, bem como a aquisição do bem se deu por preço superior ao do mercado.

---

966 "O enquadramento na lei de improbidade exige culpa ou dolo por parte do sujeito ativo. Mesmo quando algum ato ilegal seja praticado, é preciso verificar se houve culpa ou dolo, se houve um mínimo de má-fé que revele realmente e presença de um comportamento desonesto. A quantidade de leis, decretos, medidas provisórias, regulamentos, portarias torna praticamente impossível a aplicação do velho princípio de que todos conhecem a lei. Além disso, algumas normas admitem diferentes interpretações e são aplicadas por servidores públicos estranhos à área jurídica. Por isso mesmo, a aplicação da lei de improbidade exige bom-senso, pesquisa de intenção do agente, sob pena de sobrecarregar-se inutilmente o Judiciário com questões irrelevantes, que podem ser adequadamente resolvidas na própria esfera administrativa. A própria severidade das sanções previstas na Constituição está a demonstrar que o objetivo foi o de punir infrações que tenham um mínimo de gravidade, por apresentarem consequências danosas para o patrimônio público(em sentido amplo), ou propiciarem benefícios indevidos para o agente ou para terceiros" (DI PIETRO, Maria SylviaZanella. **Direito Administrativo**, 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 762).

967 "O erro do gestor público decorrente de sua própria incapacidade técnica ou de seus colaboradores –em virtude das fragilidades de formação ou estrutura, o que é bastante comum para a burocracia de Municípios e/ou Estados de menor porte, não é fato gerador suficiente para sustentar uma ação de improbidade, ou o que é pior, implicar em qualquer nível de sanção".(ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. **Corrupção e Improbidade Administrativa**. Cenários de risco e a responsabilização dos agentes públicos municipais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 146).

968 "A repulsa da existência de atos ímprobos no ambiente da Administração Pública não pode servir de catalisador na punição, com desvirtuamento do conceito de ilegalidade e improbidade, destoando das normas previstas na Lei nº 8.429/92.O ato ilegal não é sinônimo de ato improbo, sendo sempre devida a observância da existência ou não do elemento anímico fundado na desonestidade, malícia ou culpa grave na conduta pública do agente. A caracterização do ato como improbo ultrapassa sua caracterização como ilegal. São exemplos que bem demonstram o excessivo punitivismo que permeia atualmente as interpretações jurisprudências são encontrados na extensão interpretativa do conceito de dolo genérico para tipificação das condutas do art. 11; a consideração do dano in re ipsa (dano presumido) decorrente da dispensa indevida de licitação, que fundamenta uma espécie similar à responsabilização objetiva para sua caracterização prevista no art. 10 e a responsabilização do parecerista pelo conteúdo da manifestação jurídica sem consideração de dolo ou fraude. O excesso do punitivsmo ocasiona efeitos colaterais indesejáveis ao ordenamento jurídico como um todo, como se pode apontar pela ilegítima criminalização da esfera política e pela desmotivação de ingresso aos quadros políticos por parte de novos integrantes" (GERAIGE NETO, Zaiden e MAZZEI, Marcelo Rodrigues. O Direito coletivo à probidade administrativa: punitivismo e conduta na caracterização do ato de improbidade administrativa. **Revista Reflexão e Crítica do Direito**, v. 8, n. 2, p. 139–154, 2020. Disponível em: https://revistas.unaerp.br/rcd/article/view/2323. Acesso em: 31 dez. 2022. p. 153/154)

A decisão analisada, com base no art. 28 da LINDB, afastou a condenação da parecerista em ato de improbidade administrativa, “uma vez que na exteriorização dos fundamentos em seu parecer não se verificou a existência de dolo ou erro grosseiro voltados à improbidade”, não sendo lícito “simplesmente presumi-los, sob pena de indesejável responsabilização objetiva, não admitida em nosso ordenamento pátrio”, finalizando que a “responsabilização do advogado público por improbidade administrativa só é admita quando constatada a sua atuação dolosa”.

Note-se que no acórdão foi realizada uma interpretação do art. 28 da LINDB - e não do art, 184 do CPC[969] - como fundamento do afastamento da configuração de ato de improbidade administrativa quanto ao advogado público parecerista, com enfoque na ausência de dolo e desconhecimento de fatores alheios ao mundo jurídico[970], consentânea com os recentes[971]julgados do Supremo Tribunal Federal[972]:

> Ocorre que o enquadramento do fato como erro grave ou grosseiro corresponde justamente à extensão da responsabilidade do parecerista, vez que uma interpretação ampliativa desses conceitos pode, no limite, tornar o advogado solidariamente responsável pelas decisões gerenciais ou políticas do administrador público (...). Atribuir a responsabilidade solidária ao parecerista pode acarretar dois reveses ao funcionamento da Administração Pública. Em primeiro lugar, o parecerista estaria menos propenso a trazer teses inovadoras, ainda que razoáveis, das quais poderia advir soluções mais adequadas ao interesse público em concreto. Em vez de viabilizar políticas públicas, o advogado público se tornaria um mero burocrata, atando-se a procedimentos mais longos, difíceis e custosos. Esse engessamento não acarreta retorno em moralidade pública, mas em ineficiência. Em segundo lugar, a responsabilização plena dos advogados públicos por suas opiniões

[969] Sobre a utilização do art. 184 do CPC à responsabilização do advogado público parecerista: “nas hipóteses de ausência de legislação de regência do respectivo ente federativo ao qual o advogado público está submetido, por força dos arts. 15 e 184 do CPC (normas especiais em face das normas gerais de responsabilização dos agentes públicos), o advogado público, no exercício de sua atividade de consultoria, somente responde civilmente por dolo ou fraude, afasta a possibilidade de responder por culpa grave (erro grosseiro) nos termos do art. 28 do Decreto-Lei nº 4.657/1942 (norma geral para agentes públicos) e do art. 32 da Lei nº 8.906/94 (norma geral relativa aos advogados), já que tais disposições se constituem normas gerais de responsabilização, que são afastadas pela aplicação da norma especial contida no art. 184 do CPC por força do critério de resolução de antinomia da especialidade (*lex especialis derogat legi generali*), previsto no art. 2º do Decreto-Lei nº 4.657/1942” (SÉRGIO DA SILVEIRA, Sebastião e MAZZEI, Marcelo Rodrigues. A responsabilidade civil do advogado público no exercício da atividade consultiva e o direito coletivo à boa administração. **Revista IBERC**, v. 5, n. 1, p. 60-77, 1 mar. 2022. p. 75).

[970] SANTOS DE MENDONÇA, José Vicente. A responsabilidade pessoal do parecerista público em quatro standards. **Revista da AGU**, ano 9, n. 24, abr./jun. 2010. p. 139-166

[971] BARRETO, Amanda Louise Ramajo Corvello. A responsabilização do parecerista na jurisprudência dominante e no Novo CPC: análise crítica. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná**, Curitiba, n. 8, p. 65-93, 2017. p. 90.

[972] “Não se está a negar a possibilidade de responsabilização criminal do parecerista, não pela pura emissão do parecer, mas pela sua participação ativa no esquema criminoso, de modo a, inclusive, dele se beneficiar. É firme nesta Corte o entendimento de que o parecer puramente consultivo não gera responsabilização do seu autor” (STF, HC nº 171.576/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ. 17.09.2019)

> jurídicas ocasionaria a assunção, por estes, da função de administradores, em que se tratar de cognições distintas. Dentre as atribuições da função, o advogado público emite pareceres jurídicos ao administrador. Trata-se de uma forma de controle interno de legalidade dos atos administrativos, em que assessora o administrador e se posiciona sobre a legalidade de determinado ato da Administração Pública. Devido ao caráter eminentemente técnico-jurídico da função, a assessoria jurídica da Administração dispõe das minutas tão somente no formato que lhes são demandadas pelo administrador. A assimetria informacional impõe que a responsabilidade do parecerista seja proporcional ao seu real poder de decisão na formação do ato administrativo (...) Com o veto aos parâmetros estabelecidos no §1º do artigo 28 na LINDB, a delimitação do conceito de erro grosseiro mantem-se candente, de modo que a densidade normativa da expressão mantem-se a cargo da doutrina e da jurisprudência judicial e administrativa (...) Ainda que a abstração dos termos legais empregados justifique a falta de uniformidade na aplicação do instituto, não se pode admitir que a interpretação do conceito de erro grosseiro para fins de responsabilização do parecerista seja mais severa que aquele capaz de justificar a imputação do administrador público, a quem cabe a decisão final. (STF, MS 35196 AgR, Relator(a): Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 12/11/2019).

Na Apelação nº 1007947-31.2020.8.26.0053 (rela. Desa. Luciana Bresciani, 2ª Câmara de Direito Público, DJ. 02.12.2021) houve o afastamento da alegação de violação ao artigo 24 da LINDB. No caso, trata-se de multas lavradas em face de concessionaria de serviço público em face de uma mesma infração, mas com valores diferentes. A decisão entendeu que a comparação entre o valor final da multa em processos administrativos diversos não é parâmetro suficiente para pleitear seja fixada no mesmo patamar nos processos analisados, já que todas laradas dentro do patamar aplicado, não havendo que se cogitar de redução por decisão judicial.

O art. 21 da LINDB foi utilizado na Apelação nº 1010952-92.2019.8.26.0248 (rela. Desa. Maria Laura Tavares, 5ª Câmara de Direito Público, DJ. 05.02.2021) para considerar como tempo de serviço o período em que a parte, que recebeu aposentadoria especial de 16.11.2015 a 19.12.2018 (data em que foi revogada por não atendimento da legislação), visto que “a invalidação do ato de concessão de benefício previdenciário não pode impedir a contagem do tempo para fins de concessão de nova aposentadoria” por força da “proteção da confiança e da segurança jurídica nos casos de invalidação de atos administrativos e judiciais”

previstas no art. 21 da LINDB[973], que “busca mitigar os ônus e perdas anormais e excessivas”.

Interessante questão sobre o consequencialismo e motivação para aplicação de valores abstratos (art. 20 da LINDB) consta do julgamento da Apelação nº 1007905-39.2016.8.26.0047 (rel. Des. Luis Fernando Camargo de Barros Vidal, 4ª Câmara de Direito Público, DJ. 26/01/2021).

Trata-se de ação na qual concessionária de serviço de energia elétrica pleiteia o uso gratuito da faixa de domínio do Departamento de Estradas e Rodagem (DER), autarquia estadual, para instalação de linha de transmissão de energia elétrica, sem contraprestação pecuniária. Julgado parcialmente procedente o pedido em primeiro grau, o acórdão analisado reformou a sentença para julgar improcedente o pedido.

A fundamentação da decisão se pautou na aplicação do art. 20 da LINDB, especificamente para afastar a motivação baseada em valores abstratos sem comprovação (ausência de prova do não repasse do indébito ao preço das tarifas e de redução tarifária futura) e sem considerar as consequências práticas, devendo ser aplicado ao caso o disposto no art. 103 do Código Civil, relativo aos negócios jurídicos bilaterais de uso remunerado de bem público[974].

---

973 “No caso, a Administração Pública concedeu a aposentadoria especial pautada em uma Lei Municipal vigente e válida a época dos fatos, de forma que era legítima a confiança depositada pelo autor, segurado de boa-fé. Após significante lapso temporal, cassou a aposentadoria especial concedida de forma irregular ao autor em razão da declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 27/2015. Por essa razão, a posterior invalidação do ato de concessão do benefício previdenciário deve proteger a expectativa criada pelo deferimento, não podendo provocar uma situação de insegurança jurídica e tampouco atribuir ônus e perdas desproporcionais ao segurado” (TJSP; Apelação nº 1010952-92.2019.8.26.0248; rela. Desa. Maria Laura Tavares, 5ª Câmara de Direito Público, DJ: 05/02/2021).

974 “Soa estranho, pois, que se reconheça a inexigibilidade da remuneração entabulada ao argumento de que ela vai de encontro ao interesse público e encarece o serviço, pois o que é despesa de um constitui receita de outro. E com isto, o que a rigor é problema de justiça comutativa transmuda-se em problema de justiça distributiva. Contudo, como problema de justiça distributiva não pode se cuidar o caso presente, pois duas razões o impedem. A alegação de que a exigência remuneratória pelo DER aprecia o valor da tarifa praticada pela concessionária de energia foi acolhida por mera presunção, sem mensuração da realidade de fato, em clara desconformidade com a disposição do art. 20 da LINDB que interdita a aplicação singela de valores jurídicos abstratos sem ponderação das consequências práticas da decisão. E dentre as consequências práticas da decisão não ponderadas se apresentam duas: a supressão da receita do DER em prejuízo das suas atividades de finalidade pública, e o problema da distribuição de lucros pela concessionária de energia elétrica. A supressão da receita do DER é correlata à inexigibilidade do crédito em benefício da COPEL. E de tudo quanto foi dito, não há uma linha no processo que indique demonstração contábil de que os pagamentos já efetuados tenham sido contabilizados em separado e não tenham sido considerados para a fixação da tarifa nos exercícios a que se vinculam, bem como não há uma única linha nos autos que demonstre a realidade da vantajosidade da supressão de receita para os cidadãos na condição de usuários do serviço de energia e de estradas de rodagem” (TJSP; Apelação nº 1007905-39.2016.8.26.0047, rel. Des. Luis Fernando Camargo de Barros Vidal, 4ª Câmara de Direito Público, DJ. 26/01/2021).

O julgamento do Agravo de Instrumento nº 2223884-11.2021.8.26.0000 e do Agravo de Instrumento nº 2246427-42.2020.8.26.0000, ambos de relatoria da Desa. Vera Angrisani (2ª Câmara de Direito Público, DJ. 22/03/2021 e 04/11/2021), abordaram a mesma interpretação do art. 20 da LINDB, que substanciou a análise consequencialista para a continuidade do funcionamento de entidades que prestam serviço de saúde à rede municipal uma vez que a suspensão da execução da avença pode "indubitavelmente, levar à desorganização do serviço de atendimento à saúde da população, ocasionando danos que, diversamente daquele, podem ser de impossível reparação, ainda mais considerando a realidade da pandemia".

Igual postura consequencialista quanto à continuidade do serviço público foi adotada no julgamento do Agravo de Instrumento nº 2073301-14.2021.8.26.0000 (rel. Des. Marrey Uint, 3ª Câmara de Direito Público, DJ. 27.07.2021), que utilizou os arts. 20 e 21 da LINDB – mesmo vislumbrando a probabilidade do direito quanto à eventual ilegalidade na prorrogação do contrato de concessão com ampliação do objeto – para, reconhecendo o risco de dano ao interesse público pela suspensão do contrato de transporte público coletivo, manter a vigência do contrato até o julgamento definitivo[975].

As consequências práticas previstas no art. 20 da LINDB também motivaram a decisão proferida no Agravo de Instrumento nº 2052952-87.2021.8.26.0000 (rel. Des. Marcos Pimentel Tamassia, 1ª Câmara de Direito Público, DJ. 02/06/2021), onde houve diferenciação na esfera administrativa e judicial quanto à nomeação do real infrator de trânsito na forma do art. 257, § 7º do Código de Trânsito Brasileiro[976] (Lei

---

[975] "Assim, sopesando tais elementos, embora este Relator permaneça convicto em relação aos argumentos principais já tecidos na reconsideração a fls. 151/161, resta agora convencido acerca da necessidade de não se obstar o seguimento do contrato, ainda que sob a suspeita de irregularidades formais, pois de outra maneira seria causado dano irreversível à população paulista que se utiliza dos serviços passíveis de descontinuidade (linhas intermunicipais já assumidas pela concessionária). (...) Observância aos ditames legais constantes do artigo 147 da nova Lei de Licitações, Lei Federal nº 14.133/2021, e dos artigos 20 e 21 da LINDB – Consequências práticas da suspensão que afetam parcela substancial do serviço de transporte intermunicipal de passageiros – Dano in concreto à Fazenda e aos usuários do serviço" (TJSP, Agravo de Instrumento nº 2073301-14.2021.8.26.0000 (rel. Des. Marrey Uint, 3ª Câmara de Direito Público, DJ. 27.07.2021).

[976] Art. 257. As penalidades serão impostas ao condutor, ao proprietário do veículo, ao embarcador e ao transportador, salvo os casos de descumprimento de obrigações e deveres impostos a pessoas físicas ou jurídicas expressamente mencionados neste Código.
(...)
§ 7º Quando não for imediata a identificação do infrator, o principal condutor ou o proprietário do veículo terá o prazo de 30 (trinta) dias, contado da notificação da autuação, para apresentá-lo, na forma em que dispuser o Contran, e, transcorrido o prazo, se não o fizer, será considerado responsável pela infração o principal condutor ou, em sua ausência, o proprietário do veículo.

nº 9.503/1997). Pelo julgador, apesar de possível na esfera administrativa, a "mera declaração não pode ser admitida como prova suficiente da responsabilidade alheia pelo cometimento da infração na seara judicial", sob pena de "tornar inútil e acabar com toda a sistemática de atribuição de responsabilidade administrativamente erigida e respaldada nas disposições do CTB" por decisão judicial, "o que não se poderia cogitar, notadamente em razão do quanto insculpido no art. 20 da LINDB[977]". Esse mesmo argumento também foi utilizado pelo mesmo Desembargador no julgamento da Apelação nº 1007855-53.2020.8.26.0053 (rel. Des. Marcos Pimentel Tamassia, 1ª Câmara de Direito Público, DJ. 13/05/2021), que tratou de caso semelhante[978].

A Apelação nº 1056963-51.2020.8.26.0053 (rel. Des. Carlos von Adamek, 2ª Câmara de Direito Público, DJ. 03/11/2021) trata de uma ação popular impetrada com o pedido (dentre outros), da declaração de nulidade da Portaria SUP/DER nº 67/2020, que credenciou servidores da ARTESP e do DERSA como agentes autuadores no exercício da fiscalização do transporte intermunicipal, alegando existir uma indevida delegação do poder de política de trânsito.

Julgada a ação improcedente em primeiro grau, um dos fundamentos recursais foi de que a sentença se utilizou do conceito aberto do princípio da eficiência de forma contrária ao art. 20 da LINDB, já que não considerou a ofensa à moralidade administrativa perpetrada pela edição da Portaria SUP/DER nº 67/20.

O acórdão analisado afastou a ofensa ao art. 20 da LINDB sem maiores fundamentações, visto que anteriormente havia apontado que na forma do art. 33 do Decreto nº 29.912/1989 e arts. 195 e 231, incisos VI a VIII da Lei nº 9.503/1997 (CTB),

---

977 "Ademais, admitir referida possibilidade, de indicação de responsável por cometimento de infração de trânsito e transferência de pontuação por mera e singela indicação em declaração acostada aos autos do processo judicial, como pretende fazer o impetrante, significaria, ao fim e ao cabo, tornar inútil e acabar com toda a sistemática de atribuição de responsabilidade administrativamente erigida e respaldada nas disposições do CTB, suprimindo-lhe judicialmente, o que não se poderia cogitar, notadamente em razão do quanto insculpido no art. 20 da LINDB, 'in verbis': Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão" (TJSP, Agravo de Instrumento nº 2052952-87.2021.8.26.0000, rel. Des. Marcos Pimentel Tamassia, 1ª Câmara de Direito Público, DJ. 02/06/2021).

978 "Simples declaração de terceiro anotando assumir responsabilidade pela infração de trânsito que não pode ser admitida como prova suficiente. Risco de inutilidade da sistemática administrativa e legalmente respaldada de atribuição de responsabilidade por infração de trânsito. Inadmissibilidade. Inteligência do art. 20 da LINDB. Precedentes do TJSP e desta 1ª Câmara de Direito Público" (TJSP, Apelação nº 1007855-53.2020.8.26.0053, rel. Des. Marcos Pimentel Tamassia, 1ª Câmara de Direito Público, DJ. 13/05/2021)

existia o credenciamento e não delegação, tratando-se de diferentes institutos jurídicos.

Os arts. 20, 22, §§ 1º a 3º, 27 e parágrafos da LINDB foram analisados na Apelação nº 1027576-93.2017.8.26.0053 (rel. Des. Luiz Sergio Fernandes de Souza, 7ª Câmara de Direito Público, DJ. 20/09/2021).

Trata-se de ação coletiva ajuizada por Associação de Magistrados Estaduais, onde consta pedido de declaração de nulidade do Comunicado nº 66/95 do Conselho Superior da Magistratura, que exige a apresentação de notas fiscais de serviços para o pagamento da ajuda de custo denominada "Auxílio Mudança", em razão desse requisito não constar em lei, bem como pede a anulação do pronunciamento do Órgão Especial do TJSP quanto ao pronunciamento proferido na sessão datada de 23/01/2013, que desconstituiu o regime jurídico anteriormente vigente para o pagamento da ajuda de custo efeito *ex nunc*, requerendo a modulação dos efeitos do pronunciamento para que operem *ex tunc*, com o pagamento da referida ajuda de custo nos cinco anos anteriores.

A ação foi julgada improcedente em primeiro grau, confirmado o acórdão a improcedência mediante improvimento do recurso. Na decisão, utilizou-se a obrigatoriedade da observância das consequências decorrentes de eventual acolhimento do pedido inicial, em especial as consequências financeiras advindas e seu impacto no orçamento do próprio Tribunal de Justiça de São Paulo:

> Mas ainda que se pudesse acolher a tese da nulidade do Comunicado nº 66/95, tanto quanto das manifestações seguintes do Órgão Especial, dizendo que o pronunciamento datado de 23/01/2013 teria interpretado o direito com manifesta violação das leis de regência – nulidade que, por conceito, não se convalida, operando efeitos ex tunc, diferentemente do que se passa com a revogação, na qual, em tese, admitir-se-ia a modulação –, imperioso seria levar em conta a regra do artigo 20 da Lei Federal nº 13.655/18, que há de ser interpretada em conjunto com a norma do artigo 21, e parágrafo único, 22, §§ 1º a 3º, 27 e parágrafos, como tive oportunidade de escrever alhures (Luiz Sergio Fernandes de Souza, As recentes alterações da LINDB e suas implicações in Revista da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, v. 7, p. 123 e segs., 2.018). Destarte, ao decretar a nulidade do Comunicado nº 66/95, editado pelo Conselho Superior da Magistratura, tanto quanto os pronunciamentos datados de 30/08/2012, 28/11/2012 e 23/01/2013, estes do E. Órgão Especial, o Judiciário haveria de dispor sobre as consequências (de ordem jurídica e administrativa) derivadas da nulidade, garantindo, ainda, condições para "regularização de modo proporcional e justo", em atenção ao interesse de todos, e mais, atentando para o fato de que a anulação não poderá implicar ônus, perdas excessivas ou anormais em desfavor dos sujeitos atingidos pela invalidação, no caso em desfavor da Administração Pública. No artigo 22, especificamente, está dito que, ao interpretar normas de gestão pública, os agentes da Administração e os magistrados haverão de

> ter em conta os obstáculos e dificuldades reais do gestor. Pois bem, mutatis mutandis, o que o E. Órgão Especial fez, no exame dos atos editados pelo E. Conselho Superior da Magistratura, ao desconstituir "o regime anteriormente vigente para o pagamento da ajuda de custo" com efeito prospectivo, foi agir de maneira consequencialista, no dizer de MacCormick, no que se vê atendida a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, ainda que se pudesse dizer que o sentido objetivo da norma – para lembrar uma categoria kelseniana – teria sido outro (Hans Kelsen, Teoria Pura do Direito, 5ª ed., Coimbra, Arménio Amado Ed, 1979, p. 18 a 20). Sabe-se das dificuldades que o Poder Judiciário do Estado de São Paulo vem encontrando para realizar seu orçamento, mercê não só de uma particular interpretação do Tribunal de Contas, mas também da crise fiscal que se agravou a partir de 2015. Mas já em 2011 a situação era preocupante, porquanto em face de uma expectativa de orçamento da ordem de 12,3 bilhões, o Judiciário paulista, cuja produção representa mais de 35% da movimentação processual das cortes superiores, recebeu apenas 5,6 bilhões, fato público e notório, amplamente divulgado pela imprensa especializada (https://fojebra. jusbrasil. com.br/ noticias/ 25 0572)[979].

Na Apelação nº 1036430-76.2017.8.26.0053 (rel. Des. Luiz Sergio Fernandes de Souza, 7ª Câmara de Direito Público, DJ. 27/09/2021) houve percuciente análise do parágrafo único do art. 21 da LINDB. Trata-se de mandado de segurança impetrado para anulação da revogação dos atos de adjudicação e de homologação do pregão eletrônico, sob fundamento da ilegalidade da revogação e da posterior desclassificação da impetrante, no momento em que o pregão foi retomado. Com base no parágrafo único do art. 21 da LINDB, o acórdão analisado determinou a manutenção dos atos administrativos revogados pela Administração Pública, devendo a apuração das hipóteses de possível anulação ocorrer em processo administrativo específico, garantido o contraditório a ampla defesa[980].

A Ação Rescisória nº 2214633-03.2020.8.26.0000 (rel. Des. Carlos von Adamek, 1º Grupo de Direito Público, DJ. 07/05/2021), foi provida procedente para rescindir julgado onde houve condenações por improbidade administrativa. A

---

[979] TJSP; Apelação Cível 1027576-93.2017.8.26.0053; rel. Des. Luiz Sergio Fernandes de Souza, 7ª Câmara de Direito Público, DJ. 20/09/2021.

[980] "Considerando a supremacia do interesse público e o princípio da continuidade do serviço público, e mais, considerando que o ato inválido não se convalida, operando a extinção dos seus efeitos *ex tunc*, tratará a Administração Pública de instaurar procedimento de anulação do certame, que retroagirá à fase da habilitação, cuidando a Desenvolve SP de decidir, acerca da habilitação, como couber – anulação que se fará desde que se tenha elementos para afirmar a falsidade material ou ideológica do atestado emitido pelo Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul –, tudo na forma do artigo 49, e parágrafos, da Lei Federal nº 8.666/93, garantido o amplo contraditório. Caso contrário – ou seja, não havendo elementos para afirmar a falsidade material ou ideológica do atestado –, tratar-se-á de prestigiar a adjudicação do objeto à ora impetrante. A revogação somente se admitirá se, a juízo da Administração Pública, necessariamente motivado, existirem razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta" (TJSP - Apelação nº 1036430-76.2017.8.26.0053. rel. Des. Luiz Sergio Fernandes de Souza, 7ª Câmara de Direito Público, DJ. 27/09/2021).

condenação rescindenda, relativo a ex-prefeito municipal, derivava da ilegalidade da irregular dispensa de licitação e adoção de modalidade indevida de processo licitatório para contratação de empresa para a prestação de serviços de limpeza urbana e engenharia, a fim de manter a conservação de prédios e vias públicas do Município.

O acórdão, com base no art. 22 da LINDB, considerou os obstáculos reais do gestor público municipal no exercício de sua função, concluindo que as sucessivas contratações por meio de dispensa de licitação e por modalidades mais céleres (como carta convite), não configuraram atos de improbidade administrativa, já que pretendiam, em termos substanciais, impedir a eclosão de estado de calamidade pública decorrente da paralisação completa dos serviços públicos essenciais de limpeza pública e preservação de prédios e vias. Constou do voto vencedor do acórdão:

> Para tanto, faz-se mister, muito além da validade das contratações, examinar o caso concreto à luz das dificuldades municipais encontradas pelo ex-prefeito à época dos fatos (art. 22, caput e §§ 1º, 2º e 3º, do Decreto-Lei nº 4.657/42 LINDB), uma vez que se tratava de município recém-criado, contando com problemas de ordem administrativa, tais como, falta de pessoal qualificado e dificuldades financeiras. Nesse contexto, o ex-prefeito ao assumir a chefia do Executivo, em janeiro de 2005, lidou com problema oriundo da gestão anterior: a necessidade de contratação de serviços de limpeza pública e conservação de prédios e vias públicas, serviços essenciais à incolumidade da população, cuja prestação não pode ser interrompida justamente em razão do grave risco de gerar prejuízos à saúde pública e integridade física dos cidadãos (art. 10, inc. VI c.c. art. 11, parágrafo único, da Lei Federal nº 7.783/89),3 visto que não havia contrato vigente. Diante desse cenário, não teve escolha senão realizar as contratações por meio de dispensas de licitação e outros procedimentos mais céleres, tal como a carta convite. E, por essa conjuntura, surge a seguinte pergunta: qual medida poderia adotar o ex-prefeito para continuar prestando o serviço de limpeza pública e conservação dos prédios e vias públicas, reputados essenciais à saúde pública e impassíveis de interrupção integral de suas prestações (art. 10, inc. VI c.c. art. 11, parágrafo único, da Lei Federal nº 7.783/89), considerando, ainda, a vedação à realização de nova contratação por meio de dispensa (vedação do art. 24, inc. IV, da Lei nº 8.666/93)? Para essa pergunta não existe resposta. O ex-prefeitoo estava diante de um trade-off: ou, de um lado, realizava nova contratação por meio de dispensa de licitação e de modalidades licitatórias mais céleres, para evitar risco de calamidade à saúde pública, ou, de outro lado, deixava de prestar o serviço de limpeza pública e conservação de prédios e vias públicas, pondo em risco a saúde e segurança dos cidadãos. Note-se que ambas as condutas seriam suficientes à luz de um formalismo excessivo que desconsidera os obstáculos enfrentados pelo gestor público para justificar um eventual ajuizamento de ação de improbidade, pois, acaso não fossem firmados os contratos em questão, muito provavelmente o Município entraria em estado de calamidade pública, por prejuízos à saúde e incolumidade da população, pela falta de prestação do serviço de limpeza urbana e preservação das vias e prédios públicos, situação que, senão analisada à luz dos obstáculos enfrentados pelo gestor, também poderia ensejar ação de improbidade. Assim, à luz das

> especificidades do caso concreto, considerando a obrigação legal de o julgador, ao apreciar eventuais irregularidades, analisar os obstáculos enfrentados pelo gestor quando da tomada da decisão (art. 22, caput e §§ 1º, 2º e 3º, do Decreto-Lei nº 4.657/42 LINDB), figura-se de rigor a improcedência dos pedidos desta ação de improbidade administrativa.

Pelo acórdão, a ação de improbidade, justamente em razão da agressividade de suas consequências, deve ser utilizada como medida *ultima ratio*, isto é, seu manejo na seara cível pode ocorrer quando inexistirem outras formas mais brandas e adequadas para sanar a lesividade da irregularidade constatada, sob pena de banalizar o instituto e inviabilizar a própria atuação dos agentes públicos. No caso concreto, não há indícios de desonestidade ou má-fé, sendo comprovado que os serviços foram prestados, sem demonstração de superfaturamento ou prejuízo, bem como posteriormente foi realizada nova licitação[981].

A Apelação nº 1000402-07.2020.8.26.0053 (rel. Des. Djalma Lofrano Filho, 13ª Câmara de Direito Público, DJ. 20/04/2021), trata da aplicação do art. 23 da LINDB na interpretação de legislação municipal[982]. A apelante alegou ofensa ao art. 23 da LINDB em razão de eventual mudança abrupta de entendimento da legislação municipal por parte do Município, sem que houvesse regra escrita de transição.

Não houve no acórdão um aprofundamento relevante da interpretação do art. 23, existindo mera reprodução do conteúdo da sentença de primeiro grau, que concluiu pela não comprovação da alteração de interpretação, bem como ainda que ocorresse a alteração, por se tratar de permissão para a exploração do transporte de passageiros por fretamento, ela é "concedida conforme o interesse público***.*** Ou seja, não se trata de direito adquirido do particular e nem mesmo de ato vinculado, mas discricionário e concedido a título precário".

A mesma ausência de aprofundamento da interpretação dos artigos da LINDB ocorre na Apelação nº 1011905-25.2020.8.26.0053 (rel. Des. Marcos Pimentel Tamassia, 1ª Câmara de Direito Público; DJ. 02/03/2021). Trata-se de ação anulatória de multa ajuizada por concessionária de serviço público em face de agência

---

981 "Nessa conformidade, a conduta do ex-prefeito de realizar sucessivas contratações de curto período, por meio de modalidades distintas, apesar de incompatível com a lei de licitações, não pode ser enquadrada, no caso concreto, como ato de improbidade, de forma que não há se falar em fracionamento do objeto licitatório ou direcionamento dos certames" (TJSP - Ação Rescisória nº 2214633-03.2020.8.26.0000, rel. Des. Carlos von Adamek, 1º Grupo de Direito Público, DJ. 07/05/2021).

982 A legislação municipal prevê a proibição da utilização em atividades particulares de veículos em serviço de fretamento vinculado ao transporte público de passageiro, já que esse se beneficia de tarifa autorizada pelo poder público.

reguladora. O acórdão afastou a aplicação dos arts. 20 e 24 da LINDB sob o fundamento da não configuração das hipóteses previstas na lei, sem maior aprofundamento teórico que permitisse extrair uma linha interpretativa relevante ao estudo[983].

A Apelação nº 1006309-67.2017.8.26.0408 (rel. Des. Carlos von Adamek, 2ª Câmara de Direito Público; DJ. 07/04/2021) tratou de recurso em ação de improbidade administrativa onde houve a condenação de ex-prefeito municipal em primeiro grau em razão da admissão de pessoal (Agentes Comunitários de Saúde e Agentes de Combate às Endemias, Professores Adjuntos e Auxiliares de Serviços Gerais) por contrato de tempo determinado, através de contratação direta e por processos seletivos, já que inexistia necessidade temporária de excepcional interesse público a fim de realizar as contratações em questão (art. 37, inciso IX, da CF), que deveriam ter sido efetivadas por concursos públicos para provimento em cargos efetivos.

O acórdão manteve a condenação (excluindo somente a sanção de suspensão dos direitos políticos), concluindo pela inaplicabilidade do disposto no art. 24 da LINDB em razão da interpretação das normas jurídicas prevalecentes à época dos fatos está correta, bem como não houve efetiva mudança de orientação geral pelo Tema nº 612 de repercussão geral[984], vez que a decisão de primeiro grau está em consonância

[983] "Entretanto, o aventado descumprimento dos preceitos inscritos nos arts. 20 e 24 da LINDB não encontra substrato nos fatos trazidos aos autos. Em primeiro lugar, não há comprovação que as decisões proferidas pela ARTESP deram-se com base em valores jurídicos abstratos sem que fossem consideradas as consequências práticas da decisão. Na mesma linha, não houve qualquer conduta da Administração em relação à validade dos atos administrativos, daí porque não faz sentido falar em não observância a orientações gerais no caso" (TJSP - Apelação nº 1011905-25.2020.8.26.0053, rel. Des. Marcos Pimentel Tamassia, 1ª Câmara de Direito Público; DJ. 02/03/2021).

[984] Tema nº 612: "Nos termos do art. 37, IX, da Constituição Federal, para que se considere válida a contratação temporária de servidores públicos, é preciso que: a) os casos excepcionais estejam previstos em lei; b) o prazo de contratação seja predeterminado; c) a necessidade seja temporária; d) o interesse público seja excepcional; e) a contratação seja indispensável, sendo vedada para os serviços ordinários permanentes do Estado que estejam sob o espectro das contingências normais da Administração".

com o decidido pelo STF, especificamente quanto à comprovação da necessidade temporária de excepcional interesse público[985].

A Apelação nº 1014094-11.2018.8.26.0161 (rel. Des. Luiz Sergio Fernandes de Souza, 7ª Câmara de Direito Público, DJ. 01/03/2021), trata de ação civil pública julgada procedente em primeiro grau, para condenar Município a tomar as providências necessárias à expedição de Auto de Vistoria do Corpo de Bombeiros (AVCB), em relação à Escola Municipal de Educação Básica no prazo de 120 dias, sob pena de multa diária de R$ 100,00. A ausência de AVCB foi fato incontroverso na ação, alegando o Município que, apesar das dificuldades de ordem financeira e administrativa, busca regularizar a situação do edifício municipal.

O acórdão manteve a sentença de primeiro grau, analisando os arts. 20 e 22 da LNDB de forma crítica, trazendo uma importante diferenciação entre dificuldades reais e mero inadimplemento de obrigações legais. A existência de obstáculos e dificuldades reais ao gestor não deve servir de amparo jurídico para negligência, por parte do gestor, quanto ao cumprimento de relevantes deveres constitucionais e

[985] "Assim, tem-se que a condenação do apelante está corretamente embasada na interpretação das normas jurídicas prevalecente à época dos fatos, conforme decisões exaradas pela própria Corte de Contas, não havendo o apelante apresentado prova em sentido contrário, nos termos do art 24, caput e parágrafo único, da LINDB. O entendimento então prevalecente apenas veio a ser confirmado, posteriormente, pelo C. STF no julgamento da ADI 3247 e do RE nº 658.026 (Repercussão Geral - Tema nº 612). Na realidade, o que se extrai de referidos julgamentos é que a contratação temporária não é reputada lícita pelo mero atendimento às leis de regência, que, no caso, são as Leis Municipais Complementares nº 485/2006 e 508/2007, devendo-se perquirir, também, a observância do requisito da necessidade temporária de excepcional interesse público, conforme inciso IX do art. 37 da CF, o que não se verificou no caso em tela" (TJSP - Apelação nº 1006309-67.2017.8.26.0408, rel. Des. Carlos von Adamek, 2ª Câmara de Direito Público; DJ. 07/04/2021).

legais. A LINDB não é subsídio jurídico justificado de desorganização administrativa e negligência[986].

O Agravo de Instrumento nº 2264529-15.2020.8.26.0000 (rel. Des. Marcos Pimentel Tamassia, 1ª Câmara de Direito Público, DJ. 18/02/2021) tratou de recurso em face de decisão de primeiro grau que deferiu a suspensão da realização de obra pública de Município para canalização de córrego em razão da ocorrência do surgimento de rachaduras e trincas em imóvel lindeiro à obra, condicionando a continuidade da obra nas proximidades à apresentação de projeto/plano de ação que garanta a integridade dos imóveis lindeiros.

O acórdão analisado afastou a incidência do art. 21 da LINDB mediante ponderação dos interesses envolvidos, fundamentando que o condicionamento judicial de apresentação de projeto/plano de ação assegura a integridade dos imóveis lindeiros e promove a garantia da segurança dos moradores, afastando, com isso,

[986] "E nem se argumente com problemas de ordem financeira, havendo de se distinguir valia (dinheiro) e valor (vida, integridade física, etc). E se for necessário sacrificar a realização da valia em nome da preservação do valor, a opção não poderá ser outra. A Administração Pública lança mão de diversos argumentos retóricos, um deles a 'reserva do possível', doutrina importada da Alemanha, sem dizer, entretanto, que a suposta 'tese' vale para sociedades em que o poder público investe todos os seus recursos – obtidos, em grande parte com a cobrança de tributos – para atender aos interesses sociais. Mas o Município não comprovou o endereçamento dos recursos disponíveis na requalificação das unidades escolares. Embora argumente com a impossibilidade de adequação do prédio à vista de dificuldades financeiras, deixa a requerida de comprovar a insuficiência orçamentária.(...) Quanto a argumentar com a demora inerente às contratações feitas pelo poder público, as quais demandam licitação, é bem de ver que o inquérito civil remonta a maio de 2016, e que, proposta a ação, o magistrado deferiu, em 22 de janeiro de 2019, pedido de concessão de tutela de urgência, momento em que determinou à Municipalidade que diligenciasse a expedição do AVCB. Mesmo assim, passados mais de quatro anos, o poder público, até onde se tem notícia, não se moveu para instaurar qualquer licitação. Diga-se mais, a obtenção do Auto de Vistoria do Corpo de Bombeiros, por óbvio, não demanda licitação Por fim, diga-se que não há de se argumentar com a regra dos artigos 20 e 22, ambos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, com redação da Lei Federal nº 13655/2018, pois não se demonstrou a existência de 'obstáculos' e de 'dificuldades reais do gestor', como já se teve oportunidade de dizer parágrafos atrás. O que falta é vontade política de adotar as medidas necessárias, circunstância que tem graves consequências no âmbito jurídico, podendo levar à configuração de improbidade administrativa. Fica a advertência, a fim de que não se venha alegar ignorância, situação subjetiva que não se confunde com negligência" (TJSP - Apelação nº 1014094-11.2018.8.26.0161, rel. Des. Luiz Sergio Fernandes de Souza, 7ª Câmara de Direito Público, DJ. 01/03/2021).

qualquer alegação no sentido de que a paralisação da obra tem reflexos no interesse público primário[987].

A Apelação nº 1001541-32.2015.8.26.0291 (rel. Des. Marcelo Semer, 10ª Câmara de Direito Público; DJ. 26/01/2021), trata de recurso em face de sentença de procedência em ação de improbidade administrativa, que além da condenação dos réus às sanções, também anulou a permuta de bens imóveis que originou a condenação por ser desprovida de interesse público e com prejuízo ao erário.

O acórdão analisado, com base no art. 20 da LINDB, reformou a sentença para manter hígida a permuta realizada (mesmo que reconhecida originariamente a ausência de interesse público e prejuízo ao erário pela permuta) em razão do transcurso do tempo e realização de melhorias no entorno dos respectivos imóveis permutados[988].

---

[987] "Também é de se considerar que, apesar de se reconhecer que a continuidade das obras cumpre, em tese, o papel de concretizar o interesse público da coletividade em ver implementada a política pública de canalização do córrego, não se pode desconsiderar que tal construção, de acordo com a documentação trazida até este momento processual, vem contribuindo para causar danos à estrutura do imóvel dos autores, aumentando o risco de ali continuarem residindo. Da mesma forma, a condição imposta pela julgadora de primeiro grau à continuidade da obra se mostra razoável e visa a garantir a segurança dos agravados, de modo que, a princípio, não há como acolher a tese de violação ao artigo 21 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro ('A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas'), considerando, ainda, que o "decisum" não determinou a invalidação de qualquer ato da Administração" (TJSP - Agravo de Instrumento nº 2264529-15.2020.8.26.0000, rel. Des. Marcos Pimentel Tamassia, 1ª Câmara de Direito Público, DJ. 18/02/2021).

[988] "No que diz respeito à anulação da permuta, assiste razão ao SAAEJ. Isso porque, transcorrido considerável lapso temporal desde a troca dos imóveis, a situação fática se alterou, seja por conta das melhorias realizadas no entorno dos respectivos imóveis, seja em razão dos novos projetos desenvolvidos pela autarquia a serem implementados no imóvel de matrícula nº 25.867. E, diante desse novo cenário, o imóvel de matrícula nº 25.867 passou a ser mais vantajoso ao Município, conforme amplamente demonstrado pelo SAAEJ ao longo do processo, não se mostrando viável a anulação do ato negocial entabulado, sob pena de se contrariar o interesse público que se pretende tutelar. Não se quer dizer, com isso, que não houve ato de improbidade administrativa, mas apenas reconhecer a impossibilidade de se efetivar a desconstituição do negócio, restituindo-se às partes ao 'status quo ante', por ser, atualmente, a medida mais prejudicial à Administração Pública. Ademais, estabelece o art. 20 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro que 'nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão' (caput), sendo que 'a motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas' (parágrafo único)". (TJSP - Apelação nº 1001541-32.2015.8.26.0291, rel. Des. Marcelo Semer, 10ª Câmara de Direito Público; DJ. 26/01/2021).

2.12.2 Análise das decisões do ano de 2021 quanto ao termo-chave “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro”

Pela análise quantitativa, dentro do período de 1º.01.2021 a 31.12.2021 pelo critério “data do julgamento”, foram localizados o total 237 acórdãos prevendo em sua ementa o termo-chave “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro”.

Desse total, 03 (três) acórdão da Câmara Especial da Infância e Juventude, 08 (oito) acórdãos da Câmara Reservada de Direito Empresarial, 142 (cento e quarenta e dois) acórdãos de Câmaras Criminais, 41 (quarenta e um) acórdãos das Câmaras de Direito Privado e 43 (quarenta e três) acórdãos das Câmaras de Direito Público. Não houve na pesquisa qualquer acórdão oriundo da Câmara Reservada ao Meio Ambiente que fizesse menção em sua ementa do termo-chave “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro”.

Dos 43 (quarenta e três) acórdãos das Câmaras de Direito Público, 30 (trinta) acórdãos não mencionavam em sua ementa um artigo da LINDB introduzido pela Lei nº 13.655/2018[989], remanescendo 13 decisões para análise.

Quanto aos 13 (treze) acórdãos restantes, 02 (dois) acórdãos também citaram o termo “LINDB” na ementa, já tendo sido analisados no tópico próprio[990].

---

[989] 300715741.2021.8.26.0000;300673906.2021.8.26.0000;100746379.2021.8.26.0053;300811442.2021.8.26.0000;30798537.2021.8.26.0000;300744926.2021.8.26.0000;105284719.2019.8.26.0576;100182162.2021.8.26.0462;300743457.2021.8.26.0000;100237629.2020.8.26.0587;300678677.2021.8.26.0000;300674865.2021.8.26.0000;300677463.2021.8.26.0000;300651216.2021.8.26.0000;300651483.2021.8.26.0000;300651046.2021.8.26.0000;300632508.2021.8.26.0000;104968244.2020.8.26.0053;300638493.2021.8.26.0000;300633297.2021.8.26.0000;300640909.2021.8.26.0000;102319916.2016.8.26.0053;103731670.2020.8.26.0053;220765828.2021.8.26.0000;300591462.2021.8.26.000;300591292.2021.8.26.0000;205885166.2021.8.26.0000;217741079.2021.8.26.0000;219093798.2021.8.26.0000;100090069.2021.8.26.0053;300368447.2021.8.26.0000;206555073.2021.8.26.0000;206555073.2021.8.26.0000;204729907.2021.8.26.0000;2047299-07.2021.8.26.0000;2182295-39.2021.8.26.0000;2161000-43.2021.8.26.0000;2150771 24.2021.8.26.0000;2136495-85.2021.8.26.0000;1045143-52.2019.8.26.0576;101633641.2019.8.26.0602;0024567-54.2017.8.26.0405;2089191 90.2021.8.26.0000;2076209 44.2021.8.26.0000;1030343-02.2020.8.26.0053;1001077-55.2017.8.26.0576;2160665-92.2019.8.26.0000;1046943-98.2020.8.26.0053;1027617-89.2019.8.26.0053;1054541-06.2020.8.26.0053;2300519-67.2020.8.26.0000;1003950-79.2019.8.26.0407;2299950-66.2020.8.26.0000;2299866-65.2020.8.26.0000;2299883-04.2020.8.26.0000;2299908-17.2020.8.26.0000;2299919-46.2020.8.26.0000;2299932-45.2020.8.26.0000; 1000503-58.2019.8.26.0286 e 2165298-15.2020.8.26.0000.

[990] Apelação nº 1019479-27.2020.8.26.0562, rel. Des. Botto Muscari, 18ª Câmara de Direito Público, DJ. 11.11.2021 e Apelação nº 1011905-25.2020.8.26.0053, rel. Des. Marcos Pimentel Tamassia, 1ª Câmara de Direito Público; DJ. 02/03/2021.

Quantitativamente, no universo das 11 decisões analisadas, quanto à natureza da ação judicial, foram 09 ações pelo procedimento comum e 02 ações de improbidade administrativa.

Quanto às Câmaras de Direito Público que as decisões foram oriundas, tem-se o seguinte quantitativo: 07 da 18ª Câmara, 02 da 11ª Câmara, 01 da 4ª Câmara e 01 da 8ª Câmara.

Quanto aos Desembargadores (as) relatores (as), tem-se o quantitativo de decisões por relator: 07 do Desembargador Roberto Martins de Souza, 02 do Desembargador Oscild de Lima Júnior, 01 do Desembargador Leonel Costa e 01 do Desembargador Paulo Barcellos Gatti.

Contabilizando que a Seção de Direito Público é formada por 90 Desembargadores[991], tem-se que a menção do termo-chave na respectiva ementa da decisão ficou concentrada em aproximadamente 3,6% dos Desembargadores componentes da Seção.

Com relação aos artigos citados da LINDB (introduzidos pela Lei nº 13.655/2018), tem-se o seguinte quantitativo de menções[992]: 07 do art. 23; 04 do art. 22; 02 do art. 28 uma menção para o art. 20.

Houve preponderância da segurança jurídica e do *prospective overruling* (art. 23), da contextualização das circunstâncias concretas (art. 22) e da responsabilização pessoal do agente público por dolo ou erro grosseiro (art. 28). O antifundacionalismo e consequencialismo (arts. 20) foi analisada em somente uma decisão.

Com respeito aos 11 (onze) acórdãos a serem analisados, tem-se que em 07 (sete) acórdãos houve a mesma relatoria e a mesma Câmara julgadora (18ª Câmara de Direito Público e Desembargador Roberto Martins de Souza), abordando o mesmo assunto principal[993].

---

991 "A Seção de Direito Público é formada por 90 desembargadores divididos em 18 Câmaras. Da 1ª à 13ª câmaras cabe a reponsabilidade pelos julgamentos dos tributos estaduais, ações civis públicas, improbidade administrativa, entre outros. As 14ª, 15ª e 18ª câmaras são responsáveis pelo julgamento dos recursos envolvendo os tributos municipais. Já às 16ª e 17ª câmaras cabe o julgamento dos recursos referentes às questões que versam acerca de acidentes de trabalho. A Seção conta também com duas Câmaras Reservadas ao julgamento de matéria envolvendo o meio ambiente". Disponível em: https://www.tjsp.jus.br/SecaoDireitoPublico. Acesso em: 02 jan. 2023.

992 Deve-se mencionar que houve em determinados julgados a citação de mais de um artigo da LINDB, bem como as citações de parágrafos e incisos foram contabilizadas dentro do respectivo artigo relacionado ao *caput*.

993 2145724-69.2021.8.26.0000, 2044977-14.2021.8.26.0000, 2102017-51.2021.8.26.0000, 2101255-35.2021.8.26.0000, 2026986-25.2021.8.26.0000, 2208862-44.2020.8.26.0000 e 2229589-24.2020.8.26.0000.

O assunto tratado foi a rejeição da utilização do art. 23 da LINDB para concluir pela aplicabilidade vinculante do entendimento exposto nos Recursos Especiais Representativos de Controvérsia ns. 1.110.551 e 1.111.202 quanto aos compromissos de compra e venda firmados antes e depois da publicação dessas decisões (responsabilidade de compromissário vendedor pelo IPTU em razão de lei municipal), justamente pela inexistência de modulação dos efeitos:

> Cumpre ressaltar, por fim, que o quanto decidido nas demandas repetitivas aplica-se às situações pretéritas, como a que se dá no caso em tela, a despeito de os recursos repetitivos que interessam (REsp 1.110.551/SP, REsp 1.111.202/SP e REsp 1.073.846-SP) terem sido julgados em 10/06/2009 e 25/11/2009, inexistindo previsão legal ou jurisprudência em sentido contrário a tal respeito. Tanto é assim que o Código de Processo Civil de 2015, aperfeiçoando o quanto já era tratado pelo Codex de 73, previu o sobrestamento dos processos em andamento nas instâncias inferiores enquanto pendente de julgamento o tema reconhecido como de repercussão geral, de modo que resta claro que a decisão proferida em demandas repetitivas pelos Tribunais Superiores aplica-se aos processos que discutem fatos consolidados anteriores ao julgamento. Entendo que, especialmente à luz do CPC/2015, referidas decisões são paradigmas e afetam todos os casos existentes (os sobrestados imediatamente e os em curso, ainda que não sobrestados), bastando observar o disposto nos artigos 1030 e 1040 do CPC/15. Atento a tais princípios e sistemática processual, me posiciono no sentido de que, existindo recurso repetitivo sobre a matéria do presente agravo de instrumento, é o caso de se aplicar o entendimento firmado pelo C. Superior Tribunal de Justiça, considerando a ausência de registro do compromisso de compra e venda, que não poderia ocorrer, tendo em vista que a Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73) é de 31 de dezembro de 1973, anterior à noticiada venda. Assim sendo, respeitados entendimentos em sentido contrário, entendo não haver contrariedade ao art. 23, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, nem ao princípio da segurança jurídica no caso concreto, conforme explicitado. Sobre esse ponto, transcreve-se trecho de decisão monocrática do C. STJ que rejeitou essa argumentação, mantendo a legitimidade concomitante das partes mesmo quando o negócio jurídico é anterior ao julgamento do Tema nº 122: 'Acresço, por oportuno, que, no julgamento dos aludidos recursos especiais repetitivos, esta Corte Superior apenas confirmou a sua jurisprudência dominante sobre o tema, não tendo havido modulação de efeitos, de modo que, diversamente do assentado no acórdão recorrido, esses precedentes obrigatórios também se aplicam aos casos em que o proprietário celebrou compromisso de venda em momento anterior à publicação desses arestos vinculantes. (STJ, REsp 1.915.318, Rel. Min. Gurgel de Faria, Decisão Monocrática, j. 18/02/2021)'.

Interessante notar que o entendimento exposto nas decisões do Desembargador Roberto Martins de Souza, componente da 18ª Câmara de Direito Público, é diametralmente o oposto ao entendimento exposto pelo Desembargador Ricardo Chimenti (também componente da 18ª Câmara de Direito Público e cujas decisões foram analisadas no tópico anterior), abordando o mesmo assunto principal.

No mesmo período (1º.01.2021 a 31.12.2021), analisando o mesmo disposto legal (art. 23 da LINDB), seja para aplicá-lo ou afastá-lo, dois membros da mesma Câmara (18ª Câmara de Direito Público), julgando tema jurídico idêntico em 41 decisões (07 acórdãos do Des. Roberto Martins de Souza e 34 acórdãos do Des. Ricardo Chimenti), concluíram de formas diferentes acerca do mesmo assunto que anteriormente já havia sido objeto de dois recursos representativos de controvérsia pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.110.551/SP, REsp 1.111.202/SP), cuja aplicação é de observância obrigatória aos Tribunais inferiores (art. 1.040, inciso III do CPC).

Embora salutar a divergência jurisprudencial como instrumento de reforma para acompanhamento do dinamismo da sociedade complexa, não é isso que se vê no presente caso. Aqui é possível vislumbrar a contramão do que a própria alteração da LINDB se propôs a concretizar, que é o incremento da segurança jurídica.

Para além de colaborar com maior insegurança jurídica, em sentido oposto ao preconizado pela Lei nº 13.655/2018, a situação exposta é refratária à coerência, integridade e estabilidade das decisões judiciais, em confronto direto com o preconizado pelo art. 926, *caput* do CPC.

O Agravo de Instrumento nº 3005038-10.2021.8.26.0000 (rel. Des. Leonel Costa, 8ª Câmara de Direito Público, DJ. 28/09/2021), trata de recurso interposto por Município em face de tutela antecipada deferida para fornecimento imediato de medicamento, com cominação de multa diária de R$ 2.000,00, limitado a R$ 100.000,00. O acórdão utilizou o art. 22 da LINDB para dar provimento parcial ao recurso, dando 15 dias para cumprimento da medida em face dos obstáculos inerentes à burocracia estatal, esclarecendo ainda que não se admite a possibilidade de determinar o fornecimento de produtos mediante indicação de marcas ou nomes comerciais específicos, devendo a entrega se dar de forma livre pela Administração caso existam similares com características semelhantes e com a mesma eficácia[994].

Também tratando sobre direito à vida e à saúde, o Agravo de Instrumento nº 2086945-24.2021.8.26.0000 (rel. Des. Paulo Barcellos Gatti, 4ª Câmara de Direito Público, DJ. 11/05/2021), trata de recurso interposto por Município em face de tutela

[994] "Ocorre que o fornecimento imediato é medida impossível de ser cumprida pelos entes públicos já que a eles é imposto manter determinado grau de burocracia a fim de resguardar os princípios que regem a boa gestão da coisa pública" (TJSP - Agravo de Instrumento nº 3005038-10.2021.8.26.0000, rel. Des. Leonel Costa, 8ª Câmara de Direito Público, DJ. 28/09/2021).

antecipada deferida para que no prazo de 48h promovesse a prestação de serviço médico de acomodação em Unidade de Terapia Intensiva ao autor, acometido pelo COVID-19.

O acórdão reformou a decisão de primeiro grau, indeferindo o pedido de tutela antecipada, utilizando os arts. 20 e 22 da LINDB para justificar que o encaminhamento de paciente à UTI é ato de índole científica (médica), bem como determinar compulsoriamente a disponibilização de vaga em leito de UTI à paciente, em detrimento de tantos outros pacientes que aguardam a disponibilização da vaga, colocaria o Poder Judiciário no papel de gestor público atuante na linha de frente da pandemia de COVID-19:

> Com efeito, o que se observa, sobretudo nos últimos meses, é um verdadeiro colapso do sistema de saúde, público e privado, com lotação de hospitais, escassez de vagas em leitos de UTI, falta de medicamentos necessários para intubação de pacientes e insuficiência de insumos (sobretudo oxigênio) (...) Não se pode ignorar, entretanto, que a judicialização de questões relacionadas à garantia do direito à saúde chega ao Poder Judiciário sob uma perspectiva individual, considerando-se as necessidades do indivíduo frente à incapacidade da Administração Pública de satisfazê-las adequadamente. E é justamente no contexto na Pandemia de COVID-19, situação extrema e sem precedentes que atinge todo o território nacional, que a atuação do Poder Judiciário adquire nuances próprias. (...) A indicação e encaminhamento de determinado paciente para a Unidade de Terapia Intensiva é ato dependente da propedêutica médica individualizada, consubstanciada no histórico de antecedentes do paciente, realidade observada e prognóstico de vantagem em face das variáveis de risco ponderado ou ausência de alternativas. (...) Em verdade, determinar compulsoriamente a disponibilização de vaga em leito de UTI à paciente, em detrimento de tantos outros pacientes que aguardam a disponibilização da vaga, colocaria o Poder Judiciário no papel de gestor público atuante na linha de frente da pandemia de COVID-19, o que, diga-se, não encontra previsão constitucional. Nesse sentido, aliás, a despeito da discussão sobre o consequencialismo das decisões judiciais, no caso em testilha, não se pode ignorar as consequências práticas negativas que a atuação jurisdicional poderia causar ao remanejar pacientes em leitos de UTI no contexto sem precedentes da Pandemia de COVID-19, as quais devem ser observadas por expressa disposição do art. 20 da LINDB (...) Ademais, o art. 22 da LINDB é claro ao estabelecer que, em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, deverão ser consideradas pelo julgador as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente administrativo (...) Não por outro motivo que o Conselho Nacional de Justiça, diante dos impactos que as decisões liminares podem causar no Sistema de Saúde como um todo no contexto da Pandemia de COVID-19, editou a Recomendação nº 92/2021, com o objetivo de orientar os magistrados, à luz da independência funcional, a atuar na pandemia de covid-19, de forma a fortalecer o sistema brasileiro de saúde, com observância à isonomia e em atenção aos preceitos veiculados pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Duas decisões utilizaram a previsão dos arts. 22 e 28 da LINDB para reforçar fundamentos de afastamento da caracterização de atos de improbidade administrativa[995].

Na Apelação nº 1008029-89.2018.8.26.0099 (rel. Des. Oscild de Lima Júnior, 11ª Câmara de Direito Público, DJ. 24/06/2021), o acórdão afastou a caracterização da improbidade nos atos de nomeação em comissão para cargos técnicos e burocráticos, cujo provimento deveria ser por concurso público.

Afastou-se o dolo típico da improbidade uma vez que "embora irregulares as contratações sem concurso público, é certo que consistiam em prática habitual da Municipalidade, não tendo sido constatado qualquer indício de imoralidade ou favorecimento pessoal dos apelados, ou o elemento subjetivo, nem mesmo a título de dolo genérico ou erro grosseiro".

A Apelação nº 1000586-70.2019.8.26.0449 (rel. Des. Oscild de Lima Júnior, 11ª Câmara de Direito Público, DJ. 06/05/2021), trata da contratação temporária irregular de servidores públicos municipais. O acórdão afastou, também com base nos arts. 22 e 28 da LINDB, o dolo caracterizador do ato de improbidade, não restando configurado o elemento subjetivo, nem mesmo a título de dolo genérico ou erro grosseiro[996]

2.12.3 Análise das decisões do ano de 2021 quanto ao termo-chave "13.655"

Utilizando-se na pesquisa o termo chave "13.655", pode-se localizar 03 decisões. Essas três decisões também utilizam em sua ementa os termos-chaves já

[995] Apelação Cível 1008029-89.2018.8.26.0099; Relator (a): Oscild de Lima Júnior; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento: 24/06/2021 e Apelação Cível 1000586-70.2019.8.26.0449; Relator (a): Oscild de Lima Júnior; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento: 06/05/2021.

[996] "Atente-se, ainda, que as funções preenchidas pelos cargos temporários são inerentes a setores basilares da Administração Municipal (saúde), o que impossibilitava a interrupção de serviços emergenciais, contínuos e necessários a atender às necessidades da população. Dessa forma, mesmo que se entenda que o administrador não tenha observado o procedimento mais adequado, tal situação não resulta, necessariamente, no reconhecimento de improbidade administrativa, uma vez que esta supõe um juízo sobre a honestidade do agente, o que demanda análise do aspecto subjetivo da conduta e implica punição do responsável. (...) Destarte, embora incontroversa a ilegalidade das contratações, ausente qualquer indício de imoralidade ou favorecimento pessoal da apelante ou de terceiros, não restando configurado o elemento subjetivo, nem mesmo a título de dolo genérico ou erro grosseiro" (TJSP, Apelação nº 1000586-70.2019.8.26.0449 rel. Des. Oscild de Lima Júnior, 11ª Câmara de Direito Público, DJ. 06/05/2021).

pesquisados (“LINDB” e “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro”), já tendo sido analisadas nos tópicos anteriores[997].

2.12.4 Análises das decisões do ano de 2022 quanto ao termo-chave “LINDB”

Pela análise quantitativa, dentro do período de 1º.01.2022 a 31.12.2022 pelo critério “data do julgamento”, foram localizados o total 204 acórdãos prevendo em sua ementa o termo-chave “LINDB”.

Desse total, 01 (um) acórdão do Órgão Especial, 01 (um) acórdão da Câmara Especial da Infância e Juventude, 01 (um) acórdãos da Câmara Reservada de Direito Empresarial, 01 (um) acórdãos de Câmaras Criminais, 50 (cinquenta) acórdãos das Câmaras de Direito Privado e 150 (cento e cinquenta) acórdãos das Câmaras de Direito Público. Não houve na pesquisa qualquer acórdão oriundo da Câmara Reservada ao Meio Ambiente que fizesse menção em sua ementa do termo-chave “LINDB”.

Dos 150 (cento e cinquenta) acórdãos das Câmaras de Direito Público, 129 (cento e vinte e nove) acórdãos não mencionavam em sua ementa um artigo da LINDB introduzido pela Lei nº 13.655/2018.

Quanto aos 21 (vinte e um) acórdãos que serão objetos da pesquisa, inicialmente têm-se 03 (acórdãos) foram proferidos no mesmo processo[998], em três embargos de declaração.

No julgamento da Apelação nº 0000210-94.2009.8.26.0597 (rel. Des. Vicente de Abreu Amadei, 1ª Câmara de Direito Público; DJ. 07/12/2022), decidiu-se com base no art. 20 da LINDB, pela redução da condenação da verba honorária para sua fixação por equidade com base na interpretação realista e consequencialista do princípio da causalidade[999], já que no processo não havia valor de condenação, valor de proveito

[997] Apelação nº 1036430-76.2017.8.26.0053, rel. Des. Luiz Sergio Fernandes de Souza, 7ª Câmara de Direito Público, DJ. 27/09/2021; Apelação Cível nº 1008029-89.2018.8.26.0099; rel. Des. Oscild de Lima Júnior, 11ª Câmara de Direito Público, DJ. 24/06/2021 e Apelação Cível 1000586-70.2019.8.26.0449, rel. Des. Oscild de Lima Júnior, 11ª Câmara de Direito Público, DJ.06/05/2021.
[998] TJSP; Apelação Cível 1000730-49.2021.8.26.0069; rel. Des. Edson Ferreira, 12ª Câmara de Direito Público; DJ. 10/10/2022.
[999] “E, nisso, destaque-se, nem sequer há ofensa à tese fixada no Tema 1.076/STJ, que não incide no caso, em face do acima exposto, que se impõe como distinção decorrente de interpretação realista fundada no princípio da causalidade (que ilumina a fixação de verba honorária em geral, especialmente em situação de extinção do feito por perda de objeto), bem como no princípio geral de interpretação consequencial (art. 20 da LINDB)” (TJSP - Apelação nº 0000210-94.2009.8.26.0597, rel. Des. Vicente de Abreu Amadei, 1ª Câmara de Direito Público; DJ. 07/12/2022).

econômico ou valor de causa que se possa ter em conta como base de cálculo para fixar a verba honorária, atraindo a aplicação do art. 85, § 8º do CPC e afastando a aplicação do Tema nº 1.076 do STJ[1000].

Também tratando da aplicação do art. 20 da LINDB para fixação de honorários advocatícios por equidade, o acórdão do julgado da Apelação nº 1079713-13.2021.8.26.0053 (rel. Des. Vicente de Abreu Amadei, 1ª Câmara de Direito Público, DJ. 01/11/2022), ressaltando a necessária observância do contexto de interpretação finalística, realista e isonômica do princípio da causalidade, manteve o valor fixado a título de honorários advocatícios, sem aumento decorrente da interposição do recurso improvido[1001].

A Apelação nº 0902440-13.2012.8.26.0037 (rela. Desa. Maria Laura Tavares, 5ª Câmara de Direito Público, DJ. 21/11/2022), trata de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual objetivando a transferência de condenados e detentos que excedam a capacidade da penitenciária estadual e do Centro de Detenção Provisória de determinado Município para outros estabelecimentos prisionais, proibindo o ingresso de novos presos até que seja comprovada a existência de estrutura física e funcional no local que os comporte. O pedido está fundamentado na alegação de superlotação de presídios e violação da garantia de condições mínimas de dignidade

[1000] Tema nº 1.076 do STJ: I) A fixação dos honorários por apreciação equitativa não é permitida quando os valores da condenação, da causa ou o proveito econômico da demanda forem elevados. É obrigatória nesses casos a observância dos percentuais previstos nos §§ 2º ou 3º do artigo 85 do CPC - a depender da presença da Fazenda Pública na lide -, os quais serão subsequentemente calculados sobre o valor: (a) da condenação; ou (b) do proveito econômico obtido; ou (c) do valor atualizado da causa e II) Apenas se admite arbitramento de honorários por equidade quando, havendo ou não condenação: (a) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou (b) o valor da causa for muito baixo.

[1001] "Assim se faz, portanto, ante as peculiaridades do caso e do trabalho realizado, bem como em razão da necessidade de se buscar solução equitativa e proporcional para a verba honorária, evitando-se a grande desproporção se utilizados o parâmetro do valor atribuído à causa. Tudo, em contexto de interpretação finalística, realista e isonômica do manancial de normas que informam a matéria, justificativas, no caso, da solução por equidade. Afinal, se o valor irrisório justificaria a fixação por equidade (art. 85, §8º), o valor excessivo, extremamente desproporcional à causa e ao trabalho realizado, também, por igualdade de razão fundada no trabalho realizado, justifica a mesma fixação por equidade. Cuida-se, repita-se, de interpretação realista, por isonomia e consequencial que, a rigor, aponta distinção em relação ao julgado que deu base ao Tema 1.076/STJ, por aqui se deitar raiz em matéria constitucional (art. 5º, caput, CF: 'Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito ....à igualdade...') e de sobre direito exegético, extraído da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (art. 20: 'Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão'), a iluminar a aplicação do art. 85 e seus parágrafos (especialmente os §§ 2º e 8º) do CPC" (TJSP - Apelação nº 1079713-13.2021.8.26.0053, rel. Des. Vicente de Abreu Amadei, 1ª Câmara de Direito Público, DJ. 01/11/2022).

da pessoa humana aos encarcerados, consiste em descumprimento do dever estatal de segurança pública.

A sentença recorrida julgou improcedente o pedido considerando que a superlotação de presídios é uma realidade do país e que não há existia nos autos indicação específica de condições insalubres ou prejudiciais à integridade física dos presos que justifique a adoção de medidas especiais[1002].

O acórdão analisado a questão e citando o art. 22 da LINDB, art. 2º do Decreto nº 9.830/2019 e doutrina específica do art. 22[1003] (consequencialismo), pontuou que em se tratando do controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário "faz-se necessária a observância da atuação concreta do ente demandado, como dispõe a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)". Dentro do conceito de consequencialismo adotado pela decisão, apresentou-se a seguinte fundamentação:

> A superlotação dos estabelecimentos prisionais é a dura realidade enfrentada no país, amplamente reconhecida. Tanto assim que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) formulou o "Manual para a Gestão da Lotação Prisional",

[1002] Em contraponto cabe lembrar que o Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 347 reconheceu o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro, determinando uma série de comandos e medidas estruturais para evitar a violação sistemática de direitos fundamentais.

[1003] Consta a citação literal no acórdão: "A respeito da norma introduzida no ordenamento ora referida, alerta a doutrina: 'A norma fala no dever do controlador de considerar as dificuldades reais, as exigências das políticas públicas e as circunstâncias práticas que impuseram, limitaram e condicionaram a ação do agente. A compreensão do que deve ser entendido por 'considerar' é fundamental para a adequada intelecção da norma. Como adverte Carlos Maximiliano, 'Deve o Direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis. [...] Considerar significa pesar, ponderar, interpretar algo de certa maneira. Esse comando estabelece limites dirigidos ao controlador. Ao preceituar que as circunstâncias reais experimentadas pela autoridade administrativa devem ser pesadas e ponderadas pela atividade de controle, a norma confere alguma margem de liberdade para o controlador refutá-las enquanto justificativa para legitimar eventual desconformidade ocorrida. O controlador pode pesar, ponderar ou interpretar a decisão segundo as limitações impostas ao agente administrativo e ainda assim reconhecer a inadequação da solução adotada. Noutro lado, o dever de consideração impede que a solução administrativa seja pura e simplesmente substituída pela judicial sem que seja feito tal sopesamento, sem que o controlador enderece atenção (argumentativa), com a menor carga de subjetivismo possível, às circunstâncias que condicionaram ou orientaram a tomada de decisão. Em suma, o controlador deve examinar se, dentro desse contexto de dificuldades que deve ser considerado, a decisão do gestor foi razoável, isso tendo em vista as dificuldades reais, as exigências de políticas públicas e as circunstâncias práticas que impuseram, limitaram ou condicionaram a ação do agente. Em outras palavras, o controlador deve prestar deferência à solução tomada pelo gestor público se compatível com as limitações envolvidas no processo de tomada de decisão. E mais, mesmo que o controlador discorde da opção encartada na decisão administrativa, do dever de consideração das limitações reais decorre a recomendação de preservação do ato, se razoável. Do contrário, se a norma simplesmente quisesse autorizar a substituição da decisão do administrativa pela judicial caso ela se mostrasse, ao controlador, inadequada, o dever de consideração das limitações efetivas não teria qualquer valia ou utilidade prática." (NIEBUHR, Pedro et. Al. Controle e deferência judicial à Administração Pública: um ensaio sobre a doutrina Chevron e o artigo 22 da LINDB. In: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael (Coords). **NOVA LINDB**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 85/86)".

> voltado ao enfrentamento à superlotação carcerária no país. Referido documento, emitido em 2021, destaca que a ferramenta de transferência entre estabelecimentos penais "quase sempre está desvinculada do sustentáculo da taxatividade carcerária", devendo ser utilizada de modo excepcional e como última opção (...) No caso dos autos, o d. Ministério Público não apresentou justificativa concreta para a transferência da população carcerária dos estabelecimentos prisionais de Araraquara para outros estabelecimentos, longe de seu zoneamento penitenciário. Trata-se, com a devida vênia, de um pleito genérico, incondizente com as diretrizes do "Manual para a Gestão da Lotação Prisional" e normas pertinentes ao tema, além de que, inexiste previsão legal que impeça a admissão de novos reclusos, como pretende o "Parquet". Por sua vez, o Estado de São Paulo indicou nos autos as medidas adotadas para solucionar o problema das superlotações nas unidades, destacando parcerias que já resultaram na redução de cerca de 12,7% da população carcerária entre 2019 e 2021 (fls. 651/652). No caso dos autos, a ingerência do Poder Judiciário não se justifica diante das dificuldades reais do gestor como determina o artigo 22 e seu § 1º da LINDB, além da demonstração de participação ativa do Estado para a solução do problema. Logo, consigne-se não ser o caso de invocar o Tema 220 do C. Supremo Tribunal Federal. Assim, não se trata de conferir permisso ao Estado para não agir, mas sim de levar em conta, no momento presente, os obstáculos e dificuldades reais do gestor na implementação da política pública, razão pela qual resta a r. sentença mantida[1004].

O acórdão utilizou o consequencialismo e o contextualismo para, diante da ausência de comprovação pelo Ministério Público Estadual de justificativa concreta para a transferência da população carcerária dos estabelecimentos prisionais de um Município para outros estabelecimentos longe de seu zoneamento penitenciário, concluir, com base nas dificuldades reais do gestor, pela impossibilidade de ingerência do Poder Judiciário na questão.

Já o processo nº 1000730-49.2021.8.26.0069 derivou 03 (três) acórdãos diferentes (mas com a mesma numeração) decorrentes de embargos de declaração opostos por 03 (três) partes diferentes (Embargos de Declaração nº 1000730-49.2021.8.26.0069, rel. Des. Edson Ferreira, 12ª Câmara de Direito Público, DJ. 22/11/2022).

Na origem se trata de ação ajuizada por particular em face de Município, Estado e hospital particular com pedidos de ressarcimento/reembolso por parte do Município e do Estado quanto às despesas hospitalares dispendidas pelo particular em hospital privado para sua internação na UTI em decorrência do quadro de saúde comprometido pelo COVID-19, alegando a inexistência de eleitos públicos. Pediu de forma alternativa a sua remoção para leito hospitalar público assim que tiver condições

[1004] Apelação nº 0902440-13.2012.8.26.0037, rela. Desa. Maria Laura Tavares, 5ª Câmara de Direito Público, DJ. 21/11/2022.

de ser removido. Quanto ao hospital privado, deduziu pedido para ciência de que as despesas pretéritas e futuras serão suportadas pelo Município e Estado, devendo manter o padrão de atendimento ao particular até sua saída do hospital por transferência a hospital público ou alta médica.

Os pedidos foram julgados improcedentes em primeiro grau, dando-se provimento ao recurso de Apelação do particular. No acórdão da Apelação, constou a seguinte fundamentação:

> Assim, os documentos apresentados indicam que o autor recebeu atendimento médico, com acompanhamento diário por médicos e enfermeiras, e, ao apresentar piora do quadro de saúde, foi solicitada internação em UTI, que de início não foi possível por falta de vaga em hospital público e posteriormente porque a família optou por transferir o autor para hospital privado. Agravamento do estado de saúde do autor, com risco à vida, exigia a imediata internação em UTI, de forma que a falta de vaga na rede pública obrigou a família do autor a buscar atendimento em hospital privado. Não obstante as dificuldades do sistema público de saúde em bem atender a toda a demanda, tem o cidadão o direito de exigir que as suas necessidades de saúde sejam prontamente atendidas. (...) O leito na UTI deveria ter sido disponibilizado pelo Poder Público ante o comando do artigo 196 da Constituição Federal de que a saúde é direito de todos e dever do Estado. Inexistência de vaga não exime o Poder Público do dever de atender à necessidade desse atendimento especializado, eis que tinha como fazê-lo pagando pelo atendimento em serviço privado, como fez a família do autor. Assim, devem Estado e Município reembolsar as despesas pagas e quitar o saldo devedor remanescente decorrentes da internação do autor em hospital privado, com correção monetária e juros de mora do efetivo desembolso (...).

Opostos embargos de declaração por parte do Município, Estado e hospital privado, os acórdãos analisados, com fundamentação idêntica, afastaram a aplicabilidade das normas da LINDB (sem menção expressa a um específico artigo desta lei), já que não se tratava da decretação da invalidação de ato administrativo e tampouco não foi desconsideradas as dificuldades reais do gestor público, esclarecendo, ainda, que a Recomendação nº 91/2021 do CNJ não tem efeito vinculante e que somente sinalizada para que sejam respeitadas as classificações de

risco de saúde, no caso altíssima, pois se tratava de prescrição do próprio SUS para internação em UTI[1005].

O acórdão do julgamento dos Embargos de Declaração nº 1000339-68.2019.8.26.0650 (rel. Des. Rezende Silveira, 14ª Câmara de Direito Público, DJ. 09/11/2022) somente mencionou os arts. 23 e 24 da LINDB, sem exercer qualquer juízo interpretativo que seja pertinente ao presente estudo. No mesmo sentido o acórdão dos Embargos de Declaração nº 2123220-35.2022.8.26.0000, rel. Des. Marrey Uint, 3ª Câmara de Direito Público, DJ. 23/08/2022, que somente mencionou em sua ementa os arts. 20 e 22 da LINDB sem qualquer juízo interpretativo deles.

A Apelação nº 1001229-65.2022.8.26.0047, rel. Des. Marrey Uint, 3ª Câmara de Direito Público, DJ. 14/10/2022), trata de recurso dentro de uma ação de mandado de segurança impetrado em face de ato de Diretor de Escola, que indeferiu o pedido do impetrante de matrícula em curso técnico por falta de documentos necessários. Houve o deferimento de tutela antecipada em primeiro grau para matrícula e ingresso do impetrante, sendo posteriormente, contudo, denegada a segurança em sentença.

O acórdão analisado utilizou o art. 20 da LINDB como fundamento de provimento ao recurso de apelação, com enfoque na ocorrência de fato consumado

---

[1005] "Não houve mera referência a disposições legais, mas fundamentação sucinta quanto à sua aplicação à hipótese, com suficiente motivação: o cidadão tem direito à saúde garantido pelo artigo 196 da Constituição Federal, procurou o Poder Público para atendimento de saúde onde constatada a necessidade de internação em UTI, o Município e o Estado negaram vaga de UTI repetidamente para o autor porque todas as unidades públicas estavam preenchidas pelo sistema CROSS, o Poder Público tem o dever de garantir a saúde e não pode alegar falta de vagas relegando o cidadão à sua própria sorte. Ainda, haver mecanismos jurídicos para uso de bens particulares mediante remuneração que deixaram de ser adotados sem explicação por Estado e Município (v. g. requisição administrativa de serviços), o autor defendeu sua vida fazendo o papel do Poder Público ao buscar internação particular e logo em seguida manejou a presente demanda, cabe ao Poder Público ressarcir o hospital dos gastos e isentar o autor de responsabilidade contratual. Atendidos os dispositivos invocados da LINDB, com especificação das normas citadas, não tendo sido decretada invalidação de ato administrativo, tampouco sancionado gestor sem considerar as dificuldades reais do cargo. Sem efeito vinculante a invocada Recomendação 91/2021 do Conselho Nacional de Justiça, que apenas sinalizada para que sejam respeitadas as classificações de risco de saúde, no caso altíssima, pois de tratava de prescrição do próprio SUS para internação em UTI. Interessado que se viu obrigado a se valer de serviço privado, para salvar a vida de paciente necessitado de internação em UTI, porque o Poder Público não cuidou de fazê-lo, disso decorrente o direito de ressarcimento dos gastos correspondentes. Na relação do autor com o hospital privado não cabe limitar os custos à tabela do SUS, não cabendo fazê-lo, tampouco, no tocante a Estado e Município, em consonância com Supremo Tribunal Federal, Tema 1033, por figurarem como réus juntamente com o hospital privado, pois só cabe decidir o que cabe aos réus em relação ao autor, não o que deve caber entre os réus. Desse modo, a solução possível foi somente quanto ao ressarcimento dos gastos despendidos pelo autor e da responsabilidade de Estado e Município também pelo remanescente ainda devido ao hospital privado, dependendo de ação própria a definição desse montante, com ou sem limitação à tabela do SUS. O ente privado é apenas réu no processo e por isso nada pode postular em termos da satisfação do seu crédito. Normativos invocados não determinam resultado diverso" (TJSP; Embargos de Declaração Cível 1000730-49.2021.8.26.0069, rel. Des. Edson Ferreira, 12ª Câmara de Direito Público, DJ. 22/11/2022).

em razão do impetrante estar em avançada etapa do curso, bem como pela circunstância da decisão reformada ter ignorar aspectos práticos fundamentais como no momento, nenhum outro jovem candidato poderia ingressar no curso técnico sem grave prejuízo à sua formação e que a anulação da matrícula do impetrante lhe traria prejuízo irreparável e desproporcional, tendo concretamente se dedicado ao curso nesse ano letivo[1006].

O alcance normativo do art. 24 da LINDB foi utilizado como fundamento do acórdão proferido na Apelação nº 1063021-07.2019.8.26.0053, rela. Desa. Heloísa Martins Mimessi, 5ª Câmara de Direito Público, DJ. 07/10/2022.

Trata-se de ação de ressarcimento ajuizada por Município em face de Organização da Sociedade Civil, onde há pedido de ressarcimento aos cofres municipais em razão das irregularidades identificadas na prestação de contas de repasse financeiro (convênio), especialmente a realização de contratação “cruzada” de terceiros.

Ocorre que a regra da vedação da contratação cruzada somente foi inserida na legislação municipal em data posterior à assinatura do convênio, razão pela qual o acórdão analisado concluiu não ser possível caracterizar como irregular a contratação em questão por força do art. 24 da LINDB, que veda a revisão na esfera administrativa quanto à validade de contrato, com base em mudança posterior de orientação geral, de situações plenamente constituídas.

A Apelação nº 1005855-05.2021.8.26.0099, rel. Des. Camargo Pereira, 3ª Câmara de Direito Público, DJ. 05/10/2022 trata de pedido julgado procedente em primeiro grau, no qual reconheceu o direito da autora, como servidora pública, em ter redução da sua carga horária em 50%, sem prejuízo do salário ou necessidade de compensação, haja vista a imprescindibilidade de acompanhar seu filho, menor de

[1006] “Por isso, e diante do deferimento de tutela liminar que assegurou seu ingresso no curso técnico (fls. 198/199), já em avançada etapa de completude, dado o mês de 2022 em que proferido este Acórdão, indiscutível o prejuízo à formação do adolescente se, em revisão posterior, seja negado seu ingresso à oportunidade de formação que já, para todos os efeitos, usufruiu. Tal decisão afrontaria o espírito do artigo 20 da LIDNB (Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão), ao ignorar aspectos práticos fundamentais que a circundam: no momento, nenhum outro jovem candidato poderia ingressar no curso técnico sem grave prejuízo à sua formação; e a anulação da matrícula do Impetrante lhe traria prejuízo irreparável e desproporcional, tendo concretamente se dedicado ao curso nesse ano letivo” (TJSP - Apelação nº 1001229-65.2022.8.26.0047, rel. Des. Marrey Uint, 3ª Câmara de Direito Público, DJ. 14/10/2022).

idade, diagnosticado com Transtorno do Espectro do Autismo, durante consultas e tratamentos médicos e fisioterápicos.

O acórdão utilizou o art. 20 da LINDB para fundamentar que as consequências práticas da decisão deverão ser observadas, sobretudo a partir da observância da regra da proporcionalidade, mediante aferição da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito[1007]. No caso, dever-se-ia observar Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que é equivalente à emenda constitucional (art. 5º, § 3º da CF), nos termos do Decreto nº 6.949/2009[1008]. Essa decisão está de acordo com o decidido no julgamento do Tema nº 1.097 de repercussão geral[1009], onde o Supremo Tribunal Federal fixou a tese de que "aos servidores públicos estaduais e municipais é aplicado, para todos os efeitos, o art. 98, § 2° e § 3°, da Lei 8.112/1990[1010]."

Essa mesma fundamentação na aplicação do art. 20 da LINDB também embasou o acórdão oriunda do julgamento da Apelação nº 1022353-91.2019.8.26.0053, rel. Des. Camargo Pereira, 3ª Câmara de Direito Público, DJ. 12/07/2022, que tratou, igualmente, de pedido de servidora pública para redução de sua carga horária em 50%, sem prejuízo do salário ou necessidade de compensação, haja vista a necessidade de acompanhamento de seu filho, menor de idade, diagnosticado com Transtorno do Espectro do Autismo.

[1007] "Isso porque naquela própria lei de introdução, não obstante as que já estavam consolidadas, a Lei nº 13.655, de 2018, implementou novos e relevante parâmetros interpretativos tanto aos administradores públicos quanto aos magistrados, que obrigatoriamente passaram a considerar "as consequências práticas da decisão", demonstrando "a necessidade e a adequação da medida imposta", isto é, verificando-se na aplicação do ordenamento a regra da proporcionalidade, que se completará, se não forem aquelas regras suficientes, com o processo de ponderação entre as normas. No caso, sob nenhum aspecto houve informação da requerida acerca das consequências práticas, além das óbvias, pela eventual concessão dos pedidos, uma vez que deveria desconstituir o direito da autora e demonstrar eventual dano ao serviço público, o que não ocorreu" (TJSP - Apelação nº 1005855-05.2021.8.26.0099, rel. Des. Camargo Pereira, 3ª Câmara de Direito Público, DJ. 05/10/2022).

[1008] MAZZEI, Marcelo Rodrigues; SILVEIRA, Sérgio da Silveira. O direito à redução de jornada de servidor público responsável pelos cuidados de pessoa com deficiência frente à ausência de norma específica do ente federativo. Belo Horizonte: **Fórum Administrativo** - Direito Público, v. 254, p. 85-100, 2022.

[1009] STF, RE 1237867, Relator(a): Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 07/08/2020.

[1010] Art. 98. Será concedido horário especial ao servidor estudante, quando comprovada a incompatibilidade entre o horário escolar e o da repartição, sem prejuízo do exercício do cargo.
(...).
§ 2º Também será concedido horário especial ao servidor portador de deficiência, quando comprovada a necessidade por junta médica oficial, independentemente de compensação de horário.
§ 3º As disposições constantes do § 2o são extensivas ao servidor que tenha cônjuge, filho ou dependente com deficiência.

O Agravo de Instrumento nº 2121729-90.2022.8.26.0000, rela. Desa. Silvana Malandrino Mollo, 14ª Câmara de Direito Público, DJ. 19/08/2022 trata da aplicabilidade vinculante do entendimento exposto nos Recursos Especiais Representativos de Controvérsia ns. 1.110.551 e 1.111.202 quanto aos compromissos de compra e venda firmados antes e depois da publicação dessas decisões (responsabilidade de compromissário vendedor pelo IPTU em razão de lei municipal).

O acórdão afastou a aplicação do art. 23 da LINDB no que concerne à necessidade de regime de transição, visto que ele "é inaplicável neste caso, pois a tese representou apenas a consolidação do entendimento já abraçado pelo STJ anteriormente (...)".

O indeferimento em primeiro grau de pedido de reintegração liminar de servidora municipal aos quadros do funcionalismo público embasou o acórdão proferido no julgamento do Agravo de Instrumento nº 2079978-26.2022.8.26.0000, rel. Des. Márcio Kammer de Lima, 11ª Câmara de Direito Público, DJ. 20/07/2022. O recurso se funda na alegação de que a decisão agravada deve ser reformada em razão não ter sido observada ausência de modulação de efeitos na decisão do Supremo Tribunal Federal no Tema nº 1.150[1011], bem assim por ter ocorrido alteração de entendimento predominante a reclamar aplicação dele sem surpresa e violação a situação plenamente constituída, nos termos do art. 24 da LINDB.

O acórdão analisado afastou a aplicabilidade do art. 24 da LINDB ao caso, sob o fundamento de que não houve o trânsito em julgado do Tema nº 1150, bem como em cognição sumária típica da apreciação da tutela antecipada, não é possível se aferir eventual mudança de entendimento por parte da Administração Pública[1012].

A Apelação nº 1061111-76.2018.8.26.0053, rela. Desa. Vera Angrisani, 2ª Câmara de Direito Público, DJ. 20/07/2022, trata de recurso contra sentença que

---

[1011] Tese firmada no Tema nº 1.150: O servidor público aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social, com previsão de vacância do cargo em lei local, não tem direito a ser reintegrado ao mesmo cargo no qual se aposentou ou nele manter-se, por violação à regra do concurso público e à impossibilidade de acumulação de proventos e remuneração não acumuláveis em atividade. (STF, RE 1302501 RG, Relator(a): Ministro Presidente, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/2021).

[1012] "Referido entendimento deve ser aplicado de imediato, prescindível aguardar-se o trânsito em julgado. Registre-se, ademais, que o artigo 24 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, invocado pela agravante, não aparenta socorrê-la na hipótese, nesse momento de cognição sumária, porquanto inexiste na situação versada aparente modificação de entendimento sobre situação jurídica plenamente constituída, já que não se reconhece ser plenamente constituída a situação em que a autora estava a acumular cargo público e aposentadoria obtida nele mesmo em violação a texto expresso de norma local. De resto, é pacífico que não se reconhece, também, a existência de direito adquirido a regime jurídico"(TJSP - Agravo de Instrumento nº 2079978-26.2022.8.26.0000, rel. Des. Márcio Kammer de Lima, 11ª Câmara de Direito Público, DJ. 20/07/2022).

julgou parcialmente procedente o pedido formulado por Associação de Moradores em ação civil pública em face de construtora e Município, que pleiteia a anulação dos alvarás de aprovação de edificação nova e de execução de edificação nova e, consequentemente, condenar a construtora na obrigação de não fazer a obra aprovada.

A sentença julgou parcialmente procedente para, declarada a regularidade do empreendimento imobiliário, determinar que seja realizada fiscalização presencial do Município para a expedição do "habite-se" para verificar a inexistência de permanência humana no 9° pavimento, dedicado para a área técnica, e para confirmar que as áreas dos halls de serviço e social devem permanecer livres e destacados das unidades autônomas, condicionantes estas que deveriam constar da minuta da convenção condominial.

O acórdão analisado, com base no art. 20 da LINDB, reforçou a existência de fato consumado em razão da construção do empreendimento imobiliário e alienação das unidades, o que é prejudicial na análise pelo Poder Judiciário quanto aos alvarás municipais que antecederam a obra. Houve substancial fundamentação nas consequências práticas da declaração de nulidade dos alvarás de construção, em especial em face do atual estágio real da obra, que se encontra construída e com unidades alienadas a terceiros:

> É fato que no curso do processo houve a conclusão do empreendimento imobiliário e a alienação das suas unidades. Inviável, portanto, que se busque a discussão especificamente dos alvarás que antecederam a construção, pois, no presente momento temporal, trata-se de medida inócua já superada com a emissão do Habite-se. A perda de objeto, portanto, é patente. Restaria cabível analisar tão somente se seria possível, por força de economia processual, entender como integrante da cadeia de causalidade de potencial anulação dos alvarás a obrigatoriedade de realização de reparo na edificação e/ou a sua demolição. Entretanto, esta pretensão esbarra na teoria do fato consumado e na necessidade de, inclusive, se alterar os pontos controvertidos do feito, demandando a reabertura de toda a instrução probatória fulminando a economia processual. A repercussão da conclusão da obra no presente feito ainda é deveras substancial, a ponto de obstar eventual conversão do feito para permitir a análise da regularidade da obra final em si. Isso porque a prova produzida foi delimitada exclusivamente ao ponto controvertido referente à regularidade dos alvarás e do projeto construtivo (fls. 1.169/1.170): analisar possibilidade de modificação da obra ou sua demolição, após sua conclusão, comercialização e estabelecimento de moradores, implicaria analisar não apenas aspectos urbanísticos, mas também de cunho econômico. E, em *ultima ratio*, também implicaria em incluir os moradores (ou ao menos do Condomínio, através de seu representante legal), na forma de terceiros prejudicados, como legitimados passivos para integrar o contraditório do feito afinal, se entendido ao final que era o caso de demolição da construção, ainda que caráter apenas parcial, levaria à perda

> destes particulares de seu direito de propriedade. Tal fato não pode ser ignorado, ante o disposto no art. 20 da LINDB (“Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”). As consequências práticas de eventual decisão que ignore o fato consumado que ora se apresenta e prossegue no julgamento do feito seriam muito mais gravosas às partes do que o simples reconhecimento de que a discussão acerca da legalidade dos alvarás expedidos é inócua. Em resumo: se de um lado discutir a legalidade dos alvarás é medida inócua, de outro discutir a possibilidade de adequação da construção esbarraria tanto na alteração do ponto controvertido (e, consequentemente, na economia processual) como na necessidade de incluir novos legitimados passivos no curso da demanda, eis que potencialmente prejudicados pelo provimento jurisdicional. Reitera-se: não se está a afirmar a legalidade ou não dos alvarás concedidos, mas sim a se reconhecer que, no presente momento, não cabe mais fazê-lo, por se tratar de medida plenamente inócua e que não terá resultado prático. Esvaziado, portanto, o provimento jurisdicional pretendido, o recurso de apelação há de ser reputado prejudicado[1013].

A Apelação nº 1033318-94.2020.8.26.0053; rel. Des. Percival Nogueira, 8ª Câmara de Direito Público, DJ. 31/03/2022, trata de recurso interposto pelo Ministério Público Estadual em face de sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados em ação civil pública ajuizada em face de Município, consistente na retificação das publicações realizadas, com base nas Leis Federais nº 13.979/2020 e nº 12.527/2011, respeitando essas normas com relação às futuras publicações. O pedido está fundamentado que a Lei nº 12.527/2011, interpretada em conjunto com a Lei nº 9.790/1999, imputa ao Poder Público o dever de informar com transparência sobre os contratos celebrados pelas Organizações Sociais e pelas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, buscando a condenação para que o Município publique em sua página eletrônica oficial, todas as parcerias celebradas com as OS e OSCs, com todas as informações impostas pelo art. 11, parágrafo único, da Lei nº 13.019/2014.

A sentença julgou parcialmente procedente os pedidos iniciais, afastando, contudo, a obrigação de centralizar a publicação dos contratos no portal eletrônico do Município em razão dessa publicização já ocorrer através das próprias OS e OSC´s´, não podendo se confundir o dever de fiscalizar com o de cumprir a publicidade impostas às OS e OSCIP.

O acórdão em questão utilizou o art. 22, *caput* e § 1º, da LINDB para fundamentar a observância das dificuldades concretas do gestor público em separar,

[1013] TJSP - Apelação nº 1061111-76.2018.8.26.0053, rela. Desa. Vera Angrisani, 2ª Câmara de Direito Público, DJ. 20/07/2022.

organizar e publicar todos os contratos celebrados pelas organizações do terceiro setor que atuam junto à Administração Municipal[1014].

Os Embargos de Declaração nº 1010378-52.2017.8.26.0438, rel. Des. Percival Nogueira, 8ª Câmara de Direito Público, DJ: 07/03/2022, foram opostos em face de acórdão que negou provimento ao recurso de apelação que visava a reforma da sentença que julgo procedentes os pedidos de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo.

Trata-se de ação de improbidade administrativa ajuizada em face de Prefeito Municipal, Secretário Municipal da Saúde e presidente de associação civil com o fundamento de que se constatou, dentro da delegação de serviço público de saúde, que muitos dos médicos contratados não cumpriram sua carga horária e inexistia contrato de ponto, caracterizando omissão dolosa que ocasionou prejuízo aos cofres públicos e violação aos princípios do Direito Administrativo.

O acórdão analisado, com respeito ao art. 22 da LINDB, não vislumbrou concretos obstáculos reais do gestor, que poderia ter adotado conduta diversa para

[1014] "Com acerto, a sentença afastou a obrigatoriedade de o Município de São Paulo dar publicidade aos contratos celebrados pelas OSCIPs e OSs. Estas entidades, que compõem o terceiro setor, têm o dever de observar os princípios da publicidade (artigo 4º, inciso I, da Lei nº 9.790/1999 e artigo 7º da Lei nº 9.637/1998), de modo que a disponibilização dos contratos por elas celebrados devem ser expostos pelas próprias entidades. Ao Poder Público incumbe a fiscalização das Organizações, inclusive quanto à publicidade, o que não se confunde com o dever dele mesmo, Administrador Público, dar a publicidade. Neste sentido, não se verifica a irregularidade na conduta da Municipalidade apelada. Por fim, é de se reconhecer que a captura, organização e publicação de todos os contratos emergenciais celebrados pelas organizações do terceiro setor que atuam junto à administração municipal não é tarefa simples. Aqui merece atenção o artigo 22, caput e § 1º, da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (...) Com vistas a estes princípios inseridos na disciplina do Direito Público em 2018, a sentença apontou que, embora seja desejável que todas as informações sobre as contratações emergenciais, inclusive as realizadas pelas OS's e OSCIP's, possam ser encontradas num único portal eletrônico, o fato é que tais informações existem e estão disponíveis, havendo informação de que o réu já efetuou contratação com o objetivo de modernizar e facilitar o acesso a essas informações, com integração dos diversos banco de dados, de modo que não há como considerar que o réu descumpriu por completo com seu dever de publicidade. Cumprida a exigência de publicidade, não há previsão legal que obrigue a unificação pretendida pela petição inicial" (TJSP - Apelação nº 1033318-94.2020.8.26.0053; rel. Des. Percival Nogueira, 8ª Câmara de Direito Público, DJ. 31/03/2022).

pôr fim às ilegalidades que vinham acontecendo nos serviços de saúde do Município[1015].

A Apelação Cível nº 0022306-18.2011.8.26.0053, rel. Des. Silva Russo, 15ª Câmara de Direito Público, DJ. 27/01/2022, trata de ação anulatória de ISS, onde consta na ementa do acórdão analisado a menção ao art. 24 da LINDB. A acórdão afastou a aplicação do art. 24 da LINDB para fins de modular os efeitos de decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (tema nº 354), apontando que cabe ao órgão jurisdicional inferior aplicar a decisão paradigmática nos seus exatos termos, de acordo com o dispositivo previsto nos artigos 927, inciso III e 1040, inciso II do CPC.

O Agravo de Instrumento nº 3008157-76.2021.8.26.0000, rel. Des. Paulo Barcellos Gatti, 4ª Câmara de Direito Público, DJ. 07/02/2022, trata de recurso em face de tutela antecipada deferida para fornecimento imediato de medicamento. O acórdão afastou a aplicação do art. 22, §1º, da LINDB por ausência da demonstração,

[1015] "Quanto ao artigo 22 da LINDB, este assunto, assim como os demais, foi objeto de debate pelo julgamento colegiado: Os apelantes ainda reclamam aplicação do artigo 22 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, que possui esta redação: Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. Apesar de os réus insistirem que, caso fossem tomadas medidas mais rígidas, os médicos pediriam demissão, o que se viu objetivamente é que o serviço público foi vilipendiado e o erário lesado porque nenhuma atitude foi tomada. Afastar a responsabilidade do Prefeito e do Secretário de Saúde Municipais na presente situação é referendar a submissão do interesse público ao interesse privado, representado neste caso pelo desejo de um pequeno grupo de servidores de não se submeter às regras de gestão imposta a todos os demais. Outrossim, não se viu tentativa de oferecer melhores condições de trabalho ou remuneração. Ao administrador público são concedidas prerrogativas, mas também se deve exigir deles posturas enérgicas e nem sempre fáceis nas soluções dos problemas sociais e políticos de sua esfera de atuação. No caso dos autos o que se viu foi a condescendência consciente com um comportamento ilegal, o que não se admite. Logo, censura nenhuma clama a sentença" (TJSP - Embargos de Declaração nº 1010378-52.2017.8.26.0438, rel. Des. Percival Nogueira, 8ª Câmara de Direito Público, DJ: 07/03/2022

por parte do recorrente, quanto à específica dificuldade de providenciar a dispensação do fármaco, não bastando a mera reprodução do art. 22 da LINDB[1016].

O mesmo assunto (fornecimento de medicamentos) foi tratado no Agravo de Instrumento nº 2168724-98.2021.8.26.0000, rel. Des. Kleber Leyser de Aquino, 3ª Câmara de Direito Público, DJ. 21/01/2022, que possui fundamentação semelhante ao Agravo de Instrumento nº 3008157-76.2021.8.26.0000. Houve o afastamento da aplicação do art. 20 da LINDB pela não demonstração pelo agravante do grave desequilíbrio financeiro causado pelo alto custo do medicamento, apesar da alegação, sem comprovação, de que o valor financeiro do medicamento equivale ao atendimento de mais de 4.000 pacientes no âmbito municipal.

O art. 20 da LINDB foi usado como fundamento na decisão proferida no Apelação nº 1040183-70.2019.8.26.0053, rel. Des. Kleber Leyser de Aquino, 3ª Câmara de Direito Público, DJ. 26/01/2022. Trata-se de recurso interposto em mandado de segurança impetrado para anulação de processo administrativo para suspensão da habilitação para dirigir, cujo fundamento é a ausência de fundamentação da decisão administrativa.

Denegada a segurança em primeiro grau, o acórdão analisado reformou a decisão, aplicando o art. 20 da LINDB para pontuar que a fundamentação adequada é obrigatória em todas as decisões administrativas, sob pena de nulidade. Reconhecida a ausência de fundamentação, foi decidido pela anulação do processo administrativo de suspensão da habilitação do impetrante.

[1016] "No que diz respeito ao prazo para cumprimento da ordem judicial, anote-se que o Juízo singular sequer delimitou um tempo específico para que os corréus adimplissem a obrigação de fazer que lhes foi imposta. De todo modo, em regra, deve ser observado o imediato fornecimento dos meios necessários para preservação da saúde do cidadão, havendo situações excepcionais que, dada a complexidade do procedimento de sua obtenção, sugere-se a concessão de 'prazo de respiro' para que a ordem judicial seja devidamente cumprida. Na hipótese em testilha, a própria FESP não trouxe qualquer argumento relevante e específico acerca da dificuldade de providenciar a dispensação do fármaco. Ao revés, limitou-se a referir, abstratamente, à regra do art. 22, §1º, da LINDB, segundo a qual: 'Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente'. Ora, *allegare nihil et allegatum non probare paria sunt* (nada alegar e alegar sem provar são situações equivalentes), pelo que compatível e adequado com a natureza da obrigação imposta o prazo requerido pelo demandante de 72 horas, contadas da intimação para cumprimento da ordem, lapso temporal este que não representa óbice material intransponível ao cumprimento da medida de urgência" (TJSP - Agravo de Instrumento nº 3008157-76.2021.8.26.0000, rel. Des. Paulo Barcellos Gatti, 4ª Câmara de Direito Público, DJ. 07/02/2022).

2.12.5 Análise das decisões do ano de 2022 quanto ao termo-chave “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro”

Pela análise quantitativa, dentro do período de 1º.01.2022 a 31.12.2022 pelo critério “data do julgamento”, foram localizados o total 108 acórdãos prevendo em sua ementa o termo-chave “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro”.

Desse total, 01 (um) acórdão da Câmara Especial da Infância e Juventude, 12 (doze) acórdãos da Câmara Reservada de Direito Empresarial, 12 (doze) acórdãos de Câmaras Criminais, 45 (quarenta e cinco) acórdãos das Câmaras de Direito Privado e 38 (trinta e oito) acórdãos das Câmaras de Direito Público. Não houve na pesquisa qualquer acórdão oriundo da Câmara Reservada ao Meio Ambiente que fizesse menção em sua ementa do termo-chave “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro”.

Dos 38 (trinta e oito) acórdãos das Câmaras de Direito Público, 34 (trinta e quatro) acórdãos não mencionavam em sua ementa um artigo da LINDB introduzido pela Lei nº 13.655/2018.

Quanto aos 04 (quatro) acórdãos que serão objetos da pesquisa, 01 (um) acórdão[1017] já foi analisado quando da pesquisa do termo “LINDB”, já que contêm em sua ementa os dois termos pesquisados (“LINDB” e “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro”).

O Agravo de Instrumento nº 2119710-48.2021.8.26.0000, rel. Des. Wanderley José Federighi, 18ª Câmara de Direito Público, DJ. 25/07/2022, trata de recurso onde se questiona a aplicação do decidido nos Recursos Especiais Repetitivos nºs 1.110.551 e 1.111.202 - os quais reconheceram a legitimidade passiva tanto do possuidor (promitente comprador) do imóvel quanto do seu proprietário (promitente vendedor) por dívidas de IPTU – para os compromissos de compra e venda firmados antes da publicação das decisões judiciais pelo STJ.

O acórdão analisado afastou a aplicação do art. 23 da LINDB sob o argumento de que não foi estabelecida interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, já

[1017] TJSP - Apelação nº 0902440-13.2012.8.26.0037, rela. Desa. Maria Laura Tavares, 5ª Câmara de Direito Público, DJ. 21/11/2022.

que não houve o registro da alienação do bem na matrícula imobiliária, permanecendo a agravante como responsável solidária pelo pagamento do imposto.

Os Embargos de Declaração nº 1023685-21.2019.8.26.0562, rel. Des. Eurípedes Faim, 15ª Câmara de Direito Público, DJ. 19/05/2022, trata de recurso questionando a aplicação do art. 24 da LNDB, sob o fundamento de que à época do fato gerador do IPTU ora cobrado vigorava entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a imunidade recíproca se estenderia aos casos em que imóveis públicos estivessem cedidos a empresas privadas.

O acórdão afastou a aplicação do art. 24 da LINDB, fundamentando que não houve nas decisões do STF a modulação dos efeitos, que foi expressamente afastada, bem como o instituto da modulação foi engendrado para atender a situações de relevo social, o que não se vislumbra, uma vez debatido o alcance de incidência do IPTU considerada sociedade de economia mista, portanto, pessoa jurídica de direito privado, que explora atividade econômica direcionada ao lucro[1018].

O último acórdão analisado foi proferido na Apelação nº 0001529-70.2015.8.26.0441, rela. Desa. Maria Laura Tavares, 5ª Câmara de Direito Público, DJ. 07/02/2022. Trata de ação civil pública ajuizada por Município em face de Companhia de Saneamento Estadual (sociedade anônima de economia mista),

[1018] "Também não prospera a alegação de aplicação do artigo 24 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), o qual dispõe que: 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. Isso porque, conforme restou claro no v. acórdão, às fls. 405/406, não houve a modulação de efeitos das decisões proferidas nos Recursos Extraordinários nº 594.015-SP e 601.720-RJ: Não há que se falar, ainda, em modulação dos efeitos das decisões proferidas nos Recursos Extraordinários nº 594.015-SP e 601.720-RJ, pois tal alegação já foi afastada quando do julgamento dos embargos de declaração opostos contra os v. acórdãos proferidos: O instituto da modulação foi engendrado para atender a situações de relevo social, o que não se tem, uma vez debatido o alcance de incidência do IPTU considerada sociedade de economia mista, portanto, pessoa jurídica de direito privado, que explora atividade econômica direcionada ao lucro. [...]. O tributo, historicamente exigido pelo Município, deixaria de ser recolhido a partir da concessão de efeitos prospectivos à decisão, como se, em momento anterior, a incidência fosse incabível. Inverte-se a ordem de raciocínio para deixar de permitir a cobrança do imposto, previsto em lei vigente e não se tem notícia da mudança do quadro e declarado constitucional pelo Supremo. Seguindo pela modulação, a óptica desaguaria na presunção da inconstitucionalidade da norma enquanto não houvesse o pronunciamento do Tribunal sob o ângulo da repercussão geral. [...]. Dessa forma, o ato de haver visão conflitante com o decidido quando do julgamento ora embargado não impressiona. Caso contrário, como assentar a existência de inúmeras controvérsias suscitadas perante os Tribunais de origem, em especial neste caso, no qual versado recurso extraordinário formalizado pelo contribuinte em face de acórdão favorável à incidência do tributo? Entendo imprópria a modulação. (STF, Segundos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 594.015-SP, Plenário, Rel. Ministro Marco Aurélio, j. 12/04/2018)" (TJSP - Embargos de Declaração nº 1023685-21.2019.8.26.0562, rel. Des. Eurípedes Faim, 15ª Câmara de Direito Público, DJ. 19/05/2022).

objetivando a condenação à instalação de processo de filtração da água em determinados postos de cloração localizados no Município (art. 24, parágrafo único da Portaria do Ministério da Saúde nº 2.914/11), bem como à apresentação de relatórios mensais da qualidade da água captada em mananciais superficiais de determinada localidade e relatórios mensais da qualidade das águas, com análise laboratorial segundo as normas pertinentes.

Houve sentença de procedência em primeiro grau, determinando que a Companhia Estadual de Saneamento apresente projeto, elaborado por responsável técnico, de instalação e operação do sistema de filtração dos postos de captação e abastecimento da água em mananciais superficiais, com a apresentação de relatórios mensais da qualidade da água, com análise laboratorial segundo os parâmetros exigidos pela Portaria do Ministério da Saúde nº 2.914/11, bem como para condenar a instalar sistema de filtração dos postos de cloração indicados no prazo de 06 (seis) meses, sob pena de multa diária de R$ 5.000,00, limitada a R$ 500.000,00.

O acórdão analisado utilizou o art. 22 da LINDB para dar provimento ao recurso de Apelação e julgar a ação improcedente, já que há necessidade de considerar as dificuldades reais, as exigências das políticas públicas e as circunstâncias práticas que limitam e condicionam a ação, não sendo possível ao Poder Judiciário estipular um prazo para o término das obras executadas pelo Poder Público, existindo desnecessidade de apresentação de relatórios mensais da qualidade da água captada em mananciais superficiais com análise laboratorial em razão da qualidade da água

estar comprovada e havida como adequada para o consumo humano, com consequente fornecimento à população[1019].

2.12.6 Análise das decisões do ano de 2022 quanto ao termo-chave “13.655”

Pela análise quantitativa, dentro do período de 1º.01.2022 a 31.12.2022 pelo critério “data do julgamento”, foram localizados o total 04 acórdãos prevendo em sua ementa o termo-chave “13.655”. Desses acórdãos, 01 (um) é oriundo de Câmara de Direito Criminal[1020] e 01 (um) acórdão faz menção à Lei Municipal “13.655[1021]”. Esses dois acórdãos não foram objetos de análise.

[1019] “A ação deve ser improvida. A situação dos autos deve ser analisada de forma a considerar a concreta atuação da SABESP para a implantação do sistema de filtração e tratamento de água, da forma como comanda a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). A Lei nº 13.655/2018 introduziu artigos na LINDB como modo de coordenar a atuação dos órgãos de controle quanto aos atos administrativos. Especificamente, o artigo 22 da LINDB e seu § 1º dispõem (...) Logo, no caso, é latente a necessidade de se enfrentar a questão a partir da contextualização dos fatos e dos obstáculos e dificuldades reais da Administração Pública para a implementação da política pública ora suscitada. Não se discute a importância do adequado fornecimento de sistema de filtração e tratamento de água e esgoto à população do Município de Peruíbe, garantindo-lhes a assistência efetiva e resguardada pela Constituição Federal vigente (direito à saúde, artigo 6º, caput, Constituição Federal). Contudo, como impõe a LINDB e traduz a doutrina, as condições reais enfrentadas pela Administração Pública na inauguração da política pública não devem ser rejeitadas ou ignoradas para que seja emanado comando judicial a fim de substituir a ação estatal. Conforme bem pontuado pela SABESP ao longo do processo, a instalação do sistema de tratamento de água é complexa e demanda o enfrentamento de diversas etapas burocráticas, como a obtenção de licenças perante a Companhia Ambiental do Estado de São Paulo (CETESB), a realização de licitação com a celebração de contrato administrativo, nos moldes da Lei nº 8.666/93, o cumprimento e acompanhamento do cronograma de obras, entre outros. (...) Desse modo, ainda que se argumente pela demora na execução das obras e pela existência de defasagem no sistema de filtragem de água no Município em questão, fato é que o ordenamento jurídico contemporâneo demanda que os esforços do ente estatal para o implemento da política pública sejam levados em consideração, o que se traduz nos obstáculos encontrados pela Administração para a implementação de tal política: (...) Assim, não cabe ao Poder Judiciário fixar um prazo para que o Poder Público finalize obras públicas, notadamente quando há a comprovação da adoção de medidas efetivas para a implementação da política pública, diante da necessidade de considerar as dificuldades e entraves burocráticos reais enfrentados pelo agente público. (...) Note-se, ainda, que a alegação genérica de que a SABESP não tem apresentado relatórios conforme a Portaria nº 2.914/2011 e que a qualidade da água não atende aos padrões exigidos, não é suficiente para comprovar, por si só, as propriedades insatisfatórias da água fornecida aos munícipes, notadamente quando os documentos juntados aos autos demonstram que a requerida apresenta mensalmente os relatórios de controle da qualidade da água. Assim, a alegação do fornecimento de água fora do padrão regulamentar não se sustenta, visto que não foram demonstrados resultados insatisfatórios nas análises realizadas pela SABESP, de forma que não há que se falar no descumprimento das exigências técnicas fixadas pela Portaria nº 2.914/2011” (TJSP - Apelação nº 0001529-70.2015.8.26.0441, rela. Desa. Maria Laura Tavares, 5ª Câmara de Direito Público, DJ. 07/02/2022).

[1020] TJSP; Recurso em Sentido Estrito 0009777-75.2011.8.26.0405; Relator (a): Xisto Albarelli Rangel Neto; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Criminal; DJ. 10/10/2022

[1021] TJSP; Apelação Cível 1031020-78.2021.8.26.0576; Relator (a): Marcos Pimentel Tamassia; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público, DJ. 11/04/2022.

A Apelação nº 1000207-26.2022.8.26.0223, rel. Des. Vicente de Abreu Amadei, 1ª Câmara de Direito Público, DJ. 19/12/2022, trata de ação ordinária ajuizada por servidora pública aposentada que, no momento da concessão de sua aposentadoria, em 2018, incorporou na base de cálculo de seu benefício previdenciário a inclusão de valor que recebia a título de função gratificada. O Município, após três anos, anulou a incorporação da função gratificada aos proventos da aposentadoria.

O acórdão analisado, com base no art. 24 da LINDB, concluiu pela nulidade da redução unilateral dos proventos da servidora aposentada, em atenção ao princípio da segurança jurídica, já que o pagamento decorreu da incorreta interpretação da lei ao fato[1022].

A Apelação nº 0012530-15.2010.8.26.0510, rel. Des. José Maria Câmara Junior, 8ª Câmara de Direito Público, DJ. 22/06/2022, analisou o art. 24 da LINDB. Trata-se da aplicação ou não do art. 24 da LINDB quanto ao prazo prescricional da indenização por limitação administrativa em imóvel particular. O acórdão concluiu que não é possível utilizar o art. 24 da LINDB para sustentar o prazo prescricional vintenário ao invés do prazo quinquenal introduzido pela Medida Provisória nº 2.183/2001, já que não houve surpresa pela redução do prazo prescricional em razão

[1022] "Com todo o respeito à posição contrária, não há lógica alguma no ato praticado pela Administração. Alega erro, mas que erro houve senão o de interpretação da lei ao fato? Com efeito, nada obstante a possibilidade de a Administração rever seus próprios atos, autocontrole da legalidade dos atos administrativos (Súmulas 346 e 473 do STF), o exercício da autotutela é uma prerrogativa da Administração Pública, centrada no interesse público e na razão de ser dos próprios entes públicos (cumprir a lei), e não uma fórmula para gerar insegurança jurídica, segundo o sabor da mudança de rumo de interpretação jurídica. Ora, a pretensão de anulação do ato de concessão da incorporação em comento, não é resultante de fraude descoberta ou situação ilícita similar. Foi a Administração Pública quem, inicialmente, deferiu a aposentadoria à autora, com a incorporação das diferenças nos proventos dela, criando, assim, uma esfera econômico-alimentar de estabilidade em favor da servidora, que, agora, por sua mera mudança de rumo na interpretação e na aplicação do direito positivo, não se admite seja revisto: *dormientibus non succurrit jus*. (...) Neste quadro, torna-se imperativo homenagear o princípio da segurança jurídica, em favor da autora, evitando a supressão abrupta de pagamento da verba de feição alimentar, com sérios abalos para a subsistência. Neste sentido, aliás, é o teor do art. 24 da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (na redação que lhe deu a Lei Federal nº 13.655/2018): (...). Logo, é de se reconhecer a nulidade da referida redução unilateral dos proventos da autora, ante o prescrito no art. 24 da LIDB. Deste modo, a procedência da demanda, por ser medida que se impõe para a recomposição do justo, não invade a esfera própria da Administração, que deve, na via forçada judicial, ser reconduzida ao respeito ao princípio da estrita vinculação à legalidade" (TJSP - Apelação nº 1000207-26.2022.8.26.0223, rel. Des. Vicente de Abreu Amadei, 1ª Câmara de Direito Público, DJ. 19/12/2022).

do termo inicial do novo prazo (quinquenal), incidir a partir da publicação da respectiva medida provisória, sem retroatividade[1023].

[1023] "A autora alegou, por meio dos embargos de declaração acolhidos por essa Câmara, que o prazo prescricional quinquenal somente poderia ter início com a inclusão do parágrafo único do artigo 10 do Decreto-lei n. 3.365/41. Partindo dessa premissa, é certo que esse prazo passou a vigorar em 24.08.2001, data em que a MP 2.183-56/2001 foi publicada, criando o prazo prescricional. Isso significa que, por esse prisma, a pretensão foi fulminada em 24.08.2006. Disso se extrai a não aplicação do artigo 24 da Lei n. 13.655/2018 para prevalência do prazo vintenário, pois o novo prazo somente teve início com a vigência da nova lei, exatamente como postulado pela autora que buscava o afastamento de adoção de entendimento surpresa" (TJSP, Apelação nº 0012530-15.2010.8.26.0510, rel. Des. José Maria Câmara Junior, 8ª Câmara de Direito Público, DJ. 22/06/2022).

3 CRITÉRIOS OBJETIVOS E LIMITES DO CONSEQUENCIALISMO NA MOTIVAÇÃO DA DECISÃO ADMINISTRATIVA DO ART. 20 DO DECRETO-LEI Nº 4.657/1942

A Lei nº 13.655/2018 trouxe ao direito público brasileiro uma forte inclinação pragmática, em especial pela previsão do consequencialismo trazido pelo art. 20 da LINDB.

Muitos sustentam que houve a introdução legislativa do pragmatismo jurídico no Direito Administrativo em razão da previsão da observância das "consequências práticas" da decisão pública[1024], o que atrairia uma das características essenciais do pragmatismo: o consequencialismo. Pelo consequencialismo a correção ou incorreção de uma conduta é verificada a partir das consequências práticas que ela produz ou deixa de produzir.

Esse entendimento de constitucionalização do pragmatismo no Direito Administrativo brasileiro é reforçado pelo caráter transversal da Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro, que consiste em meta-norma no sentido de perpassar o ordenamento jurídico na condição de norma interpretativa/aplicativa de outras normas, o que induziria à conclusão de que o pragmatismo ultrapassaria a discussão teórica/filosofia de instrumentalização de uma teoria de decisão e passaria para a condição dogmática, na qualidade de elemento da motivação da decisão pública.

O consequencialismo proposto, contudo, traz consigo alguns problemas em sua aplicação. Um desses problemas, extremamente relevante, é a ausência de limites normativos quanto ao consequencialismo previsto art. 20 da LINDB.

Se a intenção da mudança legislativa, como constou em suas justificativas, é promover maior segurança jurídica na aplicação do Direito Público, os limites do consequencialismo – e da discricionariedade do decisor em considerá-las - são

[1024] Reforçando a importância do estudo das premissas do pragmatismo, a Resolução nº 75 de 12/05/2009 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), alterada pela Resolução nº 423 de 5.10.2021, estabeleceu dentre as matérias relacionadas no concurso de ingresso na carreira da magistratura do Poder Judiciário nacional, no campo de noções gerais de Direito e formação humanística (anexo VI), o pragmatismo, a análise econômica do Direito e Economia comportamental ("Função judicial e pragmatismo. Antifundacionalismo. Contextualismo. Consequencialismo. Racionalismo e Empirismo. Dialética. Utilitarismo. Análise econômica do direito. Conceitos fundamentais. Racionalidade econômica. Eficiência processual. Métodos adequados de resolução de conflitos e acesso à Justiça. Demandas frívolas e de valor esperado negativo. Precedentes, estabilidade da jurisprudência e segurança jurídica. Coisa Julgada. Economia comportamental. Heurística e vieses cognitivos. A percepção de Justiça. Processo cognitivo de tomada de decisão").

elementos essenciais para a garantia de que a decisão pública promoverá maior segurança jurídica ao invés de fomentar maior insegurança jurídica.

O art. 20 não é necessariamente inovador[1025]. As consequências práticas já são consideradas na própria legislação, sendo naturalmente deônticas[1026]. Por isso as consequências normalmente naturalmente constam em sua maioria como sanções. Os princípios – na condição de principais "valores jurídicos abstratos" - também são finalísticos, pois, mesmo que mais abertos por sua natureza de diretriz (normogenética fundamentante [1027]) do que as regras, também são direcionados – como as regras - para fins concretos a serem realizados dentro do sistema jurídico positivo.

O art. 20 da LINDB, por sua estrutura normativa, poderia ser regularmente integrado no direito positivo brasileiro como um dos incisos constantes do art. 489 do CPC.

Questões relevantes emanam dos contornos jurídicos do juízo de prognose do decisor quanto às consequências jurídicas de sua decisão. Quais as consequências práticas deverão ser observadas? Por exemplo, acaso existam consequências econômicas, sociais, ambientais, morais ou políticas em conflito, qual prevalecerá? Serão necessários pelo decisor a criação de níveis de impacto ou relevância de consequências para graduação de qual será observada?

E qual será a extensão da cadeia das consequências práticas e sua relação de causalidade recíproca? A assimetria da prognose – que é naturalmente incerta por se

---

[1025] Em que pese a grande valia da previsão expressa da observância das consequências práticas.

[1026] "Todos os nossos direitos jurídicos – no direito constitucional como no direito privado – surgiram originalmente como respostas práticas a problemas mais concretos. Essa é uma das razões pelas quais variam de época para época e de jurisdição para jurisdição" (HOLMES, Stephen e SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**: Por que a liberdade depende dos impostos. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. p. 189).

[1027] "Grau de abstracção: os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida. Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação directa. Carácter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza estruturante ou com papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito). Proximidade da ideia de direito: os princípios são standards juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça (Dworkin) ou na ideia de direito (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional. Natureza normogenéticaa: os princípios são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante" (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1.160/1.161).

tratar de antecipação de fatos futuros – permite o exercício de posterior controle da prognose?

O consequencialismo deverá se diferenciar de mera especulação justificativa ou vontade do decisor. O juízo de prognose não pode ser simplesmente intuitivo ou decorrer de mera escolha ou tentativa de adivinhação do decisor, pois estará despida de previsibilidade. Observação de variáveis, inferências e temporalidade das causas de forma empírica e tecnicamente justificadas são importantes para que se evite argumentos falaciosos embutidos em um senso comum sem base empírica ou real. Há necessidade de diferenciar argumentos históricos empíricos de argumentos meramente retóricos ou casuísticos, sopesando-se a tipologia de interferências passíveis de influência.

Essas questões implicam no necessário estudo e aperfeiçoamento de o critérios objetivos-normativos quanto aos limites da extensão das consequências práticas do art. 20 da LINDB. Evita-se uma ampliação da discricionariedade do decisor, que provocaria maior insegurança jurídica - por sua imprevisibilidade -, ao invés de combatê-la. São necessários, portanto, que se estabeleça critérios objetivos-normativos que regule a escolha das consequências práticas.

3.1 Art. 20: valores jurídicos abstratos, consequencialismo, realidade impositiva ao decisor, possíveis alternativas e proporcionalidade

Desde o início, mesmo na fase de projeto de lei, a redação do art. 20 pode ser considerada a alteração promovida pela Lei nº 13.655/2018 que mais discussão provocou no meio jurídico brasileiro[1028].

Apesar dessa polêmica, não se trata de disposição inteiramente inovadora no ordenamento jurídico brasileiro, pois o art. 489, § 1º, inciso II do CPC já dispõe que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que empregar conceitos jurídicos indeterminados (termos

[1028] O Ministro do Superior Tribunal de Justiça Herman Benjamin, palestrando sobre o art. 20, mencionou que “esse dispositivo não será aplicado por nós juízes”, já que necessita de uma interpretação conforme à Constituição para não representar um retrocesso enorme na pauta da cidadania brasileira (BENJAMIN, Antonio Herman. Seminário Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - Parte 2. **Youtube**, 10 abril 2019. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=EMZjSzlonoI. Acesso em: 20 jul 2023).

indeterminados de conceito[1029]), sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso.

Por "motivo concreto", entenda-se também embutida a análise das consequências práticas da decisão. O art. 15 do CPC permite que na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições do próprio CPC sejam aplicadas supletiva e subsidiariamente.

O art. 20, *caput* da LINDB estabelece que nas esferas administrativa, controladora e judicial[1030], não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Seu parágrafo único prevê que a motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa[1031], inclusive em face das possíveis alternativas[1032].

A disposição acerca de valores jurídicos abstratos no art. 20 abrange qualquer conceito jurídico cujo conteúdo se apresenta dotado de forte grau de abstração, incerteza e indefinição em seus e expressões fundantes[1033]. Na realidade, a depender da teoria hermenêutica/filosófica adotada, todos os são em razão da norma, em que

---

[1029] Como bem ensina Eros Roberto Grau, não existem "conceitos indeterminados", já que a indeterminação não é do conceito (já que se é indeterminado não é conceito, que é sempre determinado por um conjunto de ideias), mas de suas expressões (termos), sendo correto aludir a termos indeterminados de conceitos e não conceitos indeterminados (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.238), sendo que "se é indeterminado o conceito, não é conceito. O mínimo que se exige de uma suma de ideias, abstrata, para que seja um conceito, é que seja determinada. (...) Se o conceito não for, em si, uma suma determinada de ideias, não chega a ser conceito" (GRAU, Eros. **O Direito posto e o Direito Pressuposto**, 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 194).

[1030] Enunciado nº 01 da 1ª Jornada de Direito Administrativo do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo de 2019: "As expressões 'esfera administrativa, controladora e judicial' contidas na LINDB abrangem o exercício de todas as funções estatais que envolvam aplicação do ordenamento jurídico" (IBDA. Enunciados do IBDA sobre a interpretação da LINDB. **Fórum Administrativo** – FA, Belo Horizonte, ano 19, n. 221, p. 167-168, jul. 2019. p. 167).

[1031] "Nessa senda exegética, o dever de motivação resulta devidamente enraizado, pois a não-fundamentação, apesar da presunção (cada vez mais) relativa de legitimidade dos atos administrativos, traduz-se como suficiente motivo, na maior parte das vezes, para o impositivo dever de decretar a nulidade e em muitas situações não se deveria hesitar em reconhecer que se trata de causa decisiva para a decretação da nulidade absoluta" (FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**, 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.421).

[1032] Enunciado nº 03 da 1ª Jornada de Direito Administrativo do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo de 2019: "A abertura a distintas 'possíveis alternativas', prevista no parágrafo único do art. 20, é imposta a todos os destinatários da LINDB. Os controles administrativo e judicial devem considerar o cenário vivenciado pela Administração ao tempo da decisão ou opinião, reservando-se a possibilidade de indicação pelo controlador, sem juízo de invalidação ou reprovação, de alternativas administrativas mais adequadas para o futuro" (IBDA. Enunciados do IBDA sobre a interpretação da LINDB. **Fórum Administrativo** – FA, Belo Horizonte, ano 19, n. 221, p. 167-168, jul. 2019. p. 167).

[1033] ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**, 8ª ed. Tradução de J. Baptista Machado. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2001. p. 205/214.

pese uma maior definição semântica quanto às regras jurídicas, nunca ser necessariamente unívoca[1034].

O art. 3º, § 1º do Decreto nº 9.830/2019, considera valor jurídico abstrato como aquele previsto em normas jurídicas com alto grau de indeterminação e abstração[1035].

Os termos indeterminados dos conceitos carregam em si mesmos uma ambiguidade reflexiva consistente de ao mesmo tempo em que sua abstração e generalidade são essenciais para regulamentação de uma sociedade complexa, constantemente em mutação e onde a legislação se mostra incapaz de acompanhar a evolução, também geram, consequentemente, problemas quanto a segurança jurídica de sua aplicação no que tange à previsibilidade e estabilidade pela ampliação da discricionariedade de sua aplicação:

> Na verdade, o conceito em si não é indeterminado, como conceito, pois é possível expressar verbalmente o seu significado. O que ocorre é a impossibilidade de identificar a priori todas as situações que se enquadram na fórmula. Mas, no momento em que uma situação ou fato aí se enquadram, efeitos ou consequências jurídicas ocorrem. Algumas correntes se formaram para explicar os vínculos entre os conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade. Segundo um entendimento, não haveria discricionariedade quando o legislador usasse uma fórmula ampla, pois isso levaria a uma única solução, sem margem de escolha. Em linha oposta, diz-se que a presença de um "conceito indeterminado" leva necessariamente ao exercício do poder discricionário. Melhor parece considerar que o direito sempre utilizou tais fórmulas amplas, mesmo no direito privado, sem que fossem necessariamente associadas a poder discricionário. Havendo parâmetros de objetividade para enquadrar a situação fática na fórmula ampla, ensejando uma única solução, não há falar em discricionariedade[1036].

Na verdade, o problema da segurança jurídica está mais no intérprete/aplicador do que no próprio termo indeterminado do conceito, que tem utilidade - inclusive de viés pragmático – como uma espécie de guarda-chuva de alcance/abrangência para

---

[1034] "A ainda predominante compreensão da norma como comando pronto, juntamente com seu contexto positivista, corre igualmente risco de confundir norma e texto normativo; ou então de partir do princípio de que o teor de validade da disposição legal seria fundamentalmente adequado e estaria suficientemente presente no texto literal, ou seja, seria dado com a forma linguística da disposição" (MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do direito**, 3ª ed. Tradução: Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 187).

[1035] Enunciado nº 06 da 1ª Jornada de Direito Administrativo do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo de 2019: "A referência a 'valores jurídicos abstratos' na LINDB não se restringe à interpretação e aplicação de princípios, abrangendo regras e outras normas que contenham conceitos jurídicos indeterminados. (IBDA. Enunciados do IBDA sobre a interpretação da LINDB. **Fórum Administrativo** – FA, Belo Horizonte, ano 19, n. 221, p. 167-168, jul. 2019. p. 167).

[1036] MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**, 21ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 109.

concretização dos direitos fundamentais, permitindo a reconfiguração/ressignificação permanente pelos seus intérpretes[1037].

Buscou-se um contrapeso no uso excessivo de princípios e valores jurídicos como fundamentos retóricos exclusivos das decisões públicas, tentando-se minimizar efeitos práticos nocivos decorrentes da inobservância, no ato decisório, dos efeitos práticos derivados dessa decisão, buscando-se, com isso, garantir maior segurança jurídica[1038]:

> A aplicação do direito pressupõe o processo de interpretação. Verifica-se, desta forma, que a interpretação dos dispositivos legais acarreta a produção de normas jurídicas. A interpretação é o caminho; a norma é o ponto de chegada. A partir do pragmatismo, a interpretação dos dispositivos legais funciona como ponte entre a abstração do texto legal e o contexto fático, em busca da maior efetividade do ordenamento jurídico[1039].

Tem-se, com isso, o intuito de maior densificação dos princípios jurídicos utilizados no ato decisório, incluindo maior observância das regras jurídicas que originaram ou incidem sobre o princípio utilizado como fundamento decisório

O abuso da principiologia dissociada de regras jurídicas incidentes[1040] ou sem contrabalancear sua aplicação se tornou comum no ordenamento jurídico brasileiro[1041]. A extensão do conceito de princípio se tornou tão problemática quanto o próprio conceito de Direito[1042].

[1037] HABERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. **A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 36/40.

[1038] "No âmbito da prestação jurisdicional, isso se traduziu no uso descontrolado dos princípios como um atalho na hermenêutica jurídica, comprometendo o rigor, a técnica e a segurança em várias áreas do Direito. No direito administrativo, embaralharam-se os conceitos de interesse público primário e secundário, a pretexto de proteger o erário" (NEUSTEIN, Fernando Dantas Motta. Direito e incerteza. **Jornal Estado de São Paulo**, 15 ago. 2023, Caderno Espaço Aberto. p. A6).

[1039] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A releitura do Direito Administrativo à luz do pragmatismo jurídico. **Revista de Direito Administrativo**, v. 256, p. 129–163, 2011. p. 131.

[1040] "Seja como for, somente regras ditam resultados. Quando se obtém um resultado contrário, a regra é abandonada ou mudada. Os princípios não funcionam dessa maneira; eles inclinam a decisão em uma direção, embora de maneira não conclusiva" (DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 57).

[1041] "Em síntese: a invocação retórica dos princípios como nova panaceia para os problemas constitucionais brasileiros, seja na forma da absolutização de princípios ou na forma da compulsão ponderadora, além de implicar em um modelo simplificador, pode servir para o encobrimento estratégico de práticas orientadas à satisfação de interesses avessos à legalidade e à constitucionalidade e, portanto, à erosão à continuada da força normativa da Constituição" (NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: Princípios e Regras Constitucionais. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 196).

[1042] TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. **Decisão judicial e o conceito de princípio**. A hermenêutica e a (in)determinação do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 227.

Mesmo superada a questão sobre a força normativa dos princípios[1043], que ao lado das regras jurídicas possuem normatividade[1044], tem-se ainda candentes diferentes questões que envolvem a sua aplicação[1045] (dimensão e conteúdo), sua extensão[1046] e até mesmo sua criação sem base dogmática alguma[1047], em exercício de justificativa criativa-retórica. Seguem-se críticas a teoria dos princípios (mandados de otimização[1048]) e regra de ponderação[1049] (proporcionalidade) desenvolvidas por Robert Alexy, em razão de sua abertura para uma racionalidade *ad hoc* (casuística[1050]), sem redução do valor surpresa para decisões futuras[1051] e conducente ao enfraquecimento da própria Constituição Federal, bem como críticas

[1043] KARAM DE CHUEIRI, Vera; MOREIRA, Egon Bockmann, CÂMARA, Heloisa Fernandes e GUALANO DE GODOY, Miguel. **Fundamentos de Direito Constitucional**: novos horizontes brasileiros, 2ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2022. p. 247-254.

[1044] GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**, 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.49.

[1045] DWORKIN, Ronald. **Império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 305/308.

[1046] "Para que, no debate jurídico, os princípios não sirvam como aras de espertos e preguiçosos é preciso impor, a quem os emprega, os ônus que lhes são inerentes" (SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros, 2012. P.70).

[1047] "No Brasil, a concepção de princípios como abertura interpretativa passou a representar um modo de justificar o voluntarismo judicial a partir de um critério 'jurídico', que permite certa liberdade aplicativa. Ocorre que, no fundo, a mera atribuição do nome 'princípio' a algo apenas serviu para garantir aparência de juridicidade, constituindo verdadeiro álibi retórico. O grande problema é que a comunidade jurídica passou cada vez mais a lançar mão do nome 'princípio' para justificar decisões discricionárias. Isso provocou uma fragmentação na aplicação judiciária, o que me levou a cunhar a expressão pamprincipiologismo para designar esse fenômeno, que se transformou em uma verdadeira fábrica de princípios" (STRECK, Lênio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito, 2ª ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p. 254)

[1048] "Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes" (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90). No mesmo sentido: (LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da Decisão Judicial: fundamentos de Direito*, 2ª ed. Tradução: Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 126).

[1049] ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica, 3ª ed. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.220/279.

[1050] "Permito-me ser repetitivo: a ponderação – nos termos propalados por seu criador, Robert Alexy – não é uma operação em que se colocam os dois princípios em uma balança e se aponta para aquele que '(só) pesa mais' (sic), algo do tipo 'entre dois princípios que colidem, o intérprete escolhe um' (sic). Nesse sentido é preciso fazer justiça a Alexy: sua tese sobre a ponderação não envolve essa escolha direta. Importante anotar que no Brasil, os tribunais, no uso descriterioso da teoria alexyana, transformaram a regra – sim, é uma regra – da ponderação em um princípio. Com efeito, se na formatação proposta por Alexy a ponderação conduz à formação de uma regra – que será aplicada ao caso por subsunção – os tribunais brasileiros utilizam esse conceito como se fosse um posicionamentos mais diversos (o chamado ' caso Ellwanger' é uma boa amostra disso)"(STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 287).

[1051] NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: Princípios e Regras Constitucionais. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 197/220.

acolhendo essa teoria, desde que bem utilizada (dissociada de uma prática vulgar) e pautada em precedentes[1052].

Na prática jurídica brasileira, é comum a utilização vulgarizada de princípios/valores "padrão ouro", que pela grande abstração na definição de seu conteúdo normativo em face do caso concreto, servem de guarda-chuva retórico para exposição de mera escolha pessoal do decisor, contrariando normas (especialmente regras) e não observando as consequências reais do exercício decisório[1053].

São exemplos típicos a utilização descontextualizada dos efeitos práticos da decisão - que não necessariamente são equivocados - quanto à fundamentação baseada na dignidade da pessoa humana[1054], na prevenção e na precaução em

[1052] "Contudo, não há, na teoria dos princípios, nenhum elemento que limite a argumentação apenas ao caso sub judice, tampouco alguma característica refratária ao uso de precedentes judiciais. A reiterada menção aos precedentes por toda obra de Alexy e de outros adeptos de sua teoria dos princípios é uma clara evidência disso. Como já afirmei em outra oportunidade: insegurança jurídica está intimamente ligada à ideia de decisão ad hoc, algo que ocorre quando não há controle social, independente do método de interpretação e aplicação do direito e da teoria que subjaz a esse método" (AFONSO DA SILVA, Virgílio. O supremo tribunal precisa de Iolau: resposta às objeções de Marcelo Neves ao sopesamento e à otimização. **Direito UnB** - Revista de Direito da Universidade de Brasília, v. 2, n. 1, p. 96–118, 2016. p. 110)

[1053] "É duvidoso que um texto normativo fechado, por mais preciso e bem formulado, seja capaz de evitar que os juízes criem exceções com o fim de adaptá-lo aos casos concretos que tiverem diante de si". (RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes? Para uma crítica do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 208).

[1054] "No caso brasileiro, a invocação retórica da dignidade humana para afastar, em nome da justiça 'inerente' a esse princípio, regras constitucionais precisas pode, embora isso pareça estranho, servir precisamente ao contrário: a satisfação de interesses particularistas incompatíveis com os limites fixados pela ordem jurídica às respectivas atividades" (NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: Princípios e Regras Constitucionais. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 194).

matéria ambiental, na proteção ao melhor interesse da criança[1055], na modicidade tarifária, na supremacia do interesse público, na presunção de legitimidade dos atos estatais, na proporcionalidade[1056] (aqui no sentido de justiça moral) e na ponderação, somente para se restringir a alguns exemplos mais comumente conhecidos.

O art. 20 não impede que a decisão se fundamente em princípios ou valores jurídicos abstratos, mas dispõe, que ao fazê-lo, deve-se observar as consequências práticas dessas decisões[1057], buscando trazer maior realidade concreta ao ato decisório fundamentado em interpretação dotada de maior abstração e teorização retórica:

[1055] Processual Civil. Constitucional. Tutela Provisória De Urgência. Estrangeiro. Reunião Familiar. Pedido De Autorização De Viagem Por Cidadão Do Haiti. Ingresso De Filha Menor No Território Nacional, Por Via Aérea, Independentemente De Visto. Extrema Vulnerabilidade. Princípio Da Dignidade Da Pessoa Humana. Agravo De Instrumento Provido. "A questão posta nos autos diz respeito à permissão de entrada de estrangeiro no Brasil, por via aérea, sem apresentação de visto. (...) É sabido que a máxima da proporcionalidade encontra-se implicitamente consagrada na atual Constituição Federal e costuma ser deduzida do sistema de direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito, bem como da cláusula do devido processo legal substantivo. (...). Tendo em vista a presença de menor impúbere no polo ativo da ação, atrai-se também a aplicação da doutrina da proteção integral, inaugurada com a nova ordem constitucional, pela qual assegura-se às crianças e adolescentes o direito à convivência familiar e seu reconhecimento enquanto pessoa em condição peculiar de desenvolvimento, nos termos do art. 227 da Constituição Federal de 1988. Acrescenta-se que privação do convívio familiar, ainda que temporária, imposta a criança e adolescente prejudica sua formação pessoal, enfraquece os laços afetivos, e intensifica o risco de abandono paterno, hipóteses que não podem ser desconsideradas, especialmente em juízo de cognição sumária, em face do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, previsto na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (incorporada pelo Decreto Legislativo 99.710/90). (...) É coerente e proporcional, portanto, que se imponha, no caso concreto, a mitigação da rigidez burocrática procedimental, por razões humanitárias e em prol da reunião de integrantes do mesmo grupo familiar, em situação de extrema vulnerabilidade. Em cotejo aos valores sociais em disputa, é certo que risco da irreversibilidade da demanda se instaura, de maneira muito mais severa, em desfavor dos indivíduos, do que em relação ao Poder Público. (TRF 3ª Região AI nº 5025658-81.2021.4.03.0000/SP, Terceira Turma, Relator Des. Antonio Cedenho, DJ 04/02/2022).

[1056] "Como se sabe, no Brasil, a aplicação da proporcionalidade tornou-se uma vulgata. Essa vulgata nasceu na doutrina pátria que importou, parcialmente, a teoria de Alexy e piorou quando os tribunais passaram a utilizar o argumento da proporcionalidade sem qualquer tipo de critério. A partir de então, proliferaram-se os trabalhos que se utilizam do 'princípio' da proporcionalidade na condição de suporte central da tese para o desenvolvimento científico-jurídico dos mais diversos direitos fundamentais" (TRINDADE, André Karam e STRECK, Lenio Luiz. Alexy e os problemas de uma teoria jurídica sem filosofia. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2014-abr-05/diario-classe-alexy-problemas-teoria-juridica-filosofia. Acesso: 20 julho 2023).

[1057] "Ao contrário do que alguns críticos andaram dizendo, a norma não mandou desprezar as regras jurídicas e analisar consequências. Tratou de coisa bem diversa: das decisões construídas a partir de princípios abertos. E o que ela disse? Que o juízo de adequação jurídica de tais decisões não pode se limitar à análise da compatibilidade lógica entre seu conteúdo e os valores jurídicos que a autoridade quer proteger. Para o art. 20 da nova LINDB, o juízo tem de ir mais longe, testando ainda a adequação das consequências prováveis das decisões. Isso não é simples, como acadêmicos vêm apontando. Mas é vital. A função pública não é para ser fácil" (SUNDFELD, Carlos Ari. Consequências importam? Pesquisa inédita sugere que o art. 20 da nova LINDB pôs o dedo na ferida. **Portal Jota**. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/consequencias-importam-18042023. Acesso em: 20 jun 2023).

> Decisão com base em valores jurídicos abstratos: Ônus de argumentar pela consequência prática. Trata-se dos casos em que o controlador não se apoia em regras, mas em princípios ou conceitos jurídicos indeterminados para extrair comandos concretos sem previsão normativa explícita. Insere-se aqui também a teoria dos poderes implícitos. Os controladores poderão continuar a decidir com base nos princípios da administração pública, mas terão que considerar as consequências práticas de sua decisão. Ônus de motivar qualificadamente, também no caso em que se decidir com base em valores jurídicos abstratos, inclusive a invalidação. Uma motivação qualificada apresenta, de acordo com a Lei no 13.655/ 2018, os seguintes elementos: (1) adequação da medida controladora — ela cabe no caso concreto? (2) identificação das alternativas — quais são as possibilidades de resolução do caso concreto?; e (3) necessidade da medida — na comparação, ela é a menos onerosa? Trata-se da explicitação do teste da proporcionalidade com a adaptação de suas fases ao contexto do controle da ação administrativa[1058].

Destaque-se que o art. 20 da LINDB não prevê que o decisor deverá observar *somente* as consequências práticas de sua decisão. Ele prevê que *também* deverá considerá-las, mas sem exclusão da observância das demais regras e princípios[1059] incidentes sobre o ato decisório, como, por exemplo, a proporcionalidade, razoabilidade e dignidade da pessoa humana[1060] (art. 8º do CPC), estabilidade,

---

[1058] BONACORSI DE PALMA, Juliana. Segurança jurídica para a inovação pública: a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei no 13.655/2018). **Revista de Direito Administrativo**, v. 279, n. 2, p. 209–249, 2020. p.229/230.

[1059] Fredie Didier Júnior, apoiado na doutrina de Humberto Ávila quanto à classificação das normas jurídicas em regras, princípios e postulados hermenêuticos (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, 21ª ed. São Paulo: Malheiros/Juspodivm, 2022. p.169/189), sustenta a existência do "postulado interpretativo da unidade do Código de Processo Civil", com o escopo de harmonizar os dispositivos do CPC pela sua interpretação como uma unidade (DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento, 21ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2019. p. 187).

[1060] "A dignidade da pessoa humana é um valor moral que, absorvido pela política, tornou-se um valor fundamental dos Estados democráticos em geral. Na sequência histórica, tal valor foi progressivamente absorvido pelo Direito, até passar a ser reconhecido como um princípio jurídico. De sua natureza de princípio jurídico decorrem três tipos de eficácia, isto é, de efeitos capazes de influenciar decisivamente a solução de casos concretos. A eficácia direta significa a possibilidade de se extrair uma regra do núcleo essencial do princípio, permitindo a sua aplicação mediante subsunção. A eficácia interpretativa significa que as normas jurídicas devem ter o seu sentido e alcance determinados da maneira que melhor realize a dignidade humana, que servirá, ademais, como critério de ponderação na hipótese de colisão de normas. Por fim, a eficácia negativa paralisa, em caráter geral ou particular, a incidência de regra jurídica que seja incompatível — ou produza, no caso concreto, resultado incompatível — com a dignidade humana" (BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. **Interesse Público** – IP, Belo Horizonte, ano 14, n. 76, p. 29-70, nov./dez. 2012. p. 58).

integridade e coerência (art. 926, *caput* do CPC), ponderação e boa-fé (art. 489, §§ 1º e 3º do CPC)[1061].

O decisor deverá adotar um juízo de proporcionalidade devidamente descrito em sua motivação (necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa), atentando-se, inclusive, a possíveis alternativas.

O art. 3º, *caput* do Decreto nº 9.830/2019 reforça a possibilidade de decisão com base exclusivamente em valores jurídicos abstratos, mas desde observadas as consequências práticas dessa decisão e que ela seja motivada com a contextualização dos fatos, indicando-se os fundamentos de mérito e jurídicos analisados de forma argumentativa apta a demonstrar a congruência entre normas e fatos, indicando as normas, a interpretação jurídica, a jurisprudência ou a doutrina que a embasaram (art. 2º, §§ 1º e 2º do Decreto nº 9.830/2019).

A motivação poderá ser constituída por declaração de concordância com o conteúdo de notas técnicas, pareceres, informações, decisões ou propostas que precederam a decisão[1062] (art. 2º, § 3º do Decreto nº 9.830/2019 e art. 50, § 1º da Lei nº 9.784/1999).

[1061] "O art. 20 da LINDB funciona como mais um parágrafo do art. 489 do CPC, seja porque estabelece mais um postulado normativo (tal como os §§2º e 3º do art. 489), seja porque estabelece mais uma situação em que a fundamentação pode ser considerada deficiente (tal como o §1º do art. 489) – nesse sentido, inclusive, o desatendimento do disposto no parágrafo único do art. 20 da LINDB é omissão apta a ensejar a oposição de embargos de declaração, nos termos do art. 1.022, II, par. ún., II, do CPC" (DIDIER JÚNIOR, Fredie e ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, Rafael. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, nº 73, jul./set. 2019. p. 115-132. p. 124).

[1062] Enunciado nº 02 da 1ª Jornada de Direito Administrativo do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo de 2019: "A motivação exigida pelo parágrafo único do art. 20 da LINDB poderá se dar por remissão a orientações gerais, precedentes administrativos ou atos normativos. A possibilidade de motivação por remissão, contudo, não exime a Administração Pública da análise das particularidades do caso concreto, inclusive para eventual afastamento da orientação geral" (IBDA. Enunciados do IBDA sobre a interpretação da LINDB. **Fórum Administrativo** – FA, Belo Horizonte, ano 19, n. 221, p. 167-168, jul. 2019. p. 167).

Há o risco, evidente, quanto ao uso meramente retórico da indicação das consequências práticas[1063], esvaziando a normatividade do art. 20. Esse risco se escora em entendimentos já existentes quanto à motivação de decisões judiciais, como, por exemplo, a tese fixada no Tema nº 399 de repercussão geral[1064], que estabelece que o art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão.

Se por um lado esse entendimento prestigia a racionalidade e a segurança jurídica, especialmente quanto à diminuição do tempo do trâmite processual e quanto ao uso de precedentes, onde se entende pela desnecessidade de maior fundamentação[1065], tem-se que esse relativismo pode ser utilizado como forma a atenuar indevidamente a consistência do ônus de motivar e fundamentar do decisor[1066], onde a fundamentação sucinta (que não se confunde com a sua ausência), pode ser indevidamente conceituada sem qualquer parâmetro concreto:

> Já de há muito precisamos falar sobre a fundamentação das decisões. Porque fundamentação não é mera formalidade. Ou mera faculdade. Tampouco é ornamentação. (...) Comecemos pelo menor dos problemas: a dispensa de que os fundamentos sejam corretos. Parece estranho. A formulação da 'tese' do Supremo já é problemática. Sim, os fundamentos

[1063] "O art. 20, caput, não traria dever real de medição das consequências práticas da decisão, mas dever de utilização de uma retórica de consequências. Desse modo, o comando não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem medir as consequências práticas da decisão seria lido como não se decidirá sem incorporar, à gramática da decisão, alguma cogitação sobre consequências práticas. Aqui, a norma não gera controle da decisão, mas provoca a alteração do estilo da decisão. Este cenário, que não é transformador, é provável porque, em certa medida, já é realidade" (SANTOS DE MENDONÇA, José Vicente. Dois futuros (e meio) para o projeto de lei do Carlos Ari. In: SANTOS DE MENDONÇA, José Vicente e LEAL, Fernando (org.). **Transformações do direito administrativo**: consequencialismo e estratégias regulatórias. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016. p.33).

[1064] STF, AI 791292 QO-RG, Relator(a): Gilmar Mendes, julgado em 23/06/2010.

[1065] Enunciado 12 da I Jornada de Direito Administrativo do Conselho da Justiça Federal (CJF): A decisão administrativa robótica deve ser suficientemente motivada, sendo a sua opacidade motivo de invalidação.

[1066] "A despeito de se proporem a combater essa preguiça, a LINDB e a linguagem realista podem ser vítimas do mesmo mal que pretendiam curar: nada, a não ser a própria comunidade jurídica, impede que as exigências da lei sejam desnaturalizadas por administradores e por juízes inocentes ou mal-intencionados, tornando-se mais um instrumento da ineficiência e da arbitrariedade (mesmo que haja ferramentas com potencial de combater essas características). Por isso mesmo, é preciso estarmos atentos aos riscos associados à instrumentalização ou ao mau uso de considerações empíricas — inevitavelmente, eles se materializarão. Cabe a nós, academia, profissionais, agentes públicos, opinião pública, corrigir eventuais descaminhos" (TOSTA, André Ribeiro. Realismo e a LINDB: amor à primeira vista? In: SANTOS DE MENDONÇA, José Vicente e LEAL, Fernando (org.). **Transformações do Direito Administrativo**: Direito Público e regulação em tempos de pandemia. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2020. p. 129-156. p. 148).

> precisam ser corretos. Ou isto, ou se quer dizer que basta fazer um enfrentamento *pro forma* e estará concluída a tarefa de fundamentar. Ou não foi isso que o Tribunal quis dizer? (...) Mas entendo as razões pelas quais esse problema existe. Ele decorre da ausência de uma discussão teórica sobre critérios de decisão. O direito brasileiro, amparado por uma dogmática criterialista que se resume a reprodução de um subjetivismo que se mistura com realismo jurídico (tese inegavelmente dominante nas práticas jurídicas e aceita pela doutrina), parece que abriu mão de qualquer possibilidade de que se discuta e exija uma ideia de objetividade epistemológica sobre respostas adequadas ou inadequadas. Ao contrário: mesmo diante da exigência legal de exame dos fundamentos alegados pelas partes (artigo 489, parágrafo 1º, I-VI), os Tribunais redefinem a dicção original do dispositivo e dispensam tal exame, tornando desimportante se a parte aponta incorreção da decisão[1067].

Entretanto, somente será possível vislumbrar a concretização ou não desse cenário quanto ao art. 20 com o desenvolvimento jurisprudencial e doutrinário desenvolvido ao longo dos próximos anos, especialmente em razão do período curto da vigência da alteração.

Percebe-se que o art. 20 da LINDB, na verdade, introduziu novos elementos ao ato administrativo decisório proferido com base em valores jurídicos abstratos, quais sejam: a observância das consequências práticas da decisão, a proporcionalidade, razoabilidade e a observância de possíveis alternativas. Esses elementos são repetidos o art. 3º, § 3º do Decreto nº 9.830/2019.

Contudo, é possível dizer que o controle das consequências práticas das decisões administrativas já existia em algumas hipóteses antes da Lei nº 13.655/2018[1068], só que sob o manto da análise pelo decisor através da proporcionalidade a qual todos os atos estatais estão submetidos[1069].

O parágrafo único do art. 20 prevê que a motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

[1067] STRECK, Lenio Luiz. Fundamentamos ou ornamentamos? Um velho/novo problema! *Revista* **Consultor Jurídico**, 13 out 2022. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2022-out-13/senso-incomum-fundamentamos-ou-ornamentamos-velhonovo-problema. Acesso em: 10 jun 2023.

[1068] "Segundo uma visão convencional, princípios apontam para a realização de estados de coisas sem determinar os meios que devem ser aplicados para promovê-los. Assim, decidir agora se um ato do poder público é compatível com certo princípio exige um esforço de antecipação dos efeitos que a opção (executiva ou legislativa) pode promover na realidade. Nesse processo, não apenas valorações jurídicas entram em jogo, mas também (i) preocupações sobre como o futuro pode vir a se conformar e (ii) considerações sobre a evolução do estágio do conhecimento científico a respeito de determinados assuntos se tornam decisivos" (LEAL, Fernando. Consequenciachismo, principialismo e deferência: limpando o terreno: Dilema é, de fato, meramente aparente. **Portal Jota**, 01 out 2018. Disponível em: https://www.jota.info/stf/supra/consequenciachismo-principialismo-e-deferencia-limpando-o-terreno-01102018. Acesso em: 20 jun 2023).

[1069] BOROWSKI, Martin. ***Elementos esenciales de la dogmática de los derechos fundamentales***. Tradução: Arnulfo Daniel Mateos Durán. México: Tirant lo Blanch, 2022. p. 129.

O parágrafo normatiza os elementos teóricos (também chamados de "subprincípios") componentes do princípio da proporcionalidade[1070] (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito), que tem justificação dogmática a partir do princípio do devido processo legal substancial[1071]:

> O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, termos aqui empregados de modo fungível, não está expresso na Constituição, mas tem seu fundamento na ideia de devido processo legal substantivo e na de justiça. Trata-se de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema. Em resumo sumário, o princípio da razoabilidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado (adequação); b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (necessidade/vedação do excesso), c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (proporcionalidade em sentido estrito). O princípio pode operar, também, no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma, em uma determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, assim fazendo a justiça do caso concreto[1072].

[1070] "No Direito brasileiro, a técnica da verificação da razoabilidade pode ser admitida como presente no Texto Constitucional sob duas óticas diversas. (...) Primeiramente, e como decorrência da doutrina alemã, pode-se considerar o princípio da razoabilidade como implícito no sistema, revelando-se assim como um princípio constitucional não escrito. (...) Por outro lado, poder-se-ia já agora sob a inspiração direta da doutrina norte-americana, extrair o princípio ora em comento da cláusula do devido processo legal, mais especificamente como decorrente da noção substantiva que se vem imprimindo a tal cláusula" (BASTOS, Celso Ribeiro e TAVARES, André Ramos. **As tendências do Direito Público no limiar de um novo milênio**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 80).

[1071] "O princípio da proporcionalidade – que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente aquela que veicula a garantia do *substantive due process of law* – acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do poder público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do s*ubstantive due process of law,* (artigo 5º, LIV). Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador" (STF, ADI 1.407-MC, Plenário, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 24/11/2000).

[1072] BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora, 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 374/375.

O primeiro passo é a realização do teste ou juízo de adequação[1073]. Adequada é a medida apta a alcançar o objetivo pretendido[1074]. Aproxima-se do conceito de utilidade. Adequada é a medida útil e congruente ao objetivo lícito e legítimo[1075]. Somente se a medida se mostra adequada e que se passará à análise da sua necessidade[1076]:

> No denominado teste de proporcionalidade os três elementos que emergem do apelo à congruência entre meios e fins constituem etapas de um procedimento único e, mais do que isso, etapas que se desenrolam sucessivamente, em uma ordem predeterminada e escalonada, de modo que o insucesso no preenchimento de um sub-requisito basta para a caracterização da desproporcionalidade, mas o exame favorável em uma das etapas não é suficiente para se afirmar a proporcionalidade se existir outra ou outras que sobre ela se assentem. O primeiro exame a ser feito é o da adequação, o segundo o da necessidade e o terceiro e último o da proporcionalidade em sentido estrito, de sorte que uma lei restritiva de liberdades públicas inadequada apenas por isso já é desproporcional, sem que se passe ao exame dos demais elementos. Constatada a adequação, importa investigar se veicula restrição necessária ou excessiva. Se a conclusão for desfavorável à lei, no tocante a esse segundo requisito, não haverá que se proceder à análise do terceiro, que somente é considerado em relação a atos legislativos adequados e necessários[1077].

[1073] "A adequação exige uma relação empírica entre o meio e o fim: o meio deve leva à realização do fim. Isso exige que o administrador utilize um meio cuja eficácia (e não o meio, ele próprio) possa contribuir para a promoção gradual do fim" (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**, 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2022. p. 216).

[1074] "O subprincípio da adequação (Geeignetheit) exige que as medidas interventivas adotadas se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos. A Corte Constitucional examina se o meio é 'simplesmente inadequado' (schlechthin ungeeignet), 'objetivamente inadequado' (objetktiv ungeeignet), 'manifestamente inadequado ou desnecessário' (offenbar ungeeignet oder unnötig), 'fundamentalmente inadequado' (grundsätzlich ungeeignet), ou 'se com sua utilização o resultado pretendido pode ser estimulado' (ob mit seiner Hilfe der gewunschte Erfolg gefördet werden kann)" (MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**, 18ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. E-book).

[1075] "Se os fins perseguidos forem legítimos, restará analisar se a medida adotada favorece ou não ao seu alcance. Trata-se, aqui, de um exame da congruência entre os meios empregados e os fins objetivados pelo Estado" (SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012. E-book).

[1076] "Em outros termos, o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa . Ressalte -se que, na prática, adequação e necessidade não têm o mesmo peso ou relevância no juízo de ponderação. Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado" (MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**, 18ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. E-book). Note-se que a redação legislativa do parágrafo único do art. 20 perdeu a oportunidade de alocar adequadamente, no âmbito espacial, as expressões "necessidade" e "adequação", visto que o intérprete, na aplicação do princípio da proporcionalidade, deve analisar primeiramente a adequação (que é pré-requisito da análise da necessidade). A redação legislativa aprovada prevê que "a motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta..." quando poderia prever que "a motivação demonstrará a adequação e a necessidade da medida imposta...".

[1077] RAMOS, Elival da Silva. A exigência de proporcionalidade no controle abstrato de normas brasileiro. **Revista Mestrado em Direito**, v. 10, jan-jun. 2010, p. 115-139, 2010. p. 130.

Necessária é a medida menos gravosa ou onerosa que atinja do mesmo modo o objetivo pretendido[1078] (teste ou juízo da necessidade). Veda-se o excesso[1079]. Dessa forma, "proporcional significa logicamente adequado, menos restritivo diante das opções aptas a produzir resultados semelhantes[1080]".

Já a proporcionalidade em sentido estrito se aproxima de um juízo de ponderação[1081], onde há um efetivo sopesamento entre os benefícios e os malefícios da medida analisada:

> No direito constitucional alemão, a ponderação é uma parte daquilo que é exigido por um princípio mais amplo. Esse princípio mais amplo é o princípio da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade compõe-se de três princípios parciais: dos princípios da idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Todos os três princípios expressam a ideia de otimização. Direito fundamentais, como princípios, são mandamentos de otimização. (...) Nos princípios da idoneidade e da necessidade trata-se de otimização relativamente às possibilidades fáticas. O princípio da idoneidade exclui o emprego de meios que prejudiquem a realização de, pelo menos, um princípio, sem, pelo menos, fomentar um dos princípios ou objetivos, cuja realização eles devem servir. (...) O mesmo vale para o princípio da necessidade. Esse princípio pede, de dois meios, que, em geral, fomentam igualmente bem P1, escolher aquele que menos intensamente intervém em P2. (...) A ponderação é objeto do terceiro princípio parcial do princípio da proporcionalidade, do princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Esse princípio diz que significa a otimização relativamente

---

[1078] "A proporcionalidade ("Verhältnismässigkeitsgrundsatz") determina que um meio deva ser adequado, necessário – isto é, dentre todos os meios adequados aquele menos restritivo – e mantenha relação de proporcionalidade relativamente ao fim instituído pela norma" (ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular". In: **O Direito Público em tempos de crise**: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel. PASQUALINI, Alexandre... [et al.]; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). p. 99-128. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 113).

[1079] "Noutro local, tivemos oportunidade de traçar distinções dentro do universo do que se pode designar de proporcionalidade moderna, conceito aglutinador de variantes ou modalidades de instrumentos de harmonização e (ou com) ponderação aplicáveis em diferentes cenários de colisão normativa. Nesse quadro, a 'proporcionalidade' que tipicamente vale como parâmetro da ação administrativa é a proporcionalidade clássica ou proibição do excesso. Na verdade, sem menosprezar a multiplicação de atuações administrativas que visam primacialmente conformar relações bipolares, multipolares ou poligonais (as quais requerem a aplicação de outra modalidade da proporcionalidade em sentido moderno, como a proibição do defeito ou a proporcionalidade equitativa), o centro de gravidade da atividade administrativa ainda está na articulação entre interesse(s) público(s) e direitos ou interesses particulares. Esse é o âmbito próprio da proporcionalidade clássica ou proibição do excesso" (CANAS, Vitalino. Discricionariedade, vinculação, proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo, Infraestrutura, Regulação e Compliance**. n. 23. ano 6. p. 135-185. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 2022. p. 141)

[1080] SANTOS DE MENDONÇA, José Vicente. Art. 21 da LINDB: indicando consequências e regularizando atos e negócios. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018), p. 43-61, nov. 2018, p. 53.

[1081] "O juízo de ponderação a ser exercido liga -se ao princípio da proporcionalidade, que exige que o sacrifício de um direito seja útil para a solução do problema (teste da adequação), que não haja outro meio menos danoso para atingir o resultado desejado (teste da necessidade) e que passe no teste da proporcionalidade em sentido estrito, isto é, que o ônus imposto ao sacrificado não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução" (MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**, 18ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. E-book).

> às possibilidades jurídicas. É idêntico com uma regra que se pode denominar "lei da ponderação". Ele diz: Quanto mais alto é o grau do não cumprimento de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro[1082].

Em posturas consideradas por alguns como ativista, muitos são os casos de controle judicial de políticas públicas pautado em juízo de proporcionalidade, mas que na verdade observava as consequências práticas da adoção de determinada ação em detrimento de outro campo de atuação.

No julgamento do Tema nº 1.079 de Repercussão Geral (RE 1224374, Relator Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 19/05/2022), o Supremo Tribunal Federal entendeu constitucional a sanção administrativa imposta ao condutor de veículos que se recusar em se submeter ao teste do etilômetro/bafômetro (art. 277, §§ 2º e 3 do Código de Trânsito Brasileiro, acrescido pela Lei nº 11.705/2008). A fundamentação da decisão, pautada no uso da proporcionalidade e nas consequências práticas do não sancionamento administrativo, concluiu que seria ineficaz para a política pública de tolerância zero com a direção de veículos após consumo de álcool a ausência do sancionamento da conduta de se negar a realizar o teste do bafômetro[1083].

Do mesmo modo decisão judiciais utilizando a proporcionalidade, em sede de direito de vizinhança e regulamentação municipal edilícia, quando constatada a ínfima lesão concreta pelo descumprimento em certas situações de normas edilícias relativas a recuos, distância na abertura de janelas e taxa de ocupação (permeabilidade), por

---

[1082] ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**, 3ª ed. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 110/111.

[1083] "Deveras, a medida visa a contribuir para a exequibilidade da proibição de ingestão de álcool em qualquer nível. A toda evidência, se não houvesse consequência legal para o motorista que deixasse de realizar o teste do etilômetro, a proibição do consumo de álcool antes de dirigir seria inócua. A fim de se desincentivar essa conduta, é necessário que a recusa produza efeitos no âmbito administrativo, operando-se a restrição de direitos de modo independente da incidência das normas penais. Ausente transbordamento, pelo legislador, do espaço de conformação outorgado constitucionalmente à sua competência para o desenho de políticas públicas voltadas à segurança no trânsito, à proteção da integridade física, da vida e de outros bens protegidos em nosso ordenamento, cabendo deferência do Poder Judiciário ante a razoabilidade do juízo de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito das medidas e sanções legalmente estabelecidas" (STF, RE 1224374, Relator(a): Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 19/05/2022)

exemplo[1084]. Vê-se também, com frequência, a proporcionalidade sendo utilizada pelo Poder Judiciário para modulação do tipo de apenamento em sede de direito sancionatório para agentes públicos[1085].

Humberto Ávila entende o consequencialismo como uma estratégia argumentativa exercida de três diferentes formas: alterando a estrutura normativa adotada pelo legislador; mudando o significado escolhido pelo legislador ou modificando ou postergando as consequências previstas pelo legislador. Em todas essas formas de raciocínio "de trás para frente", não pode o julgador substituir o legislador[1086].

Já Edilson Vitorelli propõe um esquema consequencialista ("consequencialismo moderado"), onde aponta sete esferas de consequências a serem observadas pelo gestor público que se mostram compatíveis com uma interpretação adequada da LINDB: microconsequências (relativas às pessoas imediatamente destinatárias da decisão; macroconsequências: relativas ao grupo social impactado indiretamente); distribuição temporal (consequências de curto, médio e longo prazo); maximização do bem-estar à luz das alternativas (comparação de benefícios e malefícios entre as alternativas); representatividade (em que medida aquele ato é desejado pelo grupo social por ele afetado); distribuição social (repartição das consequências sobre os grupos sociais afetados pela decisão, com especial atenção para os grupos vulneráveis e; economicidade (ponderação acerca das consequências econômicas da adoção ou não adoção da decisão, em face das alternativas disponíveis)[1087].

Para o autor deve-se compreender o consequencialismo do art. 20 da LINDB como instrumento de reforço aos órgãos de controle em razão da maior restrição à

[1084] Apelação Cível – Direito urbanístico – Pedido de anulação de alvará de licença para residências unifamiliares e demolição de construção irregular – Imóvel vizinho que alegadamente desrespeitou as restrições convencionais do loteamento Jardim Everest (...) Peculiaridades, contudo, que afastam a hipótese de prejuízo ao Autor – Insignificância da área construída que ultrapassa o recuo estabelecido – Volumetria (...) Pedido de demolição que se mostra excessivo – Imóvel de grandes proporções, cuja demolição parcial seria inviável e improdutiva – Anulação do alvará de licença que não se faz necessária (...)" (TJSP; Apelação Cível 0018060-23.2004.8.26.0053; Relator (a): Luciana Brescian: 2ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento: 07/11/2017; Data de Registro: 08/11/2017)

[1085] "Embora o Judiciário não possa substituir-se à Administração na punição do servidor, pode determinar a esta, em homenagem ao princípio da proporcionalidade, a aplicação de pena menos severa, compatível com a falta come tida e a previsão legal". (STF, RMS 24901, Relator(a): Ayres Britto, Primeira Turma, julgado em 26/10/2004).

[1086] ÁVILA, Humberto. **Constituição, liberdade e interpretação**, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2023. p. 56/66.

[1087] VITORELLI, Edilson. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a ampliação dos parâmetros de controle dos atos administrativos discricionários: o direito na era do consequencialismo. **Revista de Direito Administrativo**, v. 279, n. 2, p. 79–112. p. 93/95).

discricionariedade do gestor, que estaria atrelado às consequências práticas alegadas. Sendo conceitos como “interesse público” e “conveniência e oportunidade”, compostos de termos com grau de indeterminabilidade[1088], abre-se ao órgão controlador o dever de controle da qualidade das consequências práticas existentes mediante a sindicabilidade das consequências (controle pelas consequências):

> Definir, no contexto das diversas alternativas possíveis, aquela que, uma vez adotada, melhor realiza o interesse público significa, antes de tudo, definir o que é interesse público. E esse é, inescapavelmente, um conceito de elevadíssimo grau de abstração. Em tal contexto, a conclusão inescapável é a de que não pode mais existir, no ordenamento jurídico brasileiro, ato discricionário que esteja fundado unicamente na prerrogativa do administrador de definir o que é o interesse público e, em seguida, definir de que modo esse interesse público é realizado. (...) Tal conclusão se aplica, de modo imediato, às escolhas financeiras feitas pelo administrador. Considere-se o recorrente exemplo de um prefeito que precisa decidir a aplicação de verbas públicas na construção de um pórtico — como tantos foram construídos nos últimos anos — ou de uma creche. Em abstrato, ambos os atos são lícitos e ambos estavam, até a LINDB, compreendidos em um juízo de conveniência e oportunidade do administrador. No entanto, concretizado o valor abstrato a partir das consequências, fica fácil ver que o pórtico é uma decisão ilegal. Sob nenhuma projeção de consequências, a conveniência e oportunidade de um pórtico pode superar a de uma creche. Ou, dito de outro modo, as consequências práticas da construção de uma creche são, evidentemente, mais benéficas que as da construção de um pórtico, de modo que seria ilícito, à luz do art. 20 da LINDB, construir o pórtico[1089].

Casos de escolha de opções políticas de gasto de dinheiro público, sindicados por decisões judiciais, normalmente tratam de casos mais simples do ponto de vista de colisão de proteção de direitos fundamentais.

[1088] “Assim, o art. 20 da LINDB criou uma obrigação legal de motivar, a partir das consequências, todos os atos fundados em valores jurídicos abstratos. Como todo ato administrativo discricionário é fundado na conveniência, na oportunidade e no juízo de supremacia do interesse público, valores que são altamente abstratos, é adequado concluir que a LINDB impõe que todos os atos administrativos discricionários sejam motivados, em face das suas consequências que sejam razoavelmente antecipáveis e das possíveis alternativas à sua adoção. Nesse contexto, é essencial que o administrador público esteja atento para a produção de atos administrativos com motivação adequada e contemporânea à sua produção, que atendam aos ditames dessa análise consequencial. (VITORELLI, Edilson. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a ampliação dos parâmetros de controle dos atos administrativos discricionários: o direito na era do consequencialismo. **Revista de Direito Administrativo**, v. 279, n. 2, p. 79–112. p. 108).

[1089] VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**: teoria e prática, 4ª ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023, p.128/129.

Conflitos mais sensíveis e complexos com conflito de direitos fundamentais[1090], como a regularização fundiária em área de proteção ambiental (direito à moradia e direito ao meio ambiente equilibrado), a opção pela construção de uma creche ou invés de um unidade de saúde (direito à educação e direito à saúde), construção de uma unidade de proteção a mulheres vitimizadas ou um abrigo para moradores de rua (conflito entre a própria extensão do direito da dignidade da pessoa humana) são questões relacionadas a prioridades do gestor público sem qualquer solução previamente definida.

Controlar as consequências práticas inseridas na discricionariedade de opção do gestor em quaisquer situações pode caracterizar a substituição do gestor pelo órgão controlador, vulnerando a legitimidade democrática do gestor, com clara usurpação de competências constitucionais e legais, salvo se, dentro das consequências práticas concretamente aferíveis, possa-se perceber erro grosseiro ou dolo na opção escolhida.

A aplicação do entendimento de que "interesse público" representa um valor jurídico abstrato que possibilita aos órgãos de controle, por meio das considerações das consequências práticas, promoverem a auditoria controladora quanto às opções do emprego de recursos públicos dentro da margem discricionária do administrador, permite o desvirtuamento indireto das competências constitucionais distribuídas.

Nesse cenário, por exemplo, seria possível ao TCU promover o controle por meio das consequências práticas de situações onde há legítimo exercício da conveniência do administrador, como, por exemplo, as advindas do uso de verba de deslocamento a serviço para participação em cursos e seminários como missão

---

[1090] "A Defensoria Pública de São Paulo emitiu na quinta-feira, 19, uma recomendação para a suspensão do andamento da proposta de uma Parceria Público-Privada (PPP) da Prefeitura de São Paulo para a região do Largo do Paiçandu, no centro. O Estadão revelou que a proposta irá despejar cerca de 400 pessoas que vivem em ocupações – parte delas há cerca de 11 anos – para a construção de prédios de apartamentos para aluguel. A proposta da Prefeitura prevê a concessão de espaços do entorno do largo por 25 anos, com a transformação pela iniciativa privada dos imóveis ocupados em apartamentos de aluguel, centro educacional e outros usos, no que chama de 'ativação de imóveis ociosos'. (...) Os investimentos obrigatórios são avaliados em cerca de R$ 189 milhões, para 25 anos. A contraprestação e o aporte pagos pela Prefeitura à concessionária são estimados em R$ 372,5 milhões. Uma das obrigações apontadas no edital em consulta pública é 'não permitir que terceiros se apossem da área de concessão" (MENGUE, Priscila. Defensoria pede suspensão de PPP que prevê despejar ocupações no centro de São Paulo. Órgão estuda tomar medidas judiciais caso recomendação não seja cumprida; famílias não foram avisadas e souberam da proposta da gestão Nunes pelo 'Estadão'. **Jornal Estado de São Paulo**. 20/01/2023. Disponível em: https://www.estadao.com.br/sao-paulo/defensoria-pede-suspensao-de-ppp-que-preve-despejar-ocupacoes-no-centro-de-sao-paulo/. Acesso em: 20.02.2023)

internacional por parte do Conselho Nacional do Ministério Púbico[1091] (CNMP); o controle da opção pelo pagamento em pecúnia da venda de férias de servidores públicos[1092]; o controle da opção de novos investimentos na construção da nova sede

[1091] "Levantamento feito pelo Estadão mostra que, entre janeiro de 2022 e fevereiro deste ano, o CNMP gastou R$ 1,3 milhão em diárias e passagens aéreas para Estados Unidos, Portugal, Itália e Espanha. Desse total, R$ 1 milhão custeou estadias para a participação em cursos e seminários – o restante pagou missões variadas, como assinatura de acordos. Os eventos para formação não exigem redação de uma tese de conclusão nem submissão prévia de artigos, como usualmente é cobrado em atividades de teor acadêmico promovidas por tribunais e escolas ligadas ao Poder Judiciário. (...) O CNMP custeou a ida de um auxiliar para acompanhar o procurador-geral da República e presidente do órgão, Augusto Aras, por R$ 40 mil. Em outra viagem, à Costa Rica, para uma visita à sede da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em janeiro deste ano, oito conselheiros e uma assessora especial compareceram para a assinatura de um acordo semelhante. Foram pagos R$ 177 mil em diárias e passagens" (VASSALO, Luiz. Conselho do Ministério Público turbina viagens ao exterior e tem gasto milionário com diárias: Órgão de controle usa verba de deslocamentos 'a serviço' para custear participação em cursos e seminários como 'missão internacional'; no último ano, gasto chegou a R$ 1,3 mi. **Jornal Estado de São Paulo**, 16 abril 2023. Disponível em: https://www.estadao.com.br/politica/conselho-do-ministerio-publico-turbina-viagens-ao-exterior-e-tem-gasto-milionario-com-diarias/. Acesso em: 30 jul 2023.

[1092] "Os tribunais brasileiros gastaram pelo menos R$ 3,5 bilhões nos últimos seis anos com a compra de férias de juízes, desembargadores e ministros de Cortes Superiores" (GUERRA, Rayanderson. Custo com venda de parte de férias de 60 dias de juízes chega a R$ 3,5 bi. Montante se refere aos últimos 6 anos, segundo o CNJ; período de recesso está previsto na Lei Orgânica da Magistratura e pode servir, na prática, como adicional de rendimento. **Jornal Estado de São Paulo**, Caderno Judiciário, p. A6, 11 de junho de 2023).

do Tribunal Regional Federal da 1ª Região[1093], o controle da opção de gastos em viagens[1094] e nos cartões corporativos[1095] da Presidência da República, *etc*.

O art. 13, *caput* do Decreto nº 9.830/2019 veda expressamente essa tentativa de substituição, prevendo que a análise da regularidade da decisão não poderá substituir a atribuição do agente público, dos órgãos ou das entidades da administração pública no exercício de suas atribuições e competências, inclusive quanto à definição de políticas públicas.

[1093] "Paradas há quase nove anos, as obras da nova sede do TRF-1 (Tribunal Regional Federal da 1ª Região), na região central de Brasília, já resultaram em um gasto de R$ 37 milhões só para manter o que já foi construído ao longo de todos esses anos —ou seja, um custo diário médio de cerca de R$ 11 mil. O projeto, feito pelo arquiteto Oscar Niemeyer, foi planejado para uma área de 57,6 mil metros quadrados, com três pavimentos sobre pilotis e subsolo, no Setor de Administração Federal Sul. (...) Ao todo, o prédio já consumiu R$ 547 milhões dos cofres públicos. Segundo o tribunal, o término da obra está previsto para novembro de 2030. Até lá, o custo subirá para R$ 1,4 bilhão, mais do que o dobro do previsto quando o projeto foi iniciado. Todos os recursos são oriundos do orçamento da União, conforme limites fixados pelo Conselho da Justiça Federal (CJF), de acordo com o órgão" (REZENDE, Constança. Justiça gasta R$ 11 mil por dia para manter parada obra bilionária em Brasília: Construção da nova sede do Tribunal Regional Federal da 1ª Região foi iniciada em 2007 e está travada há quase nove anos. Jornal Folha de São Paulo, 09 jun. 2023. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/poder/2023/06/justica-gasta-r-11-mil-por-dia-para-manter-parada-obra-bilionaria-em-brasilia.shtml. Acesso em: 30 jul 2023).

[1094] "O governo do presidente Luiz Inácio Lula da Silva (PT) gastou ao menos R$ 7,3 milhões com hospedagem nas viagens oficiais que fez ao exterior no primeiro semestre deste ano. Os gastos se referem ao valor de toda a comitiva do petista em nove países no início do seu terceiro mandato, sem considerar a última viagem à Europa, que incluiu Itália, Vaticano e França. Lula realizou 12 viagens oficiais ao exterior até aqui em seu terceiro mandato, incluindo a participação em duas cúpulas (...) Durante as viagens ao exterior, Lula e sua comitiva se hospedaram em hotéis de alto padrão, custeados com dinheiro público na maior parte das vezes. O Itamaraty afirma que, em alguns casos, é praxe os países anfitriões oferecerem a hospedagem como cortesias aos visitantes. A viagem com maior gasto com hospedagem para a comitiva oficial foi a da China, em abril deste ano. Foram gastos R$ 1,8 milhão durante os cinco dias em território chinês" (MACHADO, Renato e HOLANDA, Marianna. Governo Lula gastou R$ 7,3 mi com hospedagem nas viagens ao exterior: Planalto ressalta restabelecimento de relações diplomáticas e atração de investimentos bilionários. **Jornal Folha de São Paulo**, 25 jun. 2023. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2023/06/governo-lula-gastou-r-73-mi-com-hospedagem-nas-viagens-ao-exterior.shtml. Acesso em: 30 jul. 2023)

[1095] "O Réveillon no litoral catarinense resultou em R$ 198 mil com gastos no hotel Zibamba, em São Francisco do Sul, R$ 73 mil em combustível em um posto da cidade e R$ 66 mil em uma padaria, entre outras despesas. Ao final do primeiro ano de mandato, em 2019, Bolsonaro tirou três dias de folga na praia de Inema, na base naval de Aratu, na Bahia. Na ocasião, foram realizadas despesas com hospedagem no total de R$ 70,1 mil, debitadas em três cartões corporativos usados por assessores palacianos. Os valores foram pagos ao Real Classic Bahia Hotel, em Salvador (...) Excluindo o último ano, no período de 2019 a 2021, a média anual dos gastos de Bolsonaro com cartão corporativo foi de R$ 8,6 milhões. Já corrigindo pela inflação do período, a média dos gastos anuais de Lula, de 2003 a 2010, com cartão corporativo foi de R$ 12,99 milhões. No governo Dilma Rousseff (2011-16), a média anual foi de R$ 10,2 milhões. No período Michel Temer (2016-18), a cifra média ficou em R$ 5,6 milhões" (Cartão corporativo de Bolsonaro mostra gasto de R$ 4,7 milhões em feriadões e motociatas: R$ 500 mil de hotel em folga no Guarujá e R$ 20 mil para ver jogo do Palmeiras estão entre os registros; dados ainda são insuficientes para comparação exata com outros presidentes. **Jornal Folha de São Paulo**, 12 de jan. 2023. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/poder/2023/01/cartao-corporativo-de-bolsonaro-mostra-gasto-de-r-47-milhoes-em-feriadoes-e-motociatas.shtml. Acesso em: 30 jul. 2023).

Um posicionamento que também pode ser classificado como moderado é o de considerar a observância das consequências práticas somente quando se está diante de "casos difíceis[1096]", consistentes em causas que admitem mais de uma interpretação razoável. Nessa hipótese de pluralidade de interpretações razoáveis, as consequências práticas serviriam de peso na balança decisória[1097].

A visão do pragmatismo como uma teoria de conhecimento enseja incluir o consequencialismo no campo da ética normativa. Dessa forma, o consequencialismo induz ao entendimento de que a correção ou não de uma conduta depende das suas consequências práticas apuradas por meios científicos-empíricos sujeitos a mudanças, contrapondo-se a teorias deontológicas[1098], que pregam, em regra, que em determinadas situações as consequências não devem influenciar na conduta do sujeito[1099]:

> Diferentemente das teorias consequencialistas, as teorias deontológicas julgam a moralidade das escolhas por meio de critérios diferentes dos estados de coisas que essas escolhas produzem. As formas mais conhecidas de deontologia, que também são as formas que apresentam maior diferença com o consequencialismo, sustentam que algumas escolhas não podem ser justificadas em razão de seus efeitos, ou seja, que, por melhores que sejam as suas consequências, algumas escolhas são moralmente proibidas[1100].

Imagine o seguinte exemplo: você dirigindo seu automóvel, com o semáforo verde para prosseguir, avista no sentido onde o semáforo está vermelho um carro em alta velocidade. Em razão da consequência prática prevista (colisão entre veículos), mesmo estando correto na regra de trânsito (sinal verde de passagem) opta por frear e deixar o veículo infrator seguir a diante passando no sinal vermelho. O exemplo

---

[1096] ALVES, Francisco Sérgio Maia. O novo paradigma da decisão a partir do art. 20 da LINDB: análise do dispositivo segundo as teorias de Richard Posner e Neil MacCormick. **Revista de Direito Administrativo**, v. 278, n. 3, p. 113–144, 2019. p. 140.

[1097] MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução: Waldeá Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 165-196

[1098] ALVES, Francisco Sérgio Maia. O novo paradigma da decisão a partir do art. 20 da LINDB: análise do dispositivo segundo as teorias de Richard Posner e Neil MacCormick. **Revista de Direito Administrativo**, v. 278, n. 3, p. 113–144, 2019. p. 138.

[1099] "Portanto, o problema relacionado com as conclusões da filosofia não se refere, de modo algum, ao fato de serem elas produtos da reflexão e da teorização. Tem que ver com o fato de os filósofos haverem tomado de várias fontes as conclusões de análises específicas, particularmente de alguma ciência predominante no momento, introduzindo-as diretamente na filosofia, sem conferi-las, quer com os objetos empíricos dos quais provieram, quer com os objetos empíricos para os quais elas apontavam" (DEWEY, John. Experiência e Natureza. Tradução: Murilo Otávio Rodrigues Paes Leme. In: ***Os Pensadores***, vol. XI. São Paulo: Editor Victor Civita, 1974. p.183)

[1100] BUENO DA SILVEIRA, André. **Análise econômica do Direito e Teoria dos Jogos**, 2ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2023. p. 37.

dado demonstra que prevaleceu a observância da consequência prática sobre a regra do dever ser.

É claro que a vida real não é composta de exemplos de acidentes automobilísticos ou bondes desgovernados com opções sobre quem deve ser jogado nos trilhos para parar o bonde e salvar os passageiros[1101]. Exemplos são importantes para a contextualização de teorias. Contudo, até os exemplos são manipuláveis e não generalizáveis, podendo causar uma falsa equivalência comparativa.

A complexidade da realidade é bem diferente. As opções dentro do campo de políticas públicas[1102], independente das teorias que as embasem, sempre geram consequências práticas (diretas ou indiretas). As posturas adotadas pelos três Poderes durante a pandemia do Covid-19 demonstram isso[1103]. Melhor que exemplos sobre sacrifícios e tragédias ferroviárias, tem-se exemplos onde o objeto da decisão que observa as consequências práticas impede que o sujeito adote um consequencialismo meramente imaturo ou discricionário.

Por exemplo, a construção de um hotel de luxo em área de preservação permanente (APP), sem o devido licenciamento ambiental, implica no exercício do poder de polícia para sua demolição, cujas consequências práticas podem se resumir à perda de valores de investidores, ao aumento do desemprego local, à perda da

[1101] SANDEL, Michael J. **Justiça**. O que é fazer a coisa certa. Tradução: Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p. 30/33

[1102] Enunciado nº 04 da 1ª Jornada de Direito Administrativo do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo de 2019: "As 'consequências práticas' às quais se refere o art. 20 da LINDB devem considerar, entre outros fatores, interferências recíprocas em políticas públicas já existentes. (IBDA. Enunciados do IBDA sobre a interpretação da LINDB. **Fórum Administrativo** – FA, Belo Horizonte, ano 19, n. 221, p. 167-168, jul. 2019. p. 167).

[1103] Exemplos de atos nesse período de excepcionalidade, podemos citar a Lei Complementar nº 173/2020 e a Lei nº 14.124/2021, bem como a Recomendação CNJ nº 92/2021.

capacidade atrativa da região, *etc*[1104]. Em um juízo de prognose corretamente fundamentado[1105], no exemplo dado, dificilmente se sustentará uma consequência prática apta a afastar o direito ao meio ambiente equilibrado, que demandará a demolição e recuperação ambiental do local pelos responsáveis.

Imagine-se, agora, a mesma situação, mas dessa vez substituindo o hotel de luxo pelo único hospital público de uma pequena cidade. A interrupção do atendimento, a necessidade de transferência de internados, a localização e os custos com a construção de nova unidade, além de outras consequências práticas advindas da decisão de demolição, implicam no conflito entre dois valores constitucionais

[1104] Interessante caso é a vontade de exploração pela Petrobrás da foz do Rio Amazonas, que nos traz o debate sobre os limites pragmáticos do desenvolvimento nacional e o meio ambiente equilibrado: "Sob o argumento de que decisão recente do STF (Supremo Tribunal Federal) contraria posição do MMA (Ministério do Meio Ambiente), a Petrobras renovou esperanças de obter licença ambiental para buscar petróleo na costa do Amapá, alvo de polêmica entre as áreas ambiental e energética do governo. A Folha apurou, porém, que o ministério e o Ibama (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis) divergem do posicionamento da estatal e seguem defendendo a necessidade de uma avaliação ambiental mais ampla da região antes de aprovar a atividade. Alegando elevados riscos ambientais em uma área rica em manguezais e biodiversidade, o MMA quer a realização do estudo antes da liberação da exploração petrolífera na bacia, considerada pelo setor de petróleo uma das principais apostas para renovar as reservas brasileiras. (...) A Petrobras defende que o bloco 59, onde quer perfurar o poço, foi concedido após manifestação conjunta do MMA e do MME (Ministério de Minas e Energia) eliminando a necessidade da avaliação. A empresa separou US$ 3 bilhões em seu orçamento para perfurar, nos próximos cinco anos, 16 poços nessa região" (PAMPLONA, Nicola. Pode demorar, mas a licença virá, diz Petrobras sobre poço na Foz do Amazonas: Empresa alega que STF decidiu contra estudo defendido pelo MMA e pede reconsideração ao Ibama. **Jornal Folha de São Paulo**, 19 de julho de 2023).

[1105] "Na análise prognóstica são de distinguir: a base da prognose, o método da prognose e o resultado da prognose. (a) Da base da prognose: fazem parte factos, dados, variantes ocasionais, princípios da experiência, graus de probabilidade, etc. Todos estes factores podem ser determinados objectivamente. (b) Do método prognóstico fazem parte, notadamente, os procedimentos de prognose, como também os métodos prescritos e processos de natureza científica que trabalham com a análise do tempo e modelos económicos assentes na extrapolação de processos escolásticos. Do método prognóstico fazem ainda parte a plausibilidade e a racionalidade. (c) O resultado da prognose contém o juízo futuro em sentido estrito, o qual é feito sobre a base da prognose, servindo-se dos métodos e critérios da prognose" (FRANCISCO DE SOUSA, António. **Conceitos indeterminados no Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994. p. 116/117)

relevantes (meio ambiente equilibrado e direito à saúde), onde a consequências necessariamente devem ser consideradas e sopesadas[1106].

O consequencialismo não é novidade no Direito brasileiro. O pedido de suspensão de liminar, medida cautelar ou tutela de urgência concedida (art. 4º da Lei 8.437/1992), incluindo no mandado de segurança (art. 15 da Lei nº 12.016/2009), é instrumento processual pautado nas consequências práticas ao Poder Público quanto à manutenção da decisão judicial que se busca suspender[1107]. Sua apreciação importa na demonstração pragmática do manifesto interesse público para se evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas[1108] em razão da decisão judicial que se busca suspender. Como visto, são todos conceitos abertos[1109]

[1106] Nos EUA há um dilema quanto à política pública ambiental federal, consistente na autorização da exploração ou não de uma reserva mineral situada na cordilheira Brooks (Círculo Polar Ártico). A reserva mineral é abundante em cobre, mineral necessário para construir turbinas eólicas e baterias voltadas ao combate das mudanças climáticas. Ocorre que o local é inexplorado, sendo que a infraestrutura necessária para a exploração provocaria um impacto ambiental relevante. As consequências práticas da autorização federal são singulares em razão do impacto principal ocorrer justamente quanto ao mesmo valor legal protegido: o meio ambiente: "Há o equivalente a cerca de US$ 7,5 bilhões (R$ 35,8 bilhões) em cobre sob esta montanha que a empresa de mineração Ambler Metals quer extrair, o que poderia ajudar a construir as turbinas eólicas e baterias necessárias para combater as mudanças climáticas. Mas essa abundância – e outras semelhantes por todo o país – criou um dilema para Washington. O presidente Biden quer mais produção nacional de minerais para apoiar sua agenda climática, mas seus assessores estão tendo dificuldades para encontrar minas no país que não corram o risco de prejudicar áreas inexploradas e tesouros naturais sagrados. Para conseguir ter acesso aos minerais nesta área seria preciso construir uma estrada de quase 340 quilômetros no coração dessa região no Ártico. Ela atravessaria 11 grandes rios e centenas de riachos, invadindo tundras intactas e o caminho migratório de dezenas de milhares de renas. Quarenta e um desses quilômetros atravessariam o Parque Nacional e Reserva Gates of the Arctic, enviando caminhões de carga gigantes e outros caminhões industriais para o meio de um dos parques e reservas nacionais mais remotos do país" (PUKO, Timothy Puko e CUNNINGHAM, Lillian. EUA vivem dilema entre preservar 'paraíso' no Alasca ou destruí-lo para combater mudança climática: Área em meio a vales exuberantes, que dão passagem a rios azuis glaciais enormes, tem R$ 35,8 bilhões em cobre; material pode ser usado para produzir turbinas eólicas e baterias necessárias para transição energética. **Jornal Estado de São Paulo**, 21 de julho de 2023).

[1107] Criticando a utilização de critérios extrajurídicos para embasamento do pedido de suspensão, Elton Venturi afirma que "nem a motivação para a obtenção da suspensão de liminares e sentenças contra o Poder Público pode fundar-se em argumentos extrajurídicos, nem a natureza da decisão que determina a suspensão pode ser identificada ou reconhecida como medida política ou administrativa. Inaceitável, pois, que se caracterizem os pedidos de suspensão como medida adotada em função de juízo discricionário" (VENTURI, Elton. **Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao Poder Público**, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 54).

[1108] "A suspensão dos efeitos do ato judicial revela incidente vocacionado, precipuamente, à tutela de interesses públicos primários, cujo propósito primordial é evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas. Por se tratar de providência excepcional no ordenamento jurídico pátrio, cumpre ao requerente demonstrar, de forma efetiva, a possibilidade/iminência de risco grave de dano aos bens jurídicos tutelados". (STJ, AgRg na SS n. 3.444/MG, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Corte Especial, julgado em 27/6/2023, DJe de 29/6/2023).

[1109] SCARTEZZINI, Jorge Tadeo Goffi Flaquer. **Suspensão de Segurança**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 83/98.

(ordem pública, saúde, segurança e economia pública) que fundamentam o pedido de suspensão.

Na verdade, até mesmo a questão jurídica de fundo é afastada pela reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça[1110] e Supremo Tribunal Federal[1111], já que o instituto não tem natureza recursal[1112], devendo estar presente, entretanto, uma mínima plausibilidade do direito invocado em juízo sumário de cognição[1113].

A suspensão poderá durar até o trânsito em julgado da ação, podendo ser estendidos seus efeitos para suspensão de liminares supervenientes mediante simples aditamento do pedido original (art. 4º, § 8º da Lei 8.437/1992), para se evitar o denominado efeito multiplicador[1114].

Cabe mencionar a chamada "exaustão orçamentária" como um exemplo da suspensão de liminar com base na lesão à economia, que é admitida pelo Supremo Tribunal Federal em situações excepcionalíssimas[1115]. Ela consiste no reconhecimento, por provas incontestáveis quanto à inexistência de recursos financeiros e orçamentários por parte do Poder Público (grave desequilíbrio entre receitas e despesas) que impeça o cumprimento de determinadas decisões judiciais, assemelhando-se com a chamada cláusula da reserva do possível[1116] oriunda do

---

[1110] "Impedir judicialmente o reajuste das tarifas a serem pagas pelos usuários também configura grave violação da ordem econômica, por não haver prévia dotação orçamentária para que o Estado de São Paulo custeie as vultosas despesas para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos acordos administrativos firmados pelo Poder Público com as concessionárias de transporte público" (STJ, AgInt no AgInt na SLS 2.240/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Corte Especial, julgado em 07/06/2017, DJe 20/06/2017).

[1111] "A natureza excepcional da contracautela permite tão somente juízo mínimo de delibação sobre a matéria de fundo e análise do risco de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas" (STF, SL 610 AgR, Relator(a): Ricardo Lewandowski (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 04/02/2015).

[1112] "A suspensão de liminar e sentença, medida excepcional por natureza, não tem natureza jurídica recursal, não devolvendo, por isso, o conhecimento da matéria debatida na origem. Tampouco se presta ao reexame do acervo fático e probatórios dos autos" (STJ, AgInt na SLS n. 3.225/DF, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Corte Especial, julgado em 27/6/2023, DJe de 29/6/2023.). No mesmo sentido: STF, SS 3.450-AgR/CE, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 12.3.2010.

[1113] STF, SL 1.165-AgR/CE, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 13.02.2020 e SS 1.918-AgR/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 30.4.2000.

[1114] STF, SL 102 AgR, Relator(a): Min. Ellen Graciejulgado em 17/03/2008 e, SS 1836 AgR, Relator(a): Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 01/03/2001.

[1115] STF, STP 78 AgR, Relator(a): Dias Toffoli (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 20/04/2020 e SS 5163 AgR, Relator(a): Dias Toffoli (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 28/06/2019

[1116] "Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da reserva do possível – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente , do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade" (STF, ARE 1171192 AgR, Relator(a): Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 20/12/2019)

direito alemão[1117] e mais relacionada à efetividade de direitos sociais frente a adversidades financeiras do Poder Público[1118].

Note-se, contudo, que segundo assentado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, "a cláusula da reserva do possível não poderá, contudo, ser arguida para evitar a aplicação do mínimo existencial em matéria de direitos fundamentais[1119]".

No julgamento da Suspensão de Liminar nº 2.922/MT (rel. Min. Humberto Martins, DJ. 19/04/2021), que trata de pedido de suspensão formulado pelo Governo de Mato Grosso a fim de suspender quase duzentas liminares proferidas por magistrados do primeiro grau que determinavam a internação de pacientes com Covid-19 em leitos de Unidade de Terapia Intensiva (UTI) de responsabilidade do Estado, o Ministro Presidente do Superior Tribunal de Justiça reconheceu caracterizada lesão à saúde pública em razão da natureza unipessoal das decisões liminares que não consideram os fatores gerais que interferem no Sistema de Saúde como um todo[1120], utilizando-se da precisão das consequências práticas do art. 22 da LINDB como fundamento jurídico.

A modulação dos efeitos da declaração da inconstitucionalidade[1121] de ato normativo também tem suporte nas consequências práticas do ato judicial, considerando possíveis razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse

---

[1117] "A reserva do financeiramente possível (*Vorbehalt des finanziell Möglichen*) está ligada à famosa decisão *numerus clausus* do Tribunal Constitucional Federal alemão (*Numerus-clausus-Urteil*), que versou sobre o número de vagas nas Universidades do país e o fato de a liberdade de escolha de profissão ficar sem valor caso inexistentes as condições fáticas para sua efetiva fruição. Assentou-se, então, que pretensões destinadas a criar os pressupostos fáticos necessários para o exercício de determinado direito estão submetidas à reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*), enquanto elemento externo à estrutura dos direitos fundamentais" (MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**,18ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. E-book).

[1118] OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais sociais**: Efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2008. p. 212/213.

[1119] MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**, 39ª ed. Barueri: Atlas, 2023. E-book.

[1120] "A falta de leitos de UTI, que justificou as referidas medidas liminares, não se deu por má gestão da administração pública, e sim pelo notório reconhecimento do infeliz colapso dos leitos de UTI atualmente presenciado em diversos estados da Federação" (STJ, SLS nº 2.922/MT, rel. Min. Presidente Humberto Martins, DJ. 19/04/2021).

[1121] O entendimento não abrange a não-recepção da norma pela CF/1988: "O STF decidiu que não se aplica a modulação de efeitos no caso de lei não recebida pela CB/88" (STF, RE 489428 AgR, Relator(a): Eros Grau, Segunda Turma, julgado em 24/10/2006).

social[1122] (art. 27 da Lei nº 9.868/1999), incluindo impactos de ordem econômica e administrativa da alteração de jurisprudência[1123] do Supremo Tribunal Federal com efeitos vinculantes e *erga omnes* em controle difuso[1124].

Ainda com forte característica consequencialista, é possível apontar a observância da previsibilidade de dano inverso na análise de pedidos liminares e cautelares[1125]. A presença do dano inverso reside quando o resultado prático do deferimento de pedido liminar ou cautelar ocasionar maior dano às partes envolvidas do que o indeferimento do pedido ocasionaria[1126]. Trata-se da análise do julgador quanto à proporcionalidade e ao ajuste dos efeitos práticos oriundos do provimento jurisdicional liminar pretendido[1127].

Resquício do consequencialismo também pode ser visto nas teorias ou "princípios" voltados à instrumentalização do processo frente a atos (*lato sensu*) direcionados à ciência das partes, como notificações, intimações e citações.

[1122] "Ao afirmar a modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade, este Supremo Tribunal Federal sequer estaria exercendo juízo de ponderação entre a norma constitucional que protege os efeitos da lei inconstitucional e princípio da supremacia da Constituição. A ponderação realizada seria a norma protetora dos efeitos da aplicação do direito, em respeito ao princípio da segurança jurídica, e a norma constitucional violada pela lei constitucionalmente inválida. O desfazimento de tudo o que produzido ao fundamento de norma depois declarada inválida constitucionalmente é ponderação entre o princípio da segurança jurídica e da confiança no sistema jurídico, que antecede a declaração de inconstitucionalidade, e a norma contrária à Constituição. Há de se considerar, ainda, que o modelo atual de Estado atribui a esta entidade a responsabilidade pela efetivação dos direitos fundamentais pelas prestações positivas, a demonstrar a insuficiência do modelo de nulidade da lei inconstitucional para a proteção desses direitos" (Voto da Min Cármen Lúcia na ADI 2154, Relator(a): Dias Toffoli, Relator(a) p/ Acórdão: Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 03/04/2023)

[1123] No âmbito da Justiça Federal foi editada a Nota Técnica n. 41/2023 do Centro Nacional de Inteligência da Justiça Federal, que propõe a adoção de procedimentos para governança do acervo de processos sobrestados no âmbito dos tribunais, bem como a criação ou sistematização de rotinas voltadas à avaliação da necessidade de modulação de efeitos nos precedentes qualificados.

[1124] STF, RE 574706 ED, Relator(a): Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 13/05/2021

[1125] "Decisão que, em sede de ação civil pública movida pela Defensoria Pública, deferiu pedido de medida liminar para obrigar o Estado de São Paulo, ora agravante, a inserir, no prazo de sessenta dias, os campos 'identidade de gênero' e 'orientação sexual' no Registro Digital de Ocorrência, no Boletim de Ocorrência e no Sistema Infocrim. Perigo de dano inverso, no caso, configurado, haja vista que a crise sanitária, sem precedentes na História do Brasil, impõe a adoção de medidas para as quais todos os esforços e recursos do poder público convergem, nesse difícil momento por que passa o País, a exigir do Executivo todo o empenho possível" (TJSP; Agravo de Instrumento 2060250-33.2021.8.26.0000; Relator (a): Luiz Sergio Fernandes de Souza; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento: 14/02/2022; Data de Registro: 15/02/2022)

[1126] STF, STA 357 AgR-terceiro, Relator(a): Cezar Peluso (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 02/08/2010.

[1127] Suspensão de Liminar. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Ordem de regularização dos serviços prestados em hospital público. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. (STF, SL 47 AgR, Relator(a): Gilmar Mendes (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010)

De um lado, a garantia constitucional da parte de ser cientificada pelos meios previstos em lei (por mandado, carta com aviso postal, publicação em Diário Oficial, *etc*) como forma de assegurar as garantias à ampla defesa e ao contraditório, e de outro lado, a realidade de que foi cientificado, mas sem a observância das regras jurídicas regentes dessa ciência do ato processual.

O "princípio" da instrumentalidade das formas[1128] (que nega o processo como um valor em si mesmo e repudia exageros processualísticos) e a teoria de aparência[1129] são vertentes que preconizam a realidade frente a deficiências na aplicação das regras de cientificação. Surgiram, bem verdade, da própria incapacidade de cumprimento das regras jurídicas pelos órgãos públicos responsáveis pela ciência/notificação/intimação/citação das partes, que para não colapsar o ordenamento em decorrência da própria ineficiência do cumprimento de regras, desenvolveram teorias e "princípios" que pudessem equacionar a relação regras/ciência, trazendo a um pouco da realidade ao plano jurídico-dogmático[1130].

A utilização de meios diversos para ciência, especialmente o digital (já autorizado pela legislação) ainda causa divergência em sua aplicação pelo Poder Judiciário. O Superior Tribunal de Justiça, ao decidir o Resp nº 2.026.925, entendeu pela impossibilidade de citação da parte (pessoa física) por meio de rede social, já que o art. 246 do CPC restringe a citação ao endereço eletrônico da parte indicado pelo citando no banco de dados do Poder Judiciário, conforme regulamento do

---

[1128] DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 377/380.

[1129] "A teoria da aparência, de elaboração relativamente recente, encontra campo apropriado de aplicação no direito das obrigações, em especial, de natureza comercial. No direito processual civil, surgiu como reação à circunstância de os representantes legais das pessoas jurídicas nunca estarem no estabelecimento comercial ou colocarem à sua testa pessoas sem o devido e específico mandado para receber citações, com o nítido intuito de se beneficiarem com a nulidade do ato citatório" (CORREIA, André de Luizi. **A citação no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001 p. 347).

[1130] Como bem pontou o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino em seu voto no julgamento do REsp n. 1.976.741/RJ, "o pragmatismo que exigiu da doutrina e da jurisprudência - e agora também da lei - a adoção da teoria da aparência não está imune a críticas, como as do ilustre jurista CALMON DE PASSOS: 'Chocante é a quase irresponsabilidade com que se valida citações de pessoas jurídicas feitas em qualquer empregado da empresa, quando a exigência da lei é que ela seja pessoal' (**Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais.** Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 156). De qualquer forma, como se trata de teoria que vinha sendo amplamente aceita à época da citação em questão, é preciso definir os seus contornos e verificar se, no caso concreto, poderia ter sido invocada para validar a citação da recorrente". (STJ, REsp n. 1.976.741/RJ, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 26/4/2022, DJe de 3/5/2022.)

Conselho Nacional de Justiça (Resolução nº 455 de 27/04/2022[1131]). O endereço eletrônico, por esse entendimento, deve ser aquele indicado pelo próprio citando.

A comunicação eletrônica dos atos processuais de pessoas físicas por endereços eletrônicos como aplicativos de mensagens ou redes sociais, mesmo quando possível a comprovação da ciência pela parte do conteúdo encaminhado e da existência da certeza de sua identidade no ambiente digital (cientificação própria do aplicativo/rede social), não é entendida possível pela atual jurisprudência dominante se não houver prévio credenciamento junto ao Poder Judiciário.

Para melhor contextualização, enquanto há entendimento de que é possível a citação de empresa pelo encaminhamento de carta citatória em endereço físico da empresa, mesmo que recebida por aquele que não ostenta poderes de gerência ou administração, mas que não se identifica dessa forma no ato citatório[1132] (desde que integrante da empresa), na forma do artigo 248, § 2º do CPC, tem-se que essa *ratio decidendi* não é transposta para os meios eletrônicos.

Vê-se, no puro aspecto pragmático, que há uma cisão no Superior Tribunal de Justiça quanto aos atos clássicos de cientificação (especificamente os físicos) e aos atos eletrônicos de cientificação.

Em matéria penal, o consequencialismo pode ser observado em decisões judiciais relativas à aplicação ou não do princípio da insignificância ou bagatela, traduzindo-se no sopesamento entre o grau de reprovação da conduta e do dano ocasionado ao bem jurídico tutelado.

[1131] A Resolução nº 455 de 27/04/2022 do Conselho Nacional de Justiça, em seu art. 2º, inciso III, conceitua endereço eletrônico como toda forma de identificação individualizada para recebimento e envio de comunicação/mensagem digital, tal como o correio eletrônico (e-mail), aplicativos de mensagens, perfis em redes sociais, e o Domicílio Judicial Eletrônico. A citação por meio eletrônico será realizada exclusivamente pelo Domicílio Judicial Eletrônico, nos termos do art. 246 do CPC, com exceção da citação por Edital, a ser realizada via DJEN (art. 18), sendo que a identificação no Domicílio Judicial Eletrônico será feita pelo número do CPF ou do CNPJ mantido junto à Secretaria da Receita Federal do Brasil (art. 19). O cadastro no Domicílio Judicial Eletrônico é obrigatório para a União, para os Estados, para o Distrito Federal, para os Municípios, para as entidades da administração indireta e para as empresas públicas e privadas, para efeitos de recebimento de citações e intimações (art. 16, caput), mas é facultativo para pessoas físicas (art. 16, § 2º).

[1132] "Consoante jurisprudência desta Corte Superior, com base na teoria da aparência, considera-se válida a citação quando, encaminhada ao endereço da pessoa jurídica, é recebida por quem se apresenta como representante legal da empresa, sem ressalvas quanto à inexistência de poderes de representação em juízo. Não se aplica a referida teoria quando a comunicação for recebida por funcionário da portaria do edifício, pessoa estranha aos quadros da pessoa jurídica" (STJ, AgInt no AREsp 476.491/RJ, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 19/11/2019, DJe 22/11/2019).

No âmbito ambiental[1133], cuja proteção jurídica é mais acentuada[1134], o Superior Tribunal de Justiça ostenta decisões da possibilidade da aplicação do princípio da insignificância aos delitos ambientais com forte carga consequencialista em seu conteúdo decisório. Para tanto, desde que demonstrada a ínfima ofensividade ao bem ambiental tutelado[1135], decorrente da presença de fatores concretos como a conduta minimamente ofensiva, a ausência de periculosidade do agente, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a lesão jurídica inexpressiva[1136], é possível reconhecer a atipicidade da conduta[1137].

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Tema nº 1.076 de recursos repetitivos (REsp n. 1.850.512/SP, relator Ministro Og Fernandes, Corte Especial, julgado em 16/3/2022, DJe de 31/5/2022), que tratou da definição do alcance da norma inserta no § 8º do art. 85 do CPC (honorários advocatícios por equidade) nas causas em que o valor da causa ou o proveito econômico da demanda forem elevados, apresentou no voto vencedor um argumento consequencialista pautado na aplicação do art. 20 da LINDB, apontando que a consequência prática do descarte do

---

1133 "Consoante decidido pela Sexta Turma, entendimento em relação ao qual guardo reservas, não é insignificante a conduta de pescar em época proibida, ainda que não tenha sido apreendido qualquer tipo de peixe com o autor do delito. Isso porque, segundo a maioria do colegiado, a questão da relevância ou insignificância das condutas lesivas ao meio ambiente não deve considerar apenas questões jurídicas ou a dimensão econômica da conduta, mas levar em conta o equilíbrio ecológico que faz possíveis as condições de vida no planeta" (STJ, RHC n. 41.172/SC, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 17/3/2015, DJe de 10/4/2015.)

1134 Sobre o sistema norte-americano que envolve agências reguladoras de proteção ambiental, Richard Posner comenta: "o sistema atual de regulamentação ambiental foi criticado por ser inflexível, autoritário, ineficiente e por não situar adequadamente suas prioridades. Os economistas observaram que, se as emissões de poluentes fossem tributadas em vez de não poderem passar de certo valor máximo, as agências reguladoras não mais precisariam determinar os custos da obediência aos padrões ambientais, visto que os poluidores teriam um incentivo para otimizar o controle de emissões, minimizando a somatória de seus gastos com tributos e com o atendimento às exigências ambientais. A regulamentação ambiental também foi criticada por insistir em que todas as fontes poluidoras reduzam suas emissões, sem levar em conta as diferenças nos custos da redução da poluição entre diferentes fontes" (POSNER, Richard Alan. **A problemática da teoria moral e jurídica**. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo WMF Martins Fontes, 2012. p. 372).

1135 STJ, AgRg no REsp n. 1.558.312/ES, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 2/2/2016, DJe de 22/2/2016.

1136 STJ, AgRg no REsp n. 1.870.506/RS, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 11/10/2022, DJe de 3/11/2022

1137 Quanto à aplicação do princípio da insignificância ao delito tipificado no art. 34, parágrafo único, inciso II da Lei nº 9.605/1998, o STJ já decidiu pelo trancamento da ação penal movida em razão da atipicidade material da conduta na seguinte hipótese concreta, com fortes tons de consequencialismo na fundamentação decisória: "O paciente foi preso em flagrante, absolvido pela sentença e condenado pelo acórdão, por estar utilizando somente 12 anzóis de galho, mas nenhum peixe foi pescado ou apreendido em seu poder, tampouco outros petrechos foram encontrados, conforme auto de apreensão constante dos autos, o que configura ausência de lesividade ao bem jurídico tutelado, a atrair a incidência do princípio da insignificância" (STJ, HC n. 688.248/MS, relator Ministro Olindo Menezes [Desembargador Convocado do TRF 1ª Região], Sexta Turma, julgado em 8/3/2022, DJe de 11/3/2022).

texto legal do art. 85, §§ 2º, 3º, 4º, 5º, 6º e 8º, do CPC, sob a justificativa de dar guarida a valores abstratos como a razoabilidade e a proporcionalidade, será um poderoso estímulo comportamental e econômico à propositura de demandas frívolas e de caráter predatório.

Nessa decisão há o argumento do aumento da judicialização como consequência prática da utilização da fixação equitativa de honorários em causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo. Esse argumento é similar à consequência prática submetida ao Supremo Tribunal Federal - mas rejeitada pelo STF -, quando do julgamento da ADI 5.766 (Relator Luis Roberto Barroso, Relator(a) p/ Acórdão: Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 20/10/2021), que declarou inconstitucionais os arts. 790-B, caput e § 4º, e 791-A, § 4º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que previam respectivamente na Justiça do Trabalho o pagamento dos honorários periciais da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita e o pagamento da verba de sucumbência do vencido beneficiário da justiça gratuita sob cláusula suspensiva.

Aliás, o Supremo Tribunal Federal ostenta diversos julgados onde prevaleceu as consequências econômicas e sociais das decisões, em clara postura consequencialista apesar de considerações normativas, no que se convencionou denominar de criptoconsequencialismo[1138].

O Supremo Tribunal Federal fixou a tese no Tema nº 1.127 de repercussão geral no sentido de ser constitucional a penhora de bem de família pertencente a fiador de contratos de locação residenciais e comerciais (RE nº 1.307.334, Relator Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 09-03-2022). Nessa decisão o Ministro relator Alexandre de Moraes destacou que a impenhorabilidade do bem de família do fiador de locação comercial causaria grave impacto na liberdade de empreender do locatário, já que, entre as modalidades de garantia que podem ser exigidas, como caução e seguro-fiança, a fiança é a mais usual, menos onerosa e mais aceita pelos locadores. A declaração de inconstitucionalidade da penhora do bem de família nessa

[1138] SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Verticalização, cláusula de barreira e pluralismo político: uma crítica consequencialista à decisão do STF na ADIN 3685. **Revista Interesse Público**, Porto Alegre, v. 37, p. 69-94, maio/jun. 2006. p. 86/86.

hipótese ocasionaria maior prejuízo ao direito à moradia, já que as locações de bens imóveis tornar-se-iam mais onerosas do ponto de vista das garantias do locador[1139].

O Supremo Tribunal Federal também foi consequencialista no deferimento da medida cautelar na ADPF nº 828 (ADPF 828 TPI-Ref, Relator(a): Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 09-12-2021) para, dentre outras medidas, suspender por 06 meses quanto a ocupações anteriores à pandemia do Covid-19 todas as medidas administrativas ou judiciais que resultassem em despejos, desocupações, remoções forçadas ou reintegrações de posse de natureza coletiva em imóveis que servissem de moradia ou que representassem área produtiva pelo trabalho individual ou familiar de populações vulneráveis, nos casos de ocupações anteriores a 20 de março de 2020, quando do início da vigência do estado de calamidade pública (Decreto Legislativo nº 6/2020).

Na Ação Originária nº 1.773, que trata do regime remuneratório das carreiras da Magistratura e do Ministério Público (auxílio-moradia), houve decisão liminar por parte do relator Ministro Luiz Fux para que todos os juízes federais brasileiros tenham o direito de receber a parcela de caráter indenizatório prevista no artigo 65, inciso II da Lei Complementar nº 35/'979, aplicando-se como regra aplicável para a concessão da referida vantagem o art. 65 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, que, apenas, veda o pagamento da parcela se, na localidade em que atua o magistrado, houver residência oficial à sua disposição e os valores pagos pelo STF a título de auxílio-moradia a seus magistrados. Essa decisão foi revogada após a sanção do projeto de lei nº 27/2016 (atual Lei nº 13.752/2018), que reajustou em 16,3% o subsídio do Ministro do Supremo Tribunal Federal. Dentro os fundamentos da revogação, vê-se o consequencialismo no trecho da conclusão de que "diante das recentes leis de revisão do subsídio de Ministro do STF e do Procurador-Geral da República que purgaram, ainda que parcialmente, a mora constitucional (art. 37, X, da CRFB)", bem como "que a cessação do pagamento do auxílio-moradia só ocorra quando do implemento

[1139] "É certo, porém, que semelhante técnica de decisão gera demanda por estudos científicos — teóricos, empíricos ou experimentais — nos moldes das demais ciências. Caso tivesse sido detectado, por exemplo, que a penhorabilidade do bem de família do fiador não apresenta qualquer influência positiva no mercado de locações de modo a promover o acesso à moradia de não proprietários, é possível que a Corte tivesse decidido de forma diferente. As decisões acima referidas — relativas à Lei Maria da Penha, à Emenda Constitucional nº 26 e à Lei do Bem de Família – são meramente ilustrativas das considerações consequencialistas, não raro amparadas em raciocínio econômico, de que se tem valido o STF" (PARGENDLER, Mariana e SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 262, p. 95-144, jan./abr. 2013, p. 124/125).

financeiro no contracheque do subsídio majorado pelas Leis n.º 13.752/2018 e n.º 13.753/2018". A fundamentação da decisão baseia-se claramente no consequencialismo pautado na análise econômica do Direito:

> No contexto atual, surge um fato novo de amazônica repercussão. O impacto orçamentário do projeto de lei de revisão do subsídio de Ministro do Supremo Tribunal Federal aprovado pelo Congresso Nacional e recentemente sancionado pelo Presidente da República não pode ser desprezado e merece uma análise detida, na medida em que a nova lei repercute intensa e diretamente nos recursos públicos destinados ao pagamento de despesas com pessoal. As recentes Leis n.º 13.752/2018 e n.º 13.753/2018 aprovaram uma recomposição das perdas inflacionárias em um total de 16,38%, purgando, ainda que parcialmente, os efeitos deletérios do prolongado congelamento dos subsídios pagos aos membros do Supremo Tribunal Federal e ao Procurador-Geral da República. (...). Em cenários como esse, o Poder Judiciário deve, sempre que possível, proferir decisões ou modificar as já existentes para que produzam um resultado prático razoável e de viável cumprimento. É que, em uma abordagem pragmática e multidisciplinar, a atuação do juiz, como agente político dotado da missão de resolver conflitos intersubjetivos, deve ser informada por três axiomas: o antifundacionalismo, o contextualismo e o consequencialismo.(...) Aplicando-se tais premissas à hipótese vertente, é de se reconhecer, diante do quadro de crise profunda pelo qual o Estado brasileiro está passando e a recomposição dos subsídios, a impossibilidade prática do pagamento do auxílio-moradia nos moldes em que inicialmente fora deferido aos magistrados e às carreiras jurídicas que, por simetria, percebem a parcela indenizatória em conjunto com a majoração do subsídio resultante do recente reajuste sancionado (Leis n.º 13.752/2018 e n.º 13.753/2018), terminando por acarretar impactos orçamentários insustentáveis. Portanto, numa análise pragmática, não há como escapar da impossibilidade, no momento, das carreiras jurídicas afetadas pelo recente reajuste verem tutelado o pagamento do auxílio-moradia nos moldes assegurados pela liminar deferida e em acúmulo com a recomposição salarial. No atual estado das coisas, impõe-se ao Poder Judiciário o estabelecimento de parâmetros que assegurem o ajuste fiscal das contas públicas[1140].

Os pedidos de intervenção pelo descumprimento voluntário no pagamento de precatório judicial pela insuficiência transitória de recursos financeiros também têm sido analisados com grande dose de consequencialismo pelo Supremo Tribunal Federal.

[1140] STF, Ação Originária nº 1.773, rel. Min Luiz Fux. DJ. 26 de novembro de 2018.

A exaustão financeira, decorrente da baixa arrecadação tributária, á motivou a não decretação da intervenção no ente federativo[1141]. Da mesma forma, há entendimento da impossibilidade da inscrição do Estado-membro nos cadastros desabonadores da União (CAUC/SIAFI/CADIN) em decorrência de pendências administrativas relativas a débitos já submetidos a pagamento por precatório, inclusive quanto ao regime especial de pagamento[1142], por incompatibilidade com o postulado da razoabilidade, em razão dos graves efeitos decorrentes da intervenção federal[1143].

3.2 O consequencialismo contra o ativismo: o teste de deferência do controlador

Para determinado seguimento doutrinário, o consequencialismo previsto no art. 20 da LINDB não pode ser entendido simplesmente como uma vertente do ativismo ou arbitrariedade discricionária do decisor[1144]. É possível uma postura consequencialista que não invada as competências de outros órgãos, respeitando opções políticas legítimas sem adentrar a um ativismo de sobreposição de atribuições[1145].

[1141] "Precatório. Não-pagamento do título judicial em virtude da insuficiência de recursos financeiros para fazer frente às obrigações pecuniárias e à satisfação do crédito contra a Fazenda Pública no prazo previsto no § 1º do artigo 100 da Constituição da República. Exaustão financeira. Fenômeno econômico/financeiro vinculado à baixa arrecadação tributária, que não legitima a medida drástica de subtrair temporariamente a autonomia estatal. (STF, IF 2081 AgR, Relator(a): Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 24/03/2004). No mesmo sentido: "Não se justifica decreto de intervenção federal por não pagamento de precatório judicial, quando o fato não se deva a omissão voluntária e intencional do ente federado, mas a insuficiência temporária de recursos financeiros" (STF, IF 4640 AgR, Relator(a): Cezar Peluso (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 29/03/2012). Em sentido contrário: "Possíveis dificuldades financeiras não são de molde a afastar a intervenção decorrente do descumprimento de ordem judicial" (STF, AI 246272 AgR, Relator(a): Marco Aurélio, Segunda Turma, julgado em 11/04/2000).

[1142] STF, Rcl 31209, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 23.11.2020 e AC 3637 ED-AgR, Relator(a): Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 11/09/2019.

[1143] STF, ACO 3083, Relator(a): Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 24/08/2020

[1144] "Cabe ao julgador, para inobservar a política pública adotada, justificar a sua decisão em eventual falha praticada pelo órgão administrativo competente, e, o que se faz também essencial: considerar os parâmetros e limites definidos pela LINDB - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, notadamente as disposições contidas em seus artigos 20 a 24, que se referem à necessidade de avaliação das consequências práticas da decisão, e aos critérios a serem observados quando do controle da atuação administrativa" (TJMG - Ap Cível/Rem Necessária 1.0261.16.013116-3/002, Relator(a): Des.(a) Áurea Brasil , 5ª Câmara Cível, julgamento em 09/09/2021).

[1145] BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?, 2ª ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2017. p.194/195.

Para tanto, há entendimento de que o art. 20 de LINDB contempla um teste de deferência[1146], que incide na postura do controlador quanto às consequências práticas apontadas pelo controlado:

> A deferência não é um cheque em branco e nem exclui da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito. É o reconhecimento de que há situações em que o Judiciário deve decidir por respeitar as escolhas e avaliações feitas em outros âmbitos. É papel do Judiciário determinar o grau devido de deferência avaliando se a resolução de uma disputa requer a análise de fatos e dados complexos, bem como se uma norma ou política pública é resultado do arbítrio ou de um processo transparente, refletido e informado. Aqueles que esperam do Judiciário grandes transformações sociais talvez se incomodem com a ideia de deferência, mas vale lembrar que o uso pouco rigoroso da empiria e dos princípios pode ser igualmente usado para promover ou barrar reformas conservadoras ou progressistas, liberalizantes ou estatizantes. Falar em deferência também pode soar descolado da realidade de desconfiança na política e na Administração, mas consequenciachismo e principiachismo seguramente não colaboram para a credibilidade da Justiça[1147].

No campo do debate acerca das capacidades institucionais[1148] e diálogo de racionalidades das escolhas administrativas, sobrelevaria a necessidade de

---

[1146] "Outro pressuposto da nova LINDB — subjacente a todos os demais — é que a administração pública interpreta e sua interpretação tem peso. Administrar não é aplicar a lei de ofício, mas sim interpretar normas públicas para aplicação em casos concretos, sobretudo no Brasil, cujas leis dirigidas à administração são pouco detalhistas e prenhes de indeterminação jurídica. A interpretação é, portanto, uma tarefa indissociável da implementação. Neste sentido, os arts. 20 a 22 da LINDB devem ser lidos como testes de deferência" (CARDOSO, Henrique Ribeiro e SANTOS, Mateus Levi Fontes. A deferência judicial redimida. **Revista de Direito Administrativo**, v. 282, n. 1, p. 139–172, 2023. p. 146/147).

[1147] WANG, Daniel Wei Liang. Entre o consequenciachismo e o principiachismo, fico com a deferência: há situações em que o Judiciário deve decidir por respeitar as escolhas e avaliações feitas em outros âmbitos. **Portal Jota**, 20/09/2018. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/entre-o-consequenciachismo-e-o-principiachismo-fico-com-a-deferencia-20092018. Acesso em: 28 ago. 2023.

[1148] SUNSTEIN, Cass Robert. e VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. ***Michigan Law Review***, vol. 101, nº 4, p. 885-951, fev. 2003.

autorrestrição[1149] controladora em respeito à capacidade institucional[1150] – incluindo a técnica[1151] e política[1152] – o que atrairia a aplicação da deferência do órgão controlador quanto à opção feita pelo órgão controlado no que tange às consequências práticas apontadas, desde que lícitas e dentro de uma margem de opção legítima[1153]:

> O art. 20, o art. 21 e o art. 22 da Lei de Segurança Jurídica devem ser lidos como testes de deferência. Se diante de uma concessão de serviço público o controlador não conseguir indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas ou não puder indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional, equânime e sem prejuízo de interesses gerais, então ele não deverá invalidar, pedir sua invalidação ou celebrar ajuste de conduta. Não podendo o controlador cumprir com os ônus argumentativos, a interpretação administrativa merece deferência e a ação administrativa deve ser preservada[1154].

Principalmente com suporte na teoria norte-americana desenvolvida a partir dos fundamentos do julgamento do caso *Chevron* pela Suprema Corte Americana[1155]

[1149] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões da autorrestrição judicial. In: LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio e NERY JÚNIOR, Nelson. **Crise dos Poderes da República**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.p. 243-264. p.249.

[1150] "If courts review government decisions based on technical scientific or economic information, judges are frequently at a disadvantage because of their lack of expertise outside of the law. Yet these decisions require oversight because of the risk of capture and of simple incompetence. Public choices can lack both democratic legitimacy and technical validity, and they can violate rights. However, courts are not equipped to provide indepth review of regulatory substance. Hence, our first claim is that judicial review of the substance of executive branch policy is likely to be poorly executed, especially in technically complex areas. The French case study illustrates the pathologies that can arise; in contrast, Canada's deferential review for 'reasonableness' is a positive model. Concern for the protection of individual rights has motivated the French courts, but they have carried out their aggressive review in a way that could undermine executive policymaking under delegated authority" (JORDÃO, Eduardo; ROSE-ACKERMAN, Susan. Judicial Review of Executive Policymaking in Advanced Democracies: Beyond Rights Review. ***Administrative Law Review***, v. 66, p. 1-72, 2014. Yale Law School. p.68).

[1151] "O Poder Judiciário deve atuar, em princípio, com deferência em relação às decisões técnicas formuladas por órgãos governamentais, máxime em razão da maior capacidade institucional para o equacionamento da discussão". (STF, SL 1425 AgR, Relator(a): Luiz Fux (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 24/05/2021).

[1152] Como curiosidade histórica, o art. 68 da Constituição de 1934 previa ser vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas.

[1153] "The executive should be based on a civil service that is politically responsible without being politicized itself by developing a culture of reflective. To bolster members of the public service with a certain institutional and habitual independence is an old instrument to buffer a constitutional system against political volatility. (...) No rule of law can transform a civil service into a neutral institution, but, especially in systems with a defined democratic tradition, it may have a stabilizing function without assuming an oligarchic role" (MÖLLERS, Christoph. Separation of Powers. In: MASTERMAN, Roger e SCHÜTZE, Robert [org.]. ***The Cambridge Companion to Comparative Constitutional Law***. United Kingdom: Cambridge University Press, 2019. p. 231-257. p. 255).

[1154] BONACORSI DE PALMA, Juliana. Segurança jurídica para a inovação pública: a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro [Lei no 13.655/2018]. **Revista de Direito Administrativo**, v. 279, n. 2, p. 209–249, 2020. p. 232.

[1155] SILVEIRA, André Bueno. da. Doutrina Chevron no Brasil: uma alternativa à insegurança jurídica. **Revista de Direito Administrativo**, v. 276, p. 109–146, 2017. p. 143/144.

(*expertise* e *accountability política*[1156]), a teoria da deferência também perpassa pelo reconhecimento da autolimitação jurisdicional[1157], em algumas situações concretas, que evite sua atuação como legislador positivo[1158]. Essa foi a interpretação, por exemplo, que fundamentou a rejeição de ação de inconstitucionalidade por omissão em face de vetos apostos pela Presidência da República pelo exercício de seu juízo de conveniência política quanto aos arts. 17 e aos §§ 1º e 2º do art. 18 do projeto de lei que originou a Lei nº 9.868/1999[1159].

O reconhecimento dessa autolimitação jurisdicional pelo Supremo Tribunal Federal repousa especialmente em matéria envolvendo a relação tributária entre Estado e contribuintes[1160]. Assim, em relações envolvendo tributos – incluindo

---

[1156] SUNSTEIN, Cass R. e VERMEULE, Adrian. *Lei & Leviatã: resgatando o Estado administrativo*. Tradução: Nathalia Penha Cardoso de França. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021. p. 106.

[1157] JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma administração pública complexa**: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 131/141.

[1158] Em sede de controle concentrado, o STF já decidiu: "A ação direta de inconstitucionalidade não pode ser utilizada com o objetivo de transformar o Supremo Tribunal Federal, indevidamente, em legislador positivo, eis que o poder de inovar o sistema normativo, em caráter inaugural, constitui função típica da instituição parlamentar. Não se revela lícito pretender, em sede de controle normativo abstrato, que o Supremo Tribunal Federal, a partir da supressão seletiva de fragmentos do discurso normativo inscrito no ato estatal impugnado, proceda à virtual criação de outra regra legal, substancialmente divorciada do conteúdo material que lhe deu o próprio legislador" (STF, ADI 1063 MC, Relator(a): Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 18/05/1994). Em sentido contrário, adequando a motivação em face da nova interpretação (atuação como legislador positivo, o STF reconheceu o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da CF para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBTQIA+ e deu interpretação conforme à Constituição para enquadrar a homofobia e a transfobia em qualquer que seja a forma de sua manifestação nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89 (crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor - racismo) até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional (STF, ADO 26, Relator(a): Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2019).

[1159] Conforme voto da Ministra Cármen Lúcia, "o pretenso reconhecimento de legitimidade constitucional pelo Supremo Tribunal Federal de textos normativos vetados pelo Presidente da República, notadamente quando fundamentado o veto, como na espécie, em estrito juízo de conveniência, poderia consignar a este Supremo Tribunal um verdadeiro poder de interferência positiva na ordem legislativa. A pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assentou, com fundamento na interpretação dos princípios da harmonia e independência entre os poderes, a impossibilidade de, em sede jurisdicional, criar-se norma geral e abstrata em substituição ao legislador" (STF, ADI 2154, Relator(a): Dias Toffoli, Relator(a) p/ Acórdão: Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 03/04/2023

[1160] "A concessão de qualquer benefício fiscal está situada no âmbito da conveniência e oportunidade do Estado, não havendo que se falar, portanto, em tratamento anti-isonômico quando da imposição das restrições pertinentes (...) Sobre a matéria, em contexto ligeiramente diverso, esta Suprema Corte, no julgamento do RE 640.905-RG, Tema 573 da repercussão geral, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 1º/2/2018, já teve a oportunidade de se manifestar acerca da ausência de violação ao princípio da isonomia em caso de opção do ente federado pela exclusão de determinados contribuintes do rol de favorecidos por benefício fiscal. Some-se, ainda, que esta Suprema Corte tem entendimento consolidado no sentido de que não cabe ao Poder Judiciário atuar como legislador positivo, para conceder ou estender benefício fiscal não previsto na legislação tributária" (STF, ARE 1415813 AgR, Relator(a): Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 08/08/2023).

contribuições sociais e previdenciárias[1161] -, e outras contraprestações de natureza não-tributária[1162] ou obrigações envolvendo, por exemplo, concessionárias de serviços públicos[1163], a tendência jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal é historicamente pela não-intervenção, prestigiando o equilíbrio financeiro estatal e a relações jurídico-contratuais entre poder concedente federal e concessionárias de serviços públicos.

Historicamente o Supremo Tribunal Federal reconhece que a extensão jurisdicional de isenções e benefícios tributários *lato sensu* encontra limitação na separação entre os Poderes, não podendo o Poder Judiciário atuar como legislador positivo de modo a ampliar o alcance, através de interpretação jurisdicional, desses benefícios tributários[1164].

No julgamento da ADPF nº 501, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da súmula nº 450 do Tribunal Superior do Trabalho e invalidar decisões judiciais não transitadas em julgado que, amparadas no texto sumular, tenham aplicado a sanção de pagamento em dobro com base no art. 137 da CLT.

A súmula nº 501 do TST previa que “é devido o pagamento em dobro da remuneração de férias, incluído o terço constitucional, com base no art. 137 da CLT, quando, ainda que gozadas na época própria, o empregador tenha descumprido o prazo previsto no art. 145 do mesmo diploma legal”.

O STF reconheceu que o Poder Judiciário não pode atuar como legislador positivo de modo a ampliar o âmbito de incidência de sanção prevista no art. 137 da CLT para alcançar situação diversa, já sancionada por outra norma em face da ausência de lacuna justificadora da construção jurisprudencial analógica (violação à reserva legal), devendo os poderes de Estado atuar de maneira harmônica, privilegiando a cooperação e a lealdade institucional e afastando as práticas de

---

[1161] STF, ADI 3798, Relator(a): Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 14/12/2021 e ARE 1412273 AgR, Relator(a): Edson Fachin, Segunda Turma, julgado em 15/08/2023.
[1162] STF, ARE 1250571 ED-AgR, Relator(a): Edson Fachin, Segunda Turma, julgado em 03/07/2023.
[1163] STF, ADI 5040, Relator(a): Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 04/11/2020 e ADI 3110, Relator(a): Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 04/05/2020.
[1164] STF, AI 360461 AgR, Relator(a): Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 06/12/2005; ARE 1004455 AgR, Relator(a): Nunes Marques, Segunda Turma, julgado em 17/08/2021 e ARE 1245821 AgR, Relator(a): Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 27/04/2020.

guerrilhas institucionais, que acabam minando a coesão governamental e a confiança popular na condução dos negócios públicos pelos agentes públicos[1165].

A deferência, portanto, é o autorreconhecimento dos limites constitucionais e legais do órgão que exerce controle de atos de outros órgãos[1166]:

> O conceito proposto de aproximação deferente se afasta da lógica da insindicabilidade das escolhas administrativas – resultado que já se apontou, é de difícil sustentação no ambiente democrático inaugurado pela Carta de 1988. De outro lado, sua tríplice dimensão desnivelamento cognitivo, investigação quanto à fidelidade à autovincularão e provocação a uma dialética de racionalidades no exercício do controle favorece o expurgo de análises subjetivas, que em nada contribuem para o ideal de estabilidade de previsibilidade que é inerente à segurança jurídica. Com isso, tem-se por evidenciada a possibilidade constitucional de um controle judicial que revele, em relação às escolhas administrativas, uma aproximação deferente –sem que com isso se tenha qualquer arranhão à garantia constitucional de acesso à justiça[1167].

[1165] Consta do voto do relator Ministro Alexandre de Moraes: "Como recorrentemente destaco, apesar de independentes, os poderes de Estado devem atuar de maneira harmônica, privilegiando a cooperação e a lealdade institucional e afastando as práticas de "guerrilhas institucionais", que acabam minando a coesão governamental e a confiança popular na condução dos negócios públicos pelos agentes políticos. (...) Assim, em respeito aos referidos núcleos axiológicos extraídos da Constituição Federal, a judicatura e os Tribunais, em geral, que carecem de atribuições legislativas e administrativas enquanto funções típicas, não podem, mesmo a pretexto de concretizar o direito às férias do trabalhador, transmudar os preceitos sancionadores da Consolidação das Leis do Trabalho, dilatando a penalidade prevista em determinada hipótese de cabimento para situação que lhe é estranha (...)" (STF, ADPF 501, Relator(a): Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 08/08/2022)

[1166] "O dever de deferência do Judiciário às decisões técnicas adotadas por entidades reguladoras repousa na (i) falta de expertise e capacidade institucional de tribunais para decidir sobre intervenções regulatórias, que envolvem questões policêntricas e prognósticos especializados e (ii) possibilidade de a revisão judicial ensejar efeitos sistêmicos nocivos à coerência e dinâmica regulatória administrativa. A natureza prospectiva e multipolar das questões regulatórias se diferencia das demandas comumente enfrentadas pelo Judiciário, mercê da própria lógica inerente ao processo judicial. A Administração Pública ostenta maior capacidade para avaliar elementos fáticos e econômicos ínsitos à regulação. Consoante o escólio doutrinário de Adrian Vermeule, o Judiciário não é a autoridade mais apta para decidir questões policêntricas de efeitos acentuadamente complexos (VERMEULE, Adrian. ***Judging under uncertainty**: An institutional theory of legal interpretation*. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 248–251). A intervenção judicial desproporcional no âmbito regulatório pode ensejar consequências negativas às iniciativas da Administração Pública. Em perspectiva pragmática, a invasão judicial ao mérito administrativo pode comprometer a unidade e coerência da política regulatória, desaguando em uma paralisia de efeitos sistêmicos acentuadamente negativos" (STF, RE 1083955 AgR, Relator(a): Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 28/05/2019).

[1167] LÍRIO DO VALLE, Vanice Regina. Deferência judicial para com as escolhas administrativas: resgatando a objetividade como atributo do controle do poder. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 25, n. 1, p. 110–132, 2020. p. 129.

A deferência tem fundamento em instrumentos de freios e contrapesos[1168], inerentes à separação entre os Poderes[1169] e aos instrumentos de restrição do arbítrio por mecanismos indutores de limites que embasam a autocontenção[1170] (*self-restraint*)[1171].

Ao adotar a deferência e considerar a capacidade decisória racional do órgão controlado dentro de suas opções legítimas e legais[1172] - incluindo a consequências

[1168] "Em atenção aos princípios da separação dos poderes, da eficiência administrativa e da razoabilidade, cabe ao Supremo atuar com cautela e deferência à capacidade institucional do administrador quanto às soluções encontradas pelos órgãos técnicos, tendo em vista a elaboração e implementação de política pública de elevada complexidade e repercussão socioeconômica" (STF, ADPF 887, Relator(a): Nunes Marques, Tribunal Pleno, julgado em 03/07/2023). Ainda nesse sentido: "Un sistema institucional más sensato, en cambio, podría orientarse a facilitar otro tipo de relaciones entre los poderes, permitiendo la mutua corrección entre los mismos. El Poder Judicial, por caso, podría obligar al poder político a rever su decisión, o a fundamentarla o justificarla de otro modo. En tal sentido, y entre otras cosas, debería ocuparse de hacer exactamente lo que hoy se niega a hacer, que es exigirle al poder político que dé razones públicamente aceptables de sus decisiones, impidiendo que las leyes sean el mero producto de las presiones de grupos de interés, el mero producto de intercambios de favores, o el mero resultado de la voluntad arbitraria de una ocasional mayoría parlamentaria. Una decisión democrática es algo distinto de todo aquello: es la que resulta de un debate colectivo, inclusivo, abierto, entre iguales, y que tiene un privilegiado centro de desarrollo en el Parlamento. El Poder Judicial, en tal sentido, debería ayudar a que el sistema de toma de decisiones se aleje cada vez más del escenario ficcional en el que hoy se ubica: un mundo en donde las decisiones públicas invocan la voluntad popular sin consultarla, mientras afirman los intereses de una élite cualquiera (política, económica, religiosa) según su capacidad de influencia" (GARGARELLA, Roberto. ***Teoría y Crítica del Derecho Constitucional***. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008. p.147).

[1169] GARGARELLA, Roberto. O novo constitucionalismo dialógico, frente ao sistema de freios e contrapesos. In: VIEIRA, José Ribas; LACOMBE, Margarida; LEGALE, Siddharta. **Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 74/75.

[1170] MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica decisória e diálogo institucional: decidir menos para deliberar melhor. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 2, n. 1, p. 49-85, jan./jun. 2022.

[1171] "Descabe transformar o Supremo Tribunal Federal em instância recursal, revisora geral e irrestrita, das decisões administrativas tomadas pelo Tribunal de Contas da União, no regular exercício de suas atribuições constitucionalmente estabelecidas. Ressalvadas as hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia, impõe-se ao Poder Judiciário autocontenção (judicial *self-restraint*) e deferência às valorações realizadas pelos órgãos técnico-especializados, sobretudo os dotados de previsão constitucional para tanto, dada sua maior capacidade institucional para o tratamento da matéria" (STF, MS 38678 AgR, Relator(a): Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 22/02/2023).

[1172] Enunciado nº 16 da 1ª Jornada de Direito Administrativo do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo de 2019: Diante da indeterminação ou amplitude dos conceitos empregados pela lei, se, no caso concreto, a decisão do administrador mostrar-se razoável e conforme o direito, o controlador e o juiz devem respeitá-la, ainda que suas conclusões ou preferências pudessem ser distintas caso estivessem no lugar do gestor. (IBDA. Enunciados do IBDA sobre a interpretação da LINDB. **Fórum Administrativo** – FA, Belo Horizonte, ano 19, n. 221, p. 167-168, jul. 2019. p. 168).

práticas expostas em seu juízo de prognose[1173] -, o controlador assume um papel de respeito à institucionalidade constitucional, evitando ativismo desmensurados que afetem o plano de justificação do órgão controlado[1174]:

> Com efeito, naqueles campos em que, por sua alta complexidade técnica e dinâmica específica, falecem parâmetros objetivos para uma atuação segura do Poder Judiciário, a intensidade do controle deverá ser tendencialmente menor. Nestes casos, a expertise e a experiência dos órgãos e entidades da Administração em determinada matéria poderão ser decisivas na definição da espessura do controle (...) Tem aqui grande utilidade a chamada análise de capacidades institucionais, como instrumento contrafático que indicará os limites funcionais da atuação dos órgãos administrativos, legislativos e judiciais. (...) A proposta da virada institucional é a de que as estratégias interpretativas devam levar em consideração a capacidade da instituição responsável pela tomada de decisão. O Poder Judiciário é o foco principal dessa preocupação. Afinal, é o Judiciário quem, potencialmente, poderá dizer a última palavra sobre a juridicidade de atos e medidas dos demais Poderes[1175].

Dessa forma, diante das diferentes teorias que desembocam no respeito às escolhas do órgão controlado pelo órgão controlador, desde que legítimas e legais (*teoria das capacidades institucionais, dos diálogos constitucionais e da deferência*, por exemplo), tem-se que a aplicação do consequencialismo previsto no art. 20 da

---

[1173] "A incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (Lei 8.080/1990, art. 19-Q). Tendo, a Conitec, avaliado as evidências científicas sobre eficácia, segurança, custo-efetividade e impacto orçamentário do medicamento Nintedanibe para o tratamento de Fibrose pulmonar, e concluído, em Relatório de Recomendação, por sua não incorporação para dispensação na rede pública, não pode o Poder Judiciário substituir-se ao admi nistrador, sem qualquer fundamento ou indicação de ilegalidade perpetrada, e determinar o seu fornecimento com base apenas em laudo de médico particular. Cabe ao julgador, para inobservar a política pública adotada, justificar a sua decisão em eventual falha praticada pelo órgão administrativo competente, e, o que se faz também essencial: considerar os parâmetros e limites definidos pela LINDB - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, notadamente as disposições contidas em seus artigos 20 a 24, que se referem à necessidade de avaliação das consequências práticas da decisão, e aos critérios a serem observados quando do controle da atuação administrativa" (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.23.141502-7/001, Relatora Desa. Áurea Brasil , 5ª Câmara Cível, julgamento em 28/09/2023, publicação da súmula em 02/10/2023).

[1174] VERMEULE, Adrian. ***Judging under uncertainty****: An institutional theory of legal interpretation.* Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 247/250.

[1175] BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*,* 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p.241/242.

LINDB está, na verdade, primeiro a exigir uma linguagem realista do decisor[1176] apoiado em quais consequências concretas derivarão do ato decisório[1177].

O consequencialismo do art. 20 não permite uma conclusão segura de se tratar de um teste de deferência do órgão controlador ao órgão controlado em virtude da deferência se encontrar em um *locus* analítico diverso do consequencialismo. Enquanto a deferência está na seara paradigmática de quem decide (ex., substituição do controlado pelo controlador), o consequencialismo está no âmbito paradigmático de como decidir [1178] (decisão observando as consequências práticas ou decisão deontológica pelas consequências antevistas pela legislação positiva[1179]).

Por fim, um difícil tema sobre o assunto é justamente o exercício dessa deferência pelo órgão de controle, visto que isso implica em uma autorrestrição que nem sempre ocorre por parte do órgão controlador[1180].

Isso porque há dependência do exercício de autocontenção por parte dos integrantes do próprio órgão controlador, perpassando por questões relevantes de diferentes índoles e vieses, como a intenção de concentração de poder para melhoria de benefícios pessoais ou corporativos; o apreço exagerado com a opinião pública e midiática; a avocação indevida de competências para demonstração pública de importância, erudição, relevância ou prestígio; a demonstração exagerada de

---

[1176] TOSTA, André Ribeiro. Realismo e a LINDB: amor à primeira vista? In: SANTOS DE MENDONÇA, José Vicente e LEAL, Fernando (org.). **Transformações do Direito Administrativo: Direito Público e regulação em tempos de pandemia**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2020. p. 129-156. p. 147.

[1177] SUNSTEIN, Cass R. e VERMEULE, Adrian. **Lei & Leviatã**: resgatando o Estado administrativo. Tradução: Nathalia Penha Cardoso de França. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021. p. 158/162.

[1178] "Por fim, na verdade, também é falsa a oposição entre consequencialismo x principialismo, de um lado, e deferência x ativismo, de outro. Deferência judicial não é uma resposta para o tipo de pergunta que separa a escolha entre justificar uma decisão judicial em princípios ou consequências. São debates distintos, que envolvem conjuntos independentes de perguntas e respostas. O debate sobre deferência enfatiza prioritariamente a questão 'quem deve decidir?', enquanto a discussão sobre fundamentar ou não decisões em princípios ou em consequências enfoca a pergunta 'como decidir?'. Exatamente porque as perguntas são diferentes e independentes, é possível sustentar com razões consequencialistas, por exemplo, posturas de maior deferência judicial. Por exemplo, podemos argumentar que as consequências da adoção de uma ou outra postura decisória são comparativamente melhores às das alternativas concorrentes em um dado arranjo institucional" (LEAL. Fernando. Consequenciachismo, principialismo e deferência: limpando o terreno. Dilema é, de fato, meramente aparente. **Portal Jota**, 1º.10.2018. Disponível em: https://www.jota.info/stf/supra/consequenciachismo-principialismo-e-deferencia-limpando-o-terreno-01102018. Acesso em: 02.04.2023).

[1179] REALE. Miguel. **Teoria tridimensional do direito**, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p.121/123.

[1180] Exemplo ocorreu no julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça do AREsp n. 2.171.004/SC (relator Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 19/9/2023, DJe de 25/9/2023). Foi decidido que o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção por meio de outros elementos contidos nos autos, com a indicação das razões da formação de seu livre convencimento motivado. No caso o juiz, contrariando laudo pericial elaborado por *expert*, considerou que determinada área era de preservação ambiental.

intelectualidade-catedrática e vaidade dos membros do órgão de controle; a integridade histórica-institucional do órgão e a vocação ou inclinação ideológica de seus membros, dentre outros aspectos que influenciam a autocontenção e deferência no exercício do controle.

3.3 As consequências econômicas do art. 20 da LINDB: Houve adesão legislativa brasileira à Análise Econômica do Direito?

Em um amplo espectro, é possível concluir pela existência de duas posições sobre a questão da positivação ou não no direito brasileiro (adesão legislativa) dos preceitos da Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*[1181]) através do art. 20 da LINDB.

Essas duas posições são divididas por divergências de paradigmas filosóficos-hermenêuticos, especialmente lotados em teorias da decisão jurídica e teorias do direito[1182].

[1181] "The modern field of 'law and economics' (that is, of economic analysis of law) dates from the 1960s. Until then, Jeremy Bentham's economic analysis of criminal law having been forgotten, economics was thought relevant to only a few fields of law, all commercial—antitrust law, public utility and common carrier regulation, and tax law. By the end of the 1960s, as a result of articles (and the occasional book) by William Baxter, Gary Becker, Guido Calabresi, Ronald Coase, Harold Demsetz, William Landes, Henry Manne, and others, economics was understood to be relevant to the entire domain of the law—relevant both to understanding the law (positive analysis) and to reforming it (normative analysis)" (BECKER, Gary Stanley e POSNER, Richard Allen. The Future of Law and Economics. In: PARISI, Francesco (org.). ***The Oxford Handbook of Law and Economics****: Volume 1: Methodology and Concepts*. United Kingdom: Oxford University Press, 2017. E-book).

[1182] "O que o pragmatismo, a análise econômica do direito e a economia comportamental têm a dizer sobre o princípio republicano? E sobre a dignidade humana? E sobre a liberdade de expressão? Se o direito é um jogo, uma estratégia, então ele já não será Direito. Resumindo: análise econômica e economia comportamental desconsideram, abertamente, a distinção filosófica entre *behavior* (comportamento) e *action* (ação). A primeira dá conta de nossa dimensão animal e sensitiva; a segunda, de nossa racionalidade. A primeira é analisada por meio de compreensão causal-descritiva. A segunda, por meio de compreensão avaliativa e reflexiva. Por que ressalto isso? Porque, e isso é muito simples, o objeto próprio do Direito não é o comportamento, mas a ação. A agência humana, em e na linguagem, com tudo que envolve as diversas razões para agir de nosso raciocínio prático" (STRECK, Lenio Luiz. Ainda o CNJ e concursos: direito se resumirá ao estudo de vieses? **Consultor Jurídico**, 07 out. 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-out-07/senso-incomum-ainda-cnj-concursos-direito-resumira-estudo-vieses. Acesso em: 10 out. 2023).

Diante dos desacordos teóricos existentes entre os dois posicionamentos[1183], importa destacar justamente a questão se a AED implica ou não na fragilização da autonomia do direito como ciência pela influência de elemento exógeno (economia), impossibilidade a construção do direito como integridade no sentido dworkiniano[1184].

A corrente que sustenta que o art. 20 da LINDB representa uma adesão legislativa à Análise Econômica do Direito (AED), entende que as consequências práticas seriam aquelas relacionadas com efeitos financeiros e econômicos da decisão, incluindo previsíveis externalidades de determinadas políticas públicas[1185].

As normas jurídicas, dessa forma, sofreriam influência de fatores econômicos e financeiros, exógenos ao próprio Direito:

> É que não se cogita mais que as normas jurídicas sejam consideradas como um fator exógeno ao sistema econômico. Muito ao contrário, cada vez mais, os agentes econômicos passam a comprar custos e benefícios, antes de tomar uma decisão – seja ela econômica, social ou institucional. Para além de fazer justiça, as normas jurídicas devem ter um viés de otimização (sob um critério de utilidade) da repartição de recursos escassos, o que legitima a sua interpretação à luz de critérios consequencialistas atrelados à eficiência e à racionalidade. Trata-se de uma concepção já bem desenvolvida nos países que possuem sistemas jurídicos regidos pela commom law, denominada Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*). Cuida-se de uma análise consequencialista na medida em que leva em consideração futuras (em termos probabilísticos), com um viés prospectivo[1186].

Mesmo antes da inclusão do art. 20 da LINDB, já existia no Direito Administrativo brasileiro o entendimento de que a própria previsão da eficiência como princípio constitucional da Administração Pública traduziria o entrelaçamento entre

---

[1183] "Para o pragmatismo jurídico, teorias éticas ou morais operam sobre a formulação do direito, mas, na maior parte das vezes (ou, ao menos, frequentemente), a porção mais importante de uma legislação é o proviso 'exceto em caso em que fatores preponderantes prescrevam o contrário'. (...) O pragmatismo pode ser considerado uma teoria ou postura que aposta em um constante 'estado de exceção hermenêutico' para o direito; o juiz é o protagonista, que 'resolverá' os casos a partir de raciocínios e argumentos finalísticos. Trata-se, pois, de uma tese anti-hermenêutica e que coloca em segundo plano a produção democrática do direito. Nesse contexto – para trazer a problemática para o âmbito da cotidianidade das práticas jurídicas –, sequer se questiona a não suscitação de incidentes de inconstitucionalidades, assim como não se põe em xeque o ensino jurídico sustentado em manuais meramente reprodutores da lei em plena era pós-positivista e de constitucionalismo contemporâneo! São apenas alguns dos aspectos que perfazem o estado da arte da operacionalidade do direito no Brasil" (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 325/326).

[1184] DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 271/331.

[1185] COOTER, Robert e ULEN, Thomas. ***Law and Economics**, 6ª ed*. London: Addison-Wesley, 2016. p.40.

[1186] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo e VÉRAS DE FREITAS, Rafael. **Comentários à Lei nº 13.655/2018 [Lei da Segurança para a Inovação Pública]**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019. p.46/47.

direito e economia[1187], sendo inevitável, diante da escassez de recursos financeiros, a recolocação dos fatos a partir de um raciocínio econômico, ampliando a capacidade cognitiva do direito nesse sentido[1188]:

> A guinada pragmática do direito administrativo terá especial relevância para se compreender, explicar e justificar a tendência à economicização do poder de polícia. A novidade não consiste, decerto, na incidência da função ordenadora sobre as atividades econômicas, mas pela penetração dos fundamentos e categorias da ciência econômica– em particular, dos conceitos da regulação econômica – no direito administrativo, instrumentalizando o velho poder de polícia. Como ciência baseada em investigações empíricas e nos efeitos concretos dos incentivos sobre o comportamento de agentes econômicos e consumidores, a economia fornecerá valiosos subsídios para o uso pragmático do direito administrativo, com vistas à maximização dos resultados pretendidos pela ordem político-jurídica[1189].

As normas jurídicas passariam a sofrer a influência de conceitos financeiro-econômicos com o escopo de maximizar os resultados[1190] ("consequências práticas") através da relação custo-benefício obtida pela equação do conteúdo normativo/caso concreto/consequências da decisão[1191].

[1187] A eficiência foi incluída como princípio da Administração Pública no caput do art. 37 através da Emenda Constitucional nº 19/1998. Ver nesse sentido: LEAL, Fernando. Propostas para uma abordagem téorico-metodológia do dever constitucional de eficiência. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 15, agosto/setembro/outubro, 2008.

[1188] CYRINO, André. **Direito Administrativo de carne e osso**: estudos e ensaios. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2020. p. 68.

[1189] BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016.p 67/68.

[1190] BUENO DA SILVEIRA, André. **Análise econômica do Direito e Teoria dos Jogos**, 2ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2023. p. 458/460.

[1191] "(...) Pertinente ao conflito entre argumentos consequencialistas e argumentos deontológicos, não se pode dizer exatamente que argumentos deontológicos devem prevalecer sempre, sem correr o risco de simplificar exageradamente a justificação racional de uma decisão. Isto é, caso se parta da premissa de que o argumento consequencialista influencia o processo de criação da norma (judicial) e todas as decisões devem almejar, ao menos, não produzir efeitos nefastos para o ordenamento, não há problema no fato de que, eventualmente, argumentos consequencialistas prevaleçam numa decisão judicial. Muito embora, especialmente na realidade brasileira, seja mais adequado para o convencimento da decisão que ela se apoie claramente em argumentos deontológicos, que são, em geral, mais aceitos por todos os juristas. (...). Do ponto de vista retórico, é possível especular que argumentos consequencialistas de cunho econômico são menos convincentes do que argumentos consequencialistas jurídicos. Embora haja no Brasil alguns defensores da análise econômica do direito, quando se classifica um argumento como econômico certamente há uma perda da força para o convencimento. Especulando além do rótulo, o uso de argumentos consequencialistas de cunho econômico é comum, como o argumento de que a decisão inibiria investimentos estrangeiros, geraria desemprego etc., mas ainda assim é visto com reservas por boa parte dos autores" (CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. Argumento consequencialista no Direito. **Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL**. V. 6, n. 3 (2015), p: 4-27. p. 20/21).

Pela análise normativa do custo-benefício na Análise Econômica do Direito[1192] (*normative cost-benefit analysis*), a resposta prática para embasar a decisão a ser tomada deve ser guiada pela maximização do benefício social (*social wealth maximization value*)[1193]. Dessa forma, a inclusão das consequências práticas no texto legislativo do art. 20 implicaria, normativamente, na alteração do modelo brasileiro do *Homo Iuridicus* para o modelo do *Homo Economicus*[1194]*:*

> Especificamente no terreno do direito público, que usualmente normatiza as escolhas públicas, o pragmatismo jurídico, servindo-se de instrumental de teoria econômica mostra-se apto a compreender a significação econômica das medidas jurídicas. (...) A legitimação democrática das decisões não provém unicamente da conformidade a parâmetros preestabelecidos (da observância da legalidade, por exemplo), mas também dos seus efeitos práticos sobre as pessoas. E o Direito, como instrumento democrático, deve estar preocupado não só em afirmar direitos ou valores, mas em promover o bem-estar das pessoas concretas. Neste sentido, reconhecer um direito concretamente a uma pessoa - especialmente em termos de custos e benefícios - pode significar negar esse mesmo direito (concretamente) e talvez vários outros a muitas pessoas que possivelmente sequer são identificadas em um dado litígio. E uma análise pragmática não pode descurar desses efeitos prospectivos e concretos. Não pode esquecer a realidade[1195].

Como argumento consequencialista econômico-financeiro típico da Análise Econômica do Direito, colhe-se como exemplo a alegação exposta pela Advocacia Geral da União (AGU) na ADI nº 5090.

Na ADI nº 5.090, que trata da correção monetária pela Taxa Referencial (TR) dos depósitos/contas vinculadas de FGTS[1196] (art. 13, caput, da Lei nº 8.036/1990 c/c

---

[1192] YEUNG, Luciana e CAMELO, Bradson. **Introdução à Análise Econômica do Direito**. Salvador: Editora JusPodivm, 2023. p. 51/52.

[1193] MORENO-CRUZ, Diego. Three Realistic Strategies for Explaining and Predicting Judicial Decisions. In: MATHIS, Klaus (org.) **Law and Economics in Europe**: Foundations and Applications. London: Springer Netherlands, 2014. p. 93-124. p. 117-118

[1194] GOLECKI, Mariusz Jerzy. Homo Economicus Versus Homo Iuridicus. Two views on the Coase Theorem and the integrity of Discourse Within the Law and Economics Scholarship. In: MATHIS, Klaus (org.) **Law and Economics in Europe**: Foundations and Applications. London: Springer Netherlands, 2014. p. 69-91.

[1195] GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**: Direitos Não Nascem em Árvores. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p.344/345.

[1196] Há questionamento aceca da inconstitucionalidade da correção dos valores do Fundo de Garantia (FGTS), que utiliza atualmente a Taxa Referencial (TR) acrescida de juros de 3% (três por cento) ao ano e que não reflete o impacto inflacionário que os outros índices refletem. O Ministro relator Luis Roberto Barroso já votou para declarar que a remuneração das contas do FGTS não pode ser inferior à da caderneta de poupança e estabelecer que os efeitos da decisão se produzirão prospectivamente, a partir da publicação da ata de julgamento e que a questão da ocorrência de perdas passadas somente poderá ser avaliada e equacionada por via legislativa e/ou mediante negociação entre entidades de trabalhadores e o Poder Executivo. A ADI está na data de conclusão deste estudo pendente de julgamento definitivo.

art. 17, caput, da Lei nº 8.177/1991), há alegação da AGU de que alterar índice de correção do FGTS prejudicaria políticas públicas de moradia e habitação para população de baixa renda, financiadas pelo FGTS, bem como colocaria em risco o equilíbrio-financeiro do próprio FGTS, já que eventual procedência da ação, sem modulação dos seus, poderia levar à insuficiência do FGTS para saldar os débitos gerados a partir da declaração de inconstitucionalidade da aplicação da TR, uma vez que o passivo alcançaria mais de R$ 661 bilhões – valor quase seis vezes superior ao atual patrimônio líquido fundiário, que está em torno de R$ 118 bilhões[1197].

O Ministro Luiz Fux, em seu voto no Recurso Extraordinário 860.631/SP (Tema nº 982 de Repercussão Geral), que trata da constitucionalidade do procedimento de execução extrajudicial nos contratos de mútuo com alienação fiduciária de imóvel, pelo Sistema Financeiro Imobiliário - SFI, conforme previsto na Lei nº 9.514/1997, também utilizou a Análise Econômica do Direito aplicada aos contratos como supedâneo doutrinário para fundamentar seu voto pela constitucionalidade das normas[1198].

Para a corrente que entende não existir adesão legislativa do art. 20 da LINDB à Análise Econômica do Direito (AED), os elementos exógenos ao direito, como a economia, a psicologia e a moral, são elementos meramente *formadores* do direito no singelo sentido de construção do texto legislativo através da atividade política-democrática[1199]. O legislador/mandatário, permeado pelos mais variados vieses, exerce a sua atividade legiferante de forma a construir a estrutura legislativa (texto

---

[1197] Disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/comunicacao/noticias/alterar-indice-de-correcao-do-fgts-prejudicaria-politicas-de-moradia-e-colocaria-em-risco-equilibrio-financeiro-do-fundo-alerta-advogado-geral-da-uniao. Acesso em: 14 agosto 2023.

[1198] "Conclui-se, nessa linha, que o procedimento executivo previsto na Lei nº 9.514/1997 para satisfação de créditos decorrentes de alienação fiduciária em garantia de bem imóvel constitui medida adequada, na regulação legislativa de balanceamento entre a proteção pelos riscos assumidos pela instituição credora e a preservação dos direitos fundamentais do devedor, alinhando-se à tendência do direito moderno de transferir para o âmbito administrativo atos que antes demandavam intervenção obrigatória do Judiciário. Sob outra perspectiva, insta salientar que a simplificação procedimental para a execução da garantia atrai os desafios da interpretação da disposição convencional à luz dos limites da autonomia privada. (...) Assim, incorporando influxos decorrentes do referencial teórico de alguns estudiosos da Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*), a litigância em juízo somente é socialmente desejável quando seus custos sejam inferiores aos benefícios que a comunidade experimenta em termos de modificação de conduta pelos seus componentes"

[1199] "Parcela da comunidade jurídica respondeu à pergunta que sempre perturbou o Direito 'o que fazer com a moral?' exatamente com essa resposta: 'Princípios são valores e trazem a moral para dentro do Direito'. Tal circunstância fragilizou sobremodo o necessário grau de autonomia que o Direito necessita preservar em uma democracia. Deveria ser rejeitada pelos juristas uma tese ou postura que permitisse que um standard qualquer tenha o condão de balizar o Direito aprovado democraticamente pelo parlamento. Pois não foi isso que aconteceu e o que vem ocorrendo" (STRECK, Lenio Luiz. **Compreender direito**: hermenêutica. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 25/26).

legal) que dará o futuro supedâneo para a atividade interpretativa/aplicativa na extração da norma ao caso concreto pelo decisor/intéprete.

Nessa fase pré-normativa, há normal influência desses elementos externos ao Direito na qualidade de *formadores* do texto legislativo. Após aprovada a lei, entretanto, não podem esses elementos exógenos ao Direito, terem função *conformadora.*[1200] Isso porque existem critérios (e não meramente a subjetividade optativa do julgador) que preservam a autonomia do Direito como ciência e reforçam a separação entre Direito e a Moral da mesma forma que reforçam a separação entre Direito e Economia[1201].

[1200] "O elevado custo de um tratamento não impede a concessão judicial da tutela pleiteada e isso, de modo algum, infirma o dever de considerar as consequências práticas da decisão (art. 20, DL 4657/42). A premissa norteadora do consequencialismo é que 'a sua incidência só pode surgir como consequência lógica de uma ilegalidade ou inconstitucionalidade. O consequencialismo isoladamente não pode transformar o lícito em ilícito ou vice-versa. O consequencialismo é uma calibração daquilo que ficou definido em termos jurídicos. É o dever de o juiz olhar para o futuro antes de concluir seu julgamento' (ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 351). Essa é a única forma de se admitir um consequencialismo que impeça o julgador de adaptar a lei ao que considera pessoalmente adequado e consagrar a manutenção da autonomia do direito frente a outros ramos. O Supremo indica caminhar nesse sentido, já que fez prevalecer o direito à saúde em detrimento dos argumentos econômicos na acima citada STP 803 MC, Rel. Min Luiz Fux. Descabe, portanto, reduzir a experiência decisória a um mero funcionalismo econômico, sob pena de a jurisdição se tornar uma função administrativa, submissa a um sistema diverso, político ou econômico (...) Com isso, não há que se falar em impossibilidade de reconhecimento do direito à saúde pleiteado com base na genérica alegação de alto custo do tratamento". (TRF da 4ª Região, AG 5014183-33.2023.4.04.0000, Sexta Turma, Relator João Batista Pinto Silveira, juntado aos autos em 27/04/2023).

[1201] "Preservar a autonomia do direito, abarcando a necessidade de correção funcional (designada por Müller como princípio autônomo que veda que a instância decisória venha a alterar a distribuição constitucionalmente normatizada das funções nem por intermédio do resultado dela), o respeito à rigidez do texto constitucional (que blinda o direito contra as convicções revolucionárias acerca da infalibilidade do legislador), a preservação da força normativa da Constituição e da máxima efetividade (sentido que dê à Constituição a maior eficácia, como sustentam, por todos, Pérez Luño e Gomes Canotilho). Trata-se da institucionalização de uma verdadeira blindagem contra os predadores do acentuado grau de autonomia conquistado pelo direito nesta quadra da história (...) Na outra ponta, tem-se os 'predadores exógenos', que funcionam no plano da teoria do direito, podendo ser destacados, tradicionalmente, a inserção (e o uso) da moral como corretiva do direito, a política, pelas constantes reformas que buscam fragilizar direitos fundamentais e, finalmente, os discursos *law economics*, que pretendem colocar o direito a reboque de decisões pragmaticistas (para dizer o mínimo)" (STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 585/586).

Há para a Análise Econômica do Direito a mesma crítica formulada à jurisprudência criativa e ao realismo jurídico[1202]: a falta de instrumentos normativos contenção à ampla discricionariedade do decisor[1203].

Georges Abboud entende que o consequencialismo previsto na LINDB deve ser entendido como um "elemento de calibragem" daquilo que ficou definido em termos jurídicos na decisão[1204] – e não em termos exógenos ao Direito, como a moral, economia e política[1205] -, que deve estar sujeita a um teste de universalização[1206] no sentido de poder ser replicada isonomicamente em casos futuros, evita-se um consequencialismo *ad hoc* com maior carga de discricionariedade decisória, não

[1202] "Ao fundo de todas essas orientações doutrinárias está o realismo, explícito ou latente, que permite apresentar as teses sobre o papel criativo da jurisdição como teses 'cientificamente' descritivas de uma práxis judiciária sem alternativas; como se o direito fosse uma realidade natural, e não um fenômeno artificial inteiramente construído pelos homens; e como se não fossem normativos, mas sim descritivos, o princípio da legalidade, o princípio da certeza e princípio da sujeição dos juízes à lei" (FERRAOLI, Luigi. Contra a jurisprudência Criativa. Tradução: André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz e TRINDADE, André Karam. **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli, 2ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022. p.255-286. p.267). Nesse sentido ainda: STRECK, Lenio Luiz. No populismo de nosso tempo, importa um futuro que resista ao canto das sereias. In: PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; BARBOSA, Milton Gustavo Vasconcelos (orgs). **Supremos Erros**: decisões inconstitucionais do STF. Porto Alegre, RS: Editora Fundação Fênix, 2020. E-book.

[1203] OHLWEILER, Leonel Pires. **Os (Des) Caminhos Hermenêuticos do Direito Administrativo**: historicidade e constitucionalização para a efetividade dos princípios jurídicos. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2017. p. 180/187.

[1204] Incluindo a modulação dos efeitos da decisão: "O consequencialismo, postura que tem na análise de consequências um momento de apreensão da realidade e de calibragem da decisão judicial, só é possível a partir de um paradigma teórico que, separando o texto da norma, supere as deficiências do positivismo, em especial a mais deletéria: a discricionariedade judicial. (...) A existência de mecanismos legais, e.g. a modulação de efeitos, prevista inicialmente pela LADIn e LADPF e, posteriormente, pelo CPC (LGL\2015\1656) e LINDB, reforça a atenção que o legislador vem dispensando à necessidade de uma melhora qualitativa das decisões jurisdicionais" (ABBOUD, Georges, SANTOS, Maira Bianca Scavuzzi de Albuquerque e KROSCHINSKY, Matthäus. Consequencialismo, teoria da decisão e jurisdição constitucional. **Revista dos Tribunais**, vol. 1038/2022. p. 249 –279, abr. 2022. p. 273).

[1205] "O ativismo consequencialista se apresenta antes de qualquer coisa como um déficit de legitimidade da decisão judicial, como qualquer forma de ativismo. Ora, se os juízes não são agentes eleitos, devem necessariamente obter sua legitimação por meio da motivação (que é dever constitucionalmente estabelecido pela CF 93, IX). Pouco importando se as regras legais apresentem ou não solução clara ao caso, será ativista toda decisão que não se embasa no direito e sim em fatores metajurídicos como a moral, economia, política dentre outros" (ABBOUD, Georges. Consequencialismo jurídico: o lugar da análise de consequências em direito e os perigos do ativismo judicial consequencialista. **Revista dos Tribunais**, vol. 1009/2019. p.123 –135, nov 2019. p. 128).

[1206] "Além disso, a criteriologia da LINDB impõe ao julgador a obrigação de submeter sua decisão a teste de universalização funcional. Ou seja, a solução alcançada em sua fundamentação deve responder a três perguntas: a) a solução por ela alcançada é replicável em casos análogos do ponto de vista normativo? b) ainda que seja replicável, a solução alcançada continua sendo constitucionalmente adequada, em face das consequências administrativas e judiciais a serem criadas? e c) a decisão exarada pode gerar desregulamentação de algum setor ou produzir efeitos colaterais inconstitucionais?" (ABBOUD, Georges. Modulação de efeitos como categoria consequencialista: das funções tradicionais às contemporâneas. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 1, n. 2, p. 363-393, jul./dez. 2021. p. 371).

podendo, jamais, ser utilizado como instrumento modificar do código jurídico ilícito/lícito[1207]:

> (...) um aumento na segurança jurídica decorre de uma melhora na qualidade decisória, com regras mais rígidas de fundamentação e integridade dos Tribunais na construção da sua jurisprudência. Tal superávit, em nosso entendimento, não será obtido por meio da utilização abstrata da jurisprudência ou da autorização genérica para que juízes decidam por consequências práticas, mas sim com a adoção de posturas institucionais no ato de decidir. E que o consequencialismo seja visto como elemento de calibragem na extensão do ato decisório ou não na extensão do uso da modulação dos efeitos, mas não como critério – que isoladamente – teria o condão de modificar a natureza do código jurídico do ilícito/lícito[1208].

As consequências econômicas, portanto, não poderiam direcionar a decisão para fora dos contornos jurídicos, incluindo a previsão do texto legislativo e a norma extraída de sua interpretação/aplicação, vez que "há uma dimensão pública da linguagem que deveria constranger os juristas, impedindo-os de atribuir sentido arbitrariamente aos textos jurídicos[1209]".

Apesar das divergências teóricas apresentadas, tem-se que as consequências práticas na qualidade de representações da realidade – sejam elas econômicas, sociais ou de outra natureza – devem ser observadas nas hipóteses legais instituídas na LINDB, em especial pelo art. 20.

> Herdeiro distante do utilitarismo e descendente direto do pragmatismo filosófico, o pragmatismo jurídico tem um papel mais relevante no Direito do que costumeiramente admitido. Ainda quando pouco elaborado teoricamente entre nós, juízes e tribunais, de modo explícito ou não, são pragmáticos/pragmatistas em suas decisões. (...). E, por fim, e muito particularmente, o consequencialismo, na medida em que o resultado prático de uma decisão deve ser o elemento decisivo de sua prolação. Cabe ao juiz produzir a decisão que traga as melhores consequências possíveis para a

[1207] Em sentido contrário: "E, dependendo das circunstâncias do caso, poderão e deverão considerar lícitas condutas que, apesar de ilegais, geram consequências cujos benefícios se sobrepõem ao cumprimento da norma, sobretudo, como também afirma o art. 20 da LINDB, em seu parágrafo único, 'em face das possíveis alternativas'. Dito de outro modo, se as alternativas disponíveis para o administrador, na situação específica, teriam potencial para gerar consequências piores do que as verificadas, o ato deve ser considerado de acordo com o ordenamento jurídico, ainda que contrário a um texto legal. As consequências, reiterese, passaram a integrar a avaliação de juridicidade dos atos administrativos" (VITORELLI, Edilson. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a ampliação dos parâmetros de controle dos atos administrativos discricionários: o direito na era do consequencialismo. **Revista de Direito Administrativo**, v. 279, n. 2, p. 79–112. p. 104).

[1208] ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**, 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, Thomson Reuters Brasil, 2020. p.354.

[1209] TRINDADE, André Karam. O problema da superinterpretação no Direito brasileiro. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, vol. 11, nº 3, 2019, p. 447-460. p. 458/459.

> sociedade como um todo. Existem, por certo, muitas complexidades e incontáveis sutilezas que não poderão ser exploradas aqui. (...). Embora o pragmatismo tenha um papel relevante na interpretação constitucional, ele é limitado pelas possibilidades e limites decorrentes das normas constitucionais e seu espaço só começa quando não estejam em questão princípios ou direitos fundamentais. Vale dizer: não estando em jogo aqueles valores fundamentais, frequentemente será legítimo que o intérprete construa como solução mais adequada a que produza as melhores consequências para a sociedade[1210].

A instrumentalização dessas consequências práticas na motivação da decisão administrativa, contudo, deve possuir limites e critérios objetivos-normativos que reduzam uma possível discricionariedade decisória e que tragam segurança jurídica aos administrados em virtude da previsibilidade de um procedimento.

A observância de critérios objetivos-normativos que permitam traçar limites ao uso do consequencialismo na decisão administrativa na hipótese do art. 20 da LINDB é a tese ora defendida. Após a ampla contextualização antecedente desta tese, conclui-se pela existência de quatro critérios consubstanciados em regras jurídicas extraídas do ordenamento jurídico brasileiro que condicionam a utilização pelo decisor na esfera administrativa quanto ao consequencialismo estabelecido no art. 20 da LINDB.

[1210] BARROSO, Luís Roberto **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. E-book.

3.4 Limites e critérios objetivos-normativos para uma decisão administrativa consequencialista com base no art. 20 da LINDB

A resolutividade das questões suscitadas no início deste capítulo permite delimitar critérios objetivos-normativos que facilitem a aplicação do consequencialismo na decisão administrativa[1211] e na sua motivação[1212].

Exsurgem quatro pressupostos epistemológicos que se caracterizam como verdadeiros critérios objetivos-normativos para o exercício na decisão administrativa do consequencialismo previsto no art. 20 da LINDB, sob pena de nulidade da própria motivação decisória. São eles: a obrigatoriedade da exposição contemporânea das consequências práticas com a motivação da decisão administrativa; a proibição da utilização do consequencialismo como mero instrumento retórico de uma interpretação voluntarista contrária à lei; a prévia submissão das consequências práticas consideradas pelo decisor ao contraditório das partes envolvidas e que as consequências práticas que pautem o juízo de prognose do decisor estejam fundamentadas em elementos empíricos cientificamente comprovados.

[1211] "Quando a LINDB trata de 'consequências práticas', ela certamente não está se referindo às consequências jurídicas do ato. A norma não está distinguindo entre atos lícitos ou ilícitos, mas entre atos igualmente lícitos, em abstrato, mas que provocam consequências empíricas melhores ou piores, quando são realizados" (VITORELLI, Edilson. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a ampliação dos parâmetros de controle dos atos administrativos discricionários: o direito na era do consequencialismo. **Revista de Direito Administrativo**, v. 279, n. 2, p. 79–112. p. 90). Em sentido contrário, atrelando a observância também das consequências jurídicas na condição de conformidade da integridade e coerência das decisões (art. 489 do CPC): "As consequências a serem observadas não são, portanto, simplesmente as práticas. Os juízes e tribunais devem observar as consequências jurídicas de suas decisões como medida de manutenção da integridade do direito e de segurança jurídica" (ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**, 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 353).

[1212] "Como se pode deduzir, a falta de indicação, na motivação, dos elementos fáticos que sejam necessários (seja por exigência legal, seja diante da natureza das questões analisadas) para o embasamento da decisão leva à ilegalidade desta. Mais do que isso, os elementos fáticos considerados como razão de decidir devem constar do processo, devem estar amparados na instrução do processo, e a autoridade administrativa, analogamente às autoridades judiciarias, não pode decidir fora dos autos do processo. Tão essencial é a completa instrução processual, nesse ponto, que o direito norte-americano forjou a teoria da evidência substancial para demonstrar a importância de que o processo administrativo contenha as provas necessárias ao suporte da decisão administrativa, tornando-a um dos eixos para o judicial review. Por fim, mesmo que haja indicação do direito e dos fatos, a decisão administrativa deve concatená-los de maneira coerente. Como expressa a norma do §1o, do art. 50, da Lei no 9.784/1999, a decisão deve ser motivada de maneira "explícita, clara e congruente". Essa congruência, coerência ou concatenação entre os fatos e o direito embasadores do ato administrativo pode vir a ganhar, na doutrina, várias denominações, que invariavelmente corresponderão à correta qualificação jurídica dos fatos" (PEREZ, Marcos Augusto. **Testes de legalidade**: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p.258)

3.4.1 A obrigatoriedade da exposição contemporânea das consequências práticas com a motivação da decisão administrativa

O primeiro critério é que as consequências práticas a serem observadas deverão ser expostas na própria decisão, ou seja, deve-se apontar as consequências práticas na motivação do ato e não posteriormente[1213].

A motivação onde se insere a observância das consequências práticas deve ser contemporânea à decisão[1214]:

> A motivação deve ser prévia ou contemporânea à expedição do ato. Em algumas hipóteses de atos vinculados, isto é, naqueles em que há aplicação quase automática da lei, por não existir campo para interferência de juízos subjetivos do administrador, a simples menção do fato e da regra de Direito aplicada pode ser suficiente, por estar implícita a motivação. Naqueloutros, todavia, em que existe discricionariedade administrativa ou em que a prática do ato vinculado depende de aturada apreciação e sopesamento dos fatos e das regras jurídicas em causa, é imprescindível motivação detalhada[1215].

Não se profere a decisão para posteriormente optar pelas consequências práticas (motivação retroativa), mas se observa as consequências práticas quando se profere a decisão[1216]:

> Assim, o art. 20 da LINDB não se presta a viabilizar a construção de uma motivação consequencialista retroativa, que pretenda validar o ato vedado

---

[1213] "Por outro lado, a motivação deverá ser plena (fundamentos de fato e de direito) e simultânea à 'providência'. Não será possível sua adoção imotivada para, em vista de seu resultado, ser formalizada a fundamentação do ato" (MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo**: princípios constitucionais e a Lei nº 9.784/1999. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 240).

[1214] Nesse sentido o Enunciado nº 08, aprovado na sessão colegiada da Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais realizada em 27 de março de 2020 (PEP n.º 284/2019-CGMP - SEI n.º 19.16.3806.0004331/2019-85), sobre a aplicação da Lei n.º 13.655, de 25 de abril de 2018, que alterou o Decreto-Lei n.º 4.657/42, que prevê que "a indicação das consequências da decisão prevista no art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) deve ser explícita, múltipla nos vários aspectos das consequências da decisão e contemporânea à produção do ato administrativo, sob pena de invalidação".

[1215] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo***,* 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 115.

[1216] "Logo, é inevitável concluir, com o precitado Ramón Real, que a motivação é de essência do ato, requisito indispensável de sua validade, segundo entendemos, nas hipóteses em que a motivação a posteriori não pode garantir de modo absolutamente induvidoso que motivos ulteriormente aduzidos preexistiam e eram suficientes para sua válida produção, por coincidirem com o requerido pela lei" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Legalidade, motivo e motivação do ato administrativo. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura - RDAI**, São Paulo, v. 7, n. 26, p. 429-442, jul./set. 2023. p. 439)

> em virtude das consequências positivas que ele gerou, se essas não foram ponderadas e integradas à motivação, no momento da prática do ato[1217]"

Dessa forma, o primeiro critério objetivo a ser observado, portanto, é que as consequências práticas deverão ser expostas na motivação da decisão administrativa (contemporaneidade à decisão) e não *a posteriori*.

3.4.2 A proibição da utilização do consequencialismo como mero instrumento retórico de uma interpretação voluntarista contrária à lei

O segundo critério diz respeito ao caráter de conformação das consequências práticas. Elas não poderão ser contrárias à lei[1218], ou seja, deverão representar as consequências possíveis das previstas pela legislação, não podendo o consequencialismo ser "subterfúgio para o julgador adaptar a legislação ao que ele considera juridicamente mais adequado. Novamente, o consequencialismo não pode transformar o ilícito em lícito, nem o inconstitucional em constitucional[1219]":

> O uso das consequências, como critério de decisão, deve ocorrer quando estivermos diante de mais de uma solução válida dentro do sistema, seja em razão da ausência de norma, seja em função de sua vagueza. Nos casos em que a decisão se basear em valores jurídicos abstratos, princípios ou outros conceitos vagos e indeterminados, ou seja, nas zonas de indeterminação do direito, a autoridade deverá avaliar as consequências das soluções possíveis. O dispositivo não pode ser interpretado para permitir o afastamento do texto da lei em nome das consequências negativas que a solução preconizada pela norma pode acarretar. O que o artigo parecer sugerir é que, havendo duas soluções deduzidas do sistema jurídico, deve ser proferida a decisão que gerar as melhores consequências[1220].

[1217] VITORELLI, Edilson. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a ampliação dos parâmetros de controle dos atos administrativos discricionários: o direito na era do consequencialismo. **Revista de Direito Administrativo**, v. 279, n. 2, p. 79–112. p. 102.

[1218] Existe a preocupação com a vulneração da autonomia do direito e a elevação do arbítrio decisório de forma a permitir "diversos tipos de proposição jurídica, mesmo *contra legem*, encontrem fundamentação em raciocínios pinçados, por vezes para reafirmar prévia compreensão sobre a questão" (VIARO, Felipe Albertini Nani. Consequencialismo e decisão judicial. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; CHALITA, Gabriel e NALINI, José Renato. **Consequencialismo no Poder Judiciário**. Indaiatuba: Editora Foco, 2019. p. 73-86. p.79).

[1219] ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**, 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, Thomson Reuters Brasil, 2020. p.351.

[1220] ALVES, Francisco Sérgio Maia. O novo paradigma da decisão a partir do art. 20 da LINDB: análise do dispositivo segundo as teorias de Richard Posner e Neil MacCormick. **Revista de Direito Administrativo**, v. 278, n. 3, p. 113–144, 2019. p. 140.

Assim, tanto a consensualização quanto o consequencialismo nunca poderão ser contrários à lei[1221]. Assim, só terão cabimento quando existirem duas ou mais soluções aceitáveis, não contrárias à legislação, escolhendo-se, assim, a solução menos impactante em suas consequências para o caso concreto[1222].

Com isso, o segundo critério objetivo que limita a aplicação do consequencialismo previsto no art. 20 da LINDB é o de que ele não poderá ser aplicado de forma contrária à lei.

3.4.3 A prévia submissão das consequências práticas consideradas pelo decisor ao contraditório das partes envolvidas

O terceiro critério é o relativo à extensão dessas consequências práticas[1223]. Qual seria a extensão do juízo de prognose do decisor?

[1221] "A prescrição é um tanto mais sofisticada. Estabelece um devido processo legal decisório, mais interessado nos fatos, por intermédio do qual os decisores terão de explicitar se: (i) dispõem de capacidade institucional para tanto, ou se, excepcionalmente, estão exercendo uma função que lhe é atípica, mas por uma necessidade pragmática, porém controlável; (ii) a decisão que será proferida é a mais adequada, considerando as possíveis alternativas e o seu viés intrusivo; e (iii) se as consequenciais de suas decisões são predicadoras de medidas compensadoras, ou de um regime transição. Cuida-se de uma motivação para além da exigida pelo disposto no artigo 50 da Lei 9.784/1999. Não se trata de um dever de utilização de uma 'retórica das consequências', como já se cogitou, nem, tampouco, tem o propósito de tornar o controle mais lasso. Quem exerce o controle não pode descurar o seu autocontrole" (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo e VÉRAS DE FREITAS, Rafael. A nova LINDB e o consequencialismo jurídico como mínimo essencial, **Revista Consultor Jurídico**, Brasília, 18 de maio de 2018).

[1222] "A despeito disso, na qualidade de Estado-Juiz, impende apontar que art. 20 do Decreto-Lei 4.657/1942, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, consolidou, em algum grau, no ordenamento jurídico o dever de obediência a prescrições emanadas do consequencialismo jurídico como corolário necessário do princípio da segurança jurídica e do interesse social" (STF, AC 3637 ED-AgR, Relator(a): Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 11/09/2019).

[1223] Enunciado nº 05 da 1ª Jornada de Direito Administrativo do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo de 2019: "A avaliação das consequências práticas, jurídicas e administrativas é indispensável às decisões nas esferas administrativa, controladora e judicial, embora não possa ser utilizada como único fundamento da decisão ou opinião". (IBDA. Enunciados do IBDA sobre a interpretação da LINDB. **Fórum Administrativo** – FA, Belo Horizonte, ano 19, n. 221, p. 167-168, jul. 2019. p. 167).

Obviamente ela não é ilimitada[1224] ou apta a prever quaisquer consequências derivativas da decisão[1225], sob pena de se correr o risco de uma prognose como uma digressão infinita: se todo enunciado deve ser justificado através de argumentos que envolvam razões - que por tal motivo se caracteriza como enunciado -, a exigência de justificação de todo enunciado produz uma digressão infinita[1226].

As consequências práticas deverão constar nos autos do respectivo processo e serem submetidas ao contraditório. Elas devem ser alegadas e comprovadas pelas partes[1227], através da respectiva instrução probatória, garantindo-se o contraditório (arts. 2º e 38, § 1º da Lei nº 9.784/1999, arts. 7º, 9º,10 e 933 do CPC e art. 5º, inciso LV da Constituição Federal).

O contraditório garante a higidez das consequências práticas observadas na decisão a ser proferida[1228]. Isso porque, dentro do sentido de completude do devido processo legal, o contraditório potencializa a segurança jurídica e estabilidade processual através da condição de não-surpresa aos litigantes, que puderam se manifestar sobre essas questões durante a instrução do processo.

Dessa forma, não se pode exigir do decisor a previsão de consequências práticas não alegadas pelas partes, sob pena de se introduzir maior insegurança jurídica pela aplicação da discricionariedade decisória e irracionalidade típica do juízo

---

[1224] A prognose não é um juízo de subsunção, mas um juízo de probabilidade, elaborado como uma antecipação intelectual do futuro (FRANCISCO DE SOUSA, António. **Conceitos indeterminados no Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994. p. 115).

[1225] "Veja-se o art. 20 do PL: com análise de consequências e fundamentação decisória, quer-se a transparência das tomadas de decisão. E não que o julgador seja 'hércules', isto é: conheça todas as variáveis extraprocessuais que possam influir na decisão, defina o ponto ótimo do controle ou anteveja o universo infindável de consequências possíveis em cada caso. Até porque o sopesamento do controle depende que fatos e dados concretos sejam levados aos autos do processo pelas partes, de modo a particularizar o universo de análise do julgador. Dessa forma, o que o art. 20 impõe é simples: que o julgador adote olhar responsivo sobre os fins pretendidos pelo controle, através do cotejo de consequências. O que independe da metodologia consequencialista adotada na decisão. Quer o consequencialismo como meta-decisão, quer como critério normativo de primeira ordem; um debate que o PL não trata, nem traz implícito, muito menos impondo o argumento consequencialista como exclusivo critério de primeira ordem (o que seria, de fato, preocupante, pelo risco de ilegalidade que representaria)" (MORGAN, Fernanda. Repensando o Controle Público no Contrafluxo. **Portal Jota**, 23 abril 2018. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-eanalise/artigos/repensando-o-controle-publico-no-contrafluxo-23042018. Acesso em: 20 jul. 2023).

[1226] POPPER, Karl Raimund. **A lógica da pesquisa científica**. Tradução: Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Editora Cultrix, 1972. p. 99/100.

[1227] ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**, 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 367.

[1228] Enunciado nº 20 da I Jornada de Direito Administrativo do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CJF) em 2020: "O exercício da autotutela administrativa, para o desfazimento do ato administrativo que produza efeitos concretos favoráveis aos seus destinatários, está condicionado à prévia intimação e oportunidade de contraditório aos beneficiários do ato".

de prognose ampliativo[1229], tudo em contrariedade com a próprio conteúdo normativo do art. 20.

Isso porque a liberdade de escolha de consequências se traduz em ampliação da discricionariedade decisória na opção de quais consequências acredita incidentes em sua própria decisão[1230], independentemente de alegação da parte envolvida. Igualmente, deve o decisor observar a congruência ou adstrição aos pedidos formulados pelas partes (art. 492, *caput*, art. 489, inciso III e 490 do CPC), lembrando que o CPC pode ser aplicado subsidiariamente ou supletivamente ao processo administrativo ou controlador (art. 15 do CPC), este último também uma espécie de processo administrativo fiscalizatório e sancionatório.

Existem, contudo, duas exceções à regra de consequências práticas alegadas pelas partes, que possibilitam o apontamento de ofício por parte do decisor: as consequências práticas decorrentes de matéria de ordem pública e as consequências práticas apontadas de ofício pelo decisor, caracterizadas como lógicas em face de sua

[1229] "A problemática do controlo da prognose tem, como vimos, as suas raízes no facto de a prognose acusar um défice em matéria de racionalidade. Isto, porque o controlo jurisdicional nada mais é do que um exame baseado em padrões racionais de decisão. Assim sendo, tudo aquilo que na prognose não é racional (défice de racionalidade) escapa ou deveria escapar ao controlo jurisdicional" (FRANCISCO DE SOUSA, António. **Conceitos indeterminados no Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994. p. 121).

[1230] "Uma coisa é a utilização do consequencialismo apenas como um método para se chegar à melhor interpretação e outra coisa é o mau uso desse método, como justificativa para se chegar a resultados adrede escolhidos. O grande problema, hoje em dia, são as interpretações decorrentes, não de fundamentos doutrinários, mas, sim, de convicções político-partidárias e ideológicas, ditadas pela conveniência e pelo interesse pessoal ou de amigos e correligionários" (DALLARI, Adilson Abreu. Consequencialismo no âmbito do Direito Administrativo. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; CHALITA, Gabriel e NALINI, José Renato. **Consequencialismo no Poder Judiciário**. Indaiatuba: Editora Foco, 2019. p. 125-136. p. 127).

aferição por regras de experiência[1231] (art. 375 do CPC[1232]) ou dados científicos e empíricos devidamente justificados no processo[1233].

Importante que, nas duas exceções que possibilitam a adoção pelo decisor de consequências práticas de ofício[1234], em obediência ao contraditório[1235] (arts. 2º e 38, § 1º da Lei nº 9.784/1999, arts. 7º, 9º, 10 e 933 do CPC e art. 5º, inciso LV da

---

[1231] "As regras de experiência comum são formulações gerais fundadas na observação daquilo que normalmente acontece em dada sociedade historicamente considerada (*id quod plerumque accidit*). As regras de experiência comum ensartam-se na cultura do homem médio" (MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgi Cruz e MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado** [livro eletrônico], 7ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021).

[1232] Há diversas críticas doutrinárias quanto ao uso das regras de experiência pelo decisor e sua intrínseca relação com o abuso discricionário. Nesse sentido: "(...) a inconstitucionalidade e a incompatibilidade paradigmáticas parecem ser ainda mais graves, ao se admitir a validade de dispositivo processual prevendo a aplicação de 'regras de experiência comum subministradas pela observação...', como se ao juiz fosse dado, em pleno Estado Democrático de Direito, o poder de suprir lacunas a partir de juízos solipsistas. Dizendo de outro modo, a questão, no fundo, é paradoxal: os princípios antes autorizadores do 'fechamento do sistema' a partir do exercício da discricionariedade nos casos difíceis (omissão da lei, lacunas etc.), agora soçobram diante dos princípios constitucionais instituídos justamente para evitar essa 'delegação' de índole kelseniana-hartiana" (STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito,11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. E-book). Em sentido contrário: "Conforme posição sólida do STJ, o juiz não está vinculado às conclusões do laudo pericial, em razão do princípio da livre convicção, se as regras de experiência e os demais elementos de prova permitirem juízo em sentido contrário à opinião do perito" (STJ, REsp n. 1.728.267/PB, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 3/5/2018, DJe de 23/11/2018) e "As regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece, referidas no art. 375 do CPC/2015, levam à conclusão de que qualquer ser humano que descubra que seu corpo contém quantidade acima do normal de uma substância venenosa, sofrerá angústia decorrente da possibilidade de vir a apresentar variados problemas no futuro" (STJ, REsp n. 1.675.216/GO, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/4/2018, DJe de 12/9/2019.)

[1233] "Relembre-se que o princípio da legalidade não respeita procedimentos administrativos em si, mas tão somente enquanto a eles seja correlata uma situação subjetiva do particular, sobre a qual tenha incidência um efeito de extinção ou limitação" (GRAU, Eros. **O Direito posto e o Direito Pressuposto**, 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 212).

[1234] Similar ao que já dispõe o art. 40, § 4º da Lei nº 6.830/1980, que possibilita ao juiz, após a oitiva prévia da Fazenda Pública (contraditório), a decretação de ofício da prescrição (matéria de ordem pública) em sede de execução fiscal. Sobre o assunto, ver: Temas ns. 567 e 569 de recursos repetitivos (STJ).

[1235] "O que a CF 5.º LV e o CPC 9.º garantem à parte é a discussão, sob contraditório, não só dos documentos e das provas, mas, principalmente, dos argumentos de direito. Daí o CPC 10 falar expressamente em matérias de ordem pública. Constitui julgamento surpresa decidir com base em argumento jurídico não debatido. (...) Proibição de decisão surpresa (*Überraschungsentscheidungsverbot*). CF 5.º LIV e LV. A parte não pode ser surpreendida por decisão fundada em fatos e circunstâncias a respeito das quais não tenha, previamente, tomado conhecimento (*Überraschungsentscheidung*), vale dizer, fatos que não esclareçam o porquê da decisão (Sachs-Degenhart. Komm.GG3, coment. III, 16, GG 103, p. 2022; Nelson Nery Jr. [RP 124/179-206]; Braun. Zivilprozeßrecht, § 7, II, 5, p. 113). Essa proibição decorre diretamente da cláusula do devido processo, que integra o princípio do *due process of law* (CF 5.º LIV), e do princípio do contraditório (CF 5.º LV). (...) Tratando do relacionamento entre as partes e o juízo, afirma-se que a atividade jurisdicional de avaliação dos fatos e do direito não deve surpreender as partes (...), sendo que essa proteção contra a decisão-surpresa do tribunal é um aspecto especial da garantia constitucional do contraditório" (NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado** [livro eletrônico], 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 43/44).

Constituição Federal), para se evitar decisão surpresa[1236], deverá existir a oportunização, antes da decisão, do exercício do contraditório pelas partes/interessados do processo, sob pena de nulidade da decisão proferida[1237]:

> Por força da compreensão do contraditório como direito de influência, a regra está em que todas as decisões definitivas do juízo se apoiem tão somente em questões previamente debatidas pelas partes, isto é, sobre matéria debatida anteriormente pelas partes. Em outras palavras, veda-se o juízo de *terza via*. Há proibição de decisões-surpresa (*Verbot der Überraschungsentscheidungen). O direito ao contraditório promove a participação das partes* em juízo, tutelando a segurança jurídica do cidadão nos atos jurisdicionais do Estado: as partes têm o direito de confiar que o resultado do processo será alcançado mediante material previamente conhecido e debatido. Essa nova ideia de contraditório, como facilmente se percebe, acaba alterando a maneira como o juiz e as partes se comportam diante da ordem jurídica que deve ser interpretada e aplicada para solução do caso concreto. Nessa nova visão, é absolutamente indispensável tenham as partes a possibilidade de pronunciar-se sobre tudo que pode servir de ponto de apoio para a decisão da causa, inclusive quanto àquelas questões que o juiz pode apreciar de ofício (art. 10.ºCPC)[1238].

Note-se que o Superior Tribunal de Justiça ostenta decisões de que os fundamentos jurídicos aplicáveis no dispositivo decisório, por força do art. 3º do

---

[1236] Enunciado ENFAM nº 06: "Não constitui julgamento surpresa o lastreado em fundamentos jurídicos, ainda que diversos dos apresentados pelas partes, desde que embasados em provas submetidas ao contraditório".

[1237] "A partir do CPC/2015 mostra-se vedada decisão que inova o litígio e adota fundamento de fato ou de direito sem anterior oportunização de contraditório prévio, mesmo nas matérias de ordem pública que dispensam provocação das partes. Somente argumentos e fundamentos submetidos à manifestação precedente das partes podem ser aplicados pelo julgador, devendo este intimar os interessados para que se pronunciem previamente sobre questão não debatida que pode eventualmente ser objeto de deliberação judicial. O novo sistema processual impôs aos julgadores e partes um procedimento permanentemente interacional, dialético e dialógico, em que a colaboração dos sujeitos processuais na formação da decisão jurisdicional é a pedra de toque do novo CPC. A proibição de decisão surpresa, com obediência ao princípio do contraditório, assegura às partes o direito de serem ouvidas de maneira antecipada sobre todas as questões relevantes do processo, ainda que passíveis de conhecimento de ofício pelo magistrado. O contraditório se manifesta pela bilateralidade do binômio ciência/influência. Um sem o outro esvazia o princípio. A inovação do art. 10 do CPC/2015 está em tornar objetivamente obrigatória a intimação das partes para que se manifestem previamente à decisão judicial. E a consequência da inobservância do dispositivo é a nulidade da decisão surpresa, ou decisão de terceira via, na medida em que fere a característica fundamental do novo modelo de processualística pautado na colaboração entre as partes e no diálogo com o julgador" (STJ, REsp n. 1.676.027/PR, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 26/9/2017, REPDJe de 19/12/2017, DJe de 11/10/2017.)

[1238] MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgi Cruz e MITIDIERO, Daniel. ***Código de processo civil comentado*** [livro eletrônico], 7ª ed. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

Decreto-Lei nº 4.657/1942 (inescusabilidade do conhecimento da lei), não se enquadra como decisão-surpresa, rejeitada pelo CPC[1239].

O terceiro critério objetivo de aplicação do consequencialismo do art. 20 da LIND é a regra jurídica da submissão prévia ao contraditório para delimitar o campo de alcance das consequências práticas consideradas pelo decisor.

3.4.4 A qualidade dos elementos empíricos cientificamente comprovados. Que pautam as consequências práticas do juízo de prognose do decisor

O quarto critério se refere à qualidade dos dados utilizados para medição das consequências práticas consideradas.

As consequências práticas existirão independentemente de serem consideradas na decisão ou não. Elas já são premissas implícitas (mesmo desconhecidas do decisor) de todas as decisões públicas. Com isso, deve-se buscar maior excelência na aferição científica-empírica da correção dessas consequências práticas[1240].

Aqui reside a fundamental importância da qualidade dos dados utilizados pelo decisor para fins de aferição das consequências práticas de sua decisão. Importa a metodologia, a forma, os padrões, a temporalidade e a previsão científica dos dados

---

[1239] "O Código de Processo Civil de 2015, no art. 10, consagrou o princípio da não surpresa, o qual estabelece ser vedado ao julgador decidir com base em fundamentos jurídicos não submetidos ao contraditório no decorrer do processo. O STJ definiu que o fundamento ao qual se refere o dispositivo 'é o fundamento jurídico - circunstância de fato qualificada pelo direito, em que se baseia a pretensão ou a defesa, ou que possa ter influência no julgamento, mesmo que superveniente ao ajuizamento da ação -, não se confundindo com o fundamento legal (dispositivo de lei regente da matéria)'. A aplicação do princípio da não surpresa não impõe, portanto, ao julgador que informe previamente às partes os dispositivos legais passíveis de aplicação para o exame da causa. O conhecimento geral da lei é presunção jure et de jure (EDcl no REsp 1.280.825/RJ, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe de 1º.8.2017)" (STJ, AgInt no AREsp n. 2.038.601/RJ, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 9/11/2022, DJe de 24/11/2022).

[1240] "Consequências não podem ser equiparadas a meras probabilidades. O argumento – via consequência – para ser levado a certo, demanda alguma espécie de comprovação, daí a importância da utilização de outras áreas do conhecimento (economia, contabilidade, etc) na estruturação da argumentação das partes" (ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**, 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, Thomson Reuters Brasil, 2020. p.369).

e informações em que a decisão irá pautar sua motivação quando da prognose das consequências práticas[1241].

Importante, então, a qualidade dos dados empíricos (fontes) e a qualidade de sua análise (processo decisório de conhecimento).

Evita-se, com base nesses dados obtidos por correta metodologia, a colonização da formação desses dados com base em elementos inapropriados.

Na sociedade complexa que vivemos, onde o desenvolvimento da tecnologia provoca naturalmente o acúmulo da dados e informações sobre as pessoas quaisquer tipos de relação estabelecida[1242] (*Big Data*), a correta metodologia de compilação e análise desses dados volumosos é de grande importância para um adequado juízo de prognose das consequências práticas das decisões públicas.

A utilização da jurimetria e análise preditiva vem ganhando espaço nas discussões jurídicas nacionais nas últimas décadas. Por jurimetria, pode-se conceituar "a disciplina do conhecimento que utiliza a metodologia estatística para investigar o funcionamento de uma ordem jurídica[1243]"

Já a análise preditiva "é uma abordagem popular para obter informações e padrões sobre os dados e criar modelos preditivos", como forma de "aproveitar os dados do passado para obter informações em tempo real e prever eventos futuros[1244]".

[1241] Como exposição de alguns critérios para controle da prognose desenvolvida pelo decisor, António Francisco de Sousa aponta: "Grau de probabilidade, uso correto dos dados e informações cientificamente confiáveis da base da prognose, análise do procedimento da prognose (se há violação de normas jurídicas, se considerou-se elementos estranhos, plausibilidade, racionalidade, observância de padrões gerais de valor. (FRANCISCO DE SOUSA, António. **Conceitos indeterminados no Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994. p. 124/126).

[1242] Cada vez mais existe um acúmulo de informações fornecidas quando do exercício de relações de consumo, pessoais (redes sociais) e com o Poder Público, por exemplo. Cadastros, câmeras de segurança, biometria, fotos e reconhecimento facial (como em condomínios virtuais e para desbloqueio de aparelhos celulares, por exemplo), são exemplos de bancos de dados construídos pelo fornecimento espontâneo de dados pelo usuário.

[1243] NUNES, Marcelo Guedes. **Jurimetria**: Como a estatística pode reinventar o Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 115.

[1244] FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; BARDDAL, Jean Paul. Análise preditiva e decisões judiciais: controvérsia ou realidade? **Revista Democracia Digital e Governo Eletrônico**, Florianópolis, v. 1, n. 18, p. 107-126, 2019. p. 110.

Para além de um estéril fetichismo jurídico-dogmático sobre abstrações, valores e problemas imaginários sem consequências concretas[1245] (caráter perspectivo) ou do falseamento retórico de dados[1246] (inflados ou diminuídos, mas sempre incorretos), a jurimetria agrega conteúdo científico à decisão pública (caráter prospectivo), com ênfase especial na instrução do juízo prognóstico quanto às consequências prática com base em estudos empíricos e dados quantitativos e quantitativos:

> As disciplinas dogmáticas do direito são perspectivas porque não se prestam a fazer previsões sobre o comportamento futuro da ordem jurídica. Esta perspectiva jurídica decorre em parte da idealidade dos objetos da abordagem dogmática que, fora do tempo e do espaço, não comporta análises sobre evoluções e transformações. (...) Já a Jurimetria aborda a ordem jurídica como um objeto concreto, com um passado e um presente, sendo, portanto, possível antecipar seu comportamento futuro. (...) Combater a incerteza no Direito através de previsões razoavelmente acertadas é o ofício de um operador. O advogado precisa saber como uma causa será julgada e como o juiz reagirá a diferentes tipos de argumentações. O juiz precisa antever quais efeitos sociais sua sentença produzirá, de forma a decidir de acordo com as consequências que lhe pareçam mais adequadas. O político precisa prever as consequências de seus projetos de lei, de forma a adequar sua política legislativa às demandas de seus eleitores. A ideia é simples e prosaica, porém poderosa: temos de entender as consequências práticas de nossas decisões. Todas as decisões de um operador do Direito no exercício do seu ofício são tomadas no presente, porém estão sempre baseadas em uma intuição a respeito dos efeitos que ela produzirá no futuro[1247].

[1245] "O problema é que a correta aplicação de princípios mediante o teste de proporcionalidade depende, em muitos casos, e talvez na maioria deles, de dados empíricos ou pelo menos de juízos probabilísticos sobre os esperados efeitos concretos de diferentes normas. 67 Assim, a questão distintiva do sistema jurídico relativamente aos demais sistemas — a diferenciação do lícito do ilícito — tem sido respondida não somente pelo apelo à interpretação de normas abstratas, mas também com fundamento em juízos de causalidade sobre o efeito das normas no mundo dos fatos" (PARGENDLER, Mariana e SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 262, p. 95-144, jan./abr. 2013. p. 118/119).

[1246] "Dados objetivos e rigor empírico, de fato, são artigos raros no éthos judicial. Com frequência, juízes afirmam que suas decisões trarão certas consequências. Não têm ferramentas para testar suas previsões, mas não hesitam na especulação de gabinete. (...) Citar qualquer pesquisa não vale. O jargão jurídico chama essa técnica decisória de "consequencialismo". Os exemplos acima, com o perdão do trocadilho, aproximam o juiz brasileiro do "consequenciachismo". (...) O consequenciachismo é um estado de espírito, um pensamento desejoso ("wishful thinking"), a confusão entre o que é e o que se queria que fosse. Bons consequencialistas respeitam a complexidade e a incerteza do mundo social. Consequenciachistas julgam conhecer o mundo social por intuição e experiência, aderem ao consequencialismo inconsequente, impressionismo com verve retórica. A jurisprudência impressionista, com muita convicção e pouca evidência, esbanja palpites sobre causas e efeitos" (MENDES, Conrado Hubner. Jurisprudência impressionista. O consequenciachismo é um estado de espírito, um pensamento desejoso, a confusão entre o que é e o que se queria que fosse. *Revista Época*. Disponível em:https://oglobo.globo.com/epoca/conrado-hubner-mendes/jurisprudencia-impressionista-23066592. Acesso em: 20 agosto 2023).

[1247] NUNES, Marcelo Guedes. **Jurimetria**: Como a estatística pode reinventar o Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.155/156.

Importante a qualidade dos dados empíricos e científicos para embasar o alcance das consequências práticas da atividade decisória[1248]. Relevante, para isso, os protocolos metodológicos de produção do dado empírico por técnicas intraprocessuais ou extraprocessuais de referências técnicas, como através da

instrução probatória submetida ao contraditório - incluindo a presença de *amicus curiae* ou perícias complexas inerentes a processos estruturais -, ou por meio de base de dados ou estudos desenvolvidos por entidades públicas ou privadas[1249].

Através de uma base empírica-científica segura, obtida com rigor metodológico –facilitada pelo aperfeiçoamento da informatização -, aumenta-se o grau de segurança na aferição de consequências práticas mais precisas e prováveis, reduzindo-se o espaço para máscaras retóricas de consequências improváveis ou consequências superestimadas, muitas vezes originadas de critérios puramente ideológicos. Há também que se considerar um comum dissenso no meio científico e acadêmico quanto a padrões de inferência e critérios analíticos.

Situações complexas como as que envolvem o direito ambiental[1250], as mudanças climáticas, implantação de políticas públicas relativas às drogas ilícitas e aos efeitos da adicção, dentre outros temas, são assuntos cujos estudos técnicos são

---

[1248] "A Jurimetria propõe um giro epistemológico, análogo àquele proposto pelos realistas, deslocando o centro de interesse da pesquisa do plano abstrato para o plano concreto. O conceito norteador deste giro é que o direito efetivo, aquele capaz de afetar a relação entre sujeitos, corresponde às sentenças, acórdãos, contratos e demais ordens jurídicas produzidas no plano concreto" (NUNES, Marcelo Guedes. **Jurimetria**: Como a estatística pode reinventar o Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.112).

[1249] "Assim como toda metodologia, a Jurimetria apresenta limitações. (...) por exemplo, dificuldades inerentes à coleta e tratamento dos dados (...) Talvez a dificuldade maior seja em mostrar claras relações de causalidade entre as variáveis do mundo real" (YEUNG, Luciana e CAMELO, Bradson. **Introdução à Análise Econômica do Direito**. Salvador: Editora JusPodivm, 2023. p. 371).

[1250] No Brasil o Governo Federal, através do Ministério da Fazenda, está estudando a implantação do Plano de Transformação Ecológica, com debate sobre a redação do Projeto de Lei do Senado nº 412/2022, que objetiva regulamentar o Mercado Brasileiro de Redução de Emissões (MBRE), previsto pela Lei nº 12.187/2009: "A iniciativa prevê a criação de um limite para a emissão de gases de efeito estufa e estabelece que as empresas terão de comprar o 'direito de poluir'. 'Pode parecer meio absurdo você vender o direito de poluir, mas hoje as empresas têm esse direito sem qualquer limite", afirmou Rafael Dubeux", assessor do Ministro da Fazenda (FERNANDES, Adriana e LIMA, Bianca. As empresas terão de comprar direito de poluir. Rafael Dubeux vê cenário favorável para a implementação do mercado de carbono no País. **Jornal Estado de São Paulo**, 26 de agosto de 2023, Caderno Economia & Negócios, p. B3.)

comumente contaminados por critérios não-científicos[1251]. Evita-se através do rigor metodológico (evidências reais e condicionamentos físicos e técnicos), a utilização indevida e a criação deturpada de dados "científicos" contaminados por fatores exógenos ou com viés alarmista, apocalíptico ou negacionista, fundamentados em consequências práticas irreais ou sub/hiper consideradas.

A qualidade dos dados científicos também é afetada pela instrumentalização da ciência pela política, pela importação de dados de outros países sem a devida crítica e contextualização com a realidade brasileira e até mesmo pela própria intepretação desses dados científicos pelo ato decisório.

Exemplo mais concreto acerca da politização da ciência[1252], podemos mencionar a declaração da inconstitucionalidade através da ADI nº 5001 quanto à Lei nº 13.269/2016[1253] que autorizava o uso da fosfoetanolamina sintética ("pílula do câncer"), por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna, em razão de ofensa ao princípio da separação entre os Poderes e ao direito à saúde em razão de inexistir

[1251] "O pano de fundo da lide estampa a necessidade de se conciliar vários princípios protetivos, num amálgama diretivo batizado de desenvolvimento sustentável, tendo em vista recuperação ambiental na Praia da Silveira Canto Norte, Rodovia Municipal GRP-100, Garopaba/SC. A proteção total do meio ambiente seria a solução perfeita. Mas, hoje, é utópica, pois estamos numa sociedade capitalista com desenvolvimento econômico e social ainda (e muito) necessário, especialmente nos países periféricos, como o Brasil. (...) O ponderado cotejo judicial acerca das técnicas disponíveis, recursos financeiros e limites ambientais envolvidos no amplo problema afasta a solução do exagerado subjetivismo da interpretação principiológica. No direito brasileiro, o art. 20 da LINDB prescreve um juízo consequencialista que precisa lidar com uma argumentação prática capaz de promover resultados úteis. O consequencialismo tem influenciado diversos métodos de tomada de decisão no âmbito direito administrativo e constitucional. Um dos métodos de raciocínio consequencialista usados para justificação de decisão por agentes públicos e reguladores é a análise de impacto regulatório. (...). Ou seja, se entendermos que o controle intersubjetivo é uma das variáveis de se alcançar objetividade jurídica, e consequentemente segurança jurídica, o aceite de atos administrativos (e judiciais) dependerá da qualidade de suas argumentações, o que propicia não apenas legitimidade das decisões adotadas, sobretudo efetividade". (TRF 4ª Região, AC 5002121-22.2015.4.04.7216, Terceira Turma, Relatora Marga Inge Barth Tessler, DJ. em 02/08/2022)

[1252] Do mesmo modo as decisões judiciais tomadas pelo Supremo Tribunal Federal durante a pandemia do Covid-19, especialmente quanto à competência comum dos entes federativos em matéria de saúde pública, possibilitando estabelecer medidas mais restritivas a direitos e garantias (locomoção e reunião, por exemplo), como forma de garantir a eficácia das normas sanitárias voltadas a combater a ampliação do contágio e disseminação do vírus, bem como a declaração de inconstitucionalidade quanto a medidas flexibilizadoras do isolamento social que não contivessem comprovação científica. Nesse sentido: ADI 6343 MC-Ref, Relator(a): Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 06/05/2020 e ADPF 811, Relator(a): Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 08/04/2021.

[1253] "É no mínimo temerária e potencialmente danosa a liberação genérica do tratamento sem realização dos estudos clínicos correspondentes, em razão da ausência de elementos técnicos assertivos da viabilidade da substância para o bem-estar. É inconstitucional ato normativo mediante o qual autorizado fornecimento de substância, sem registro no órgão competente, considerados o princípio da separação de poderes e o direito fundamental à saúde – artigos 2º e 196 da Constituição Federal" (STF, ADI 5501, Relator(a): Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 26/10/2020)

aprovação prévia pelo Ministério da Saúde e pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

Ainda uma questão interessante, mas que pelo escopo da tese não pode ser aprofundada, é o questionamento se as consequências práticas que não podem ser mensuradas cientificamente de forma objetiva, como as consequências de ordem moral, cultural e religiosa, devem ou não ser consideradas para fins de aplicação do art. 20 da LINDB[1254]. A subjetividade quanto a essas consequências práticas perpassa pelo ceticismo na condição de método de comprovação de outras teorias.

A observância das consequências práticas obtidas por estudo empírico não redunda na falsa escolha entre principiologia ou consequencialismo, mas resulta em uma aplicação dos princípios de forma mais científica, por meio da colonização dos princípios pela ciência prática, atuando a jurimetria, nesse quadro, como objeção ao caráter predetermista da dogmática jurídica:

> A Jurimetria refuta a visão "predeterminista" do direito e oferece como alternativa uma visão estocástica. A visão estocástica entende que, para sistemas de maior complexidade, com fatores numerosos e mecanismos de interação complexos, a predeterminação exata dos estados futuros fica inviabilizada. Este é, sem dúvida, o caso dos fatos sociais em geral e, em especial, dos fatos jurídicos. A infinidade de fatores que interagem no funcionamento da ordem jurídica impede a formulação de modelos capazes de prever com exatidão quais normas serão produzidas no futuro e quais consequências jurídicas serão atribuídas a cada comportamento. Essa indeterminação advém, em parte, da própria estrutura do direito, especialmente da plurivocidade das normas gerais e da atuação política do Poder Judiciário. As normas gerais, além de numerosas e inevitavelmente plurívocas, são muitas vezes contraditórias e vagas de sentido. Os julgadores exercem dentro deste espaço de indeterminação normativo poderes de arbitrar e de construir soluções que não se encontram inteiramente predeterminadas na lei. Julgar implica em criar direito e a ideia de um conjunto consistente de normas abstratas capaz de atribuir uma única solução para todo e qualquer conflito jurisdicionado, é uma aspiração irrealizável[1255].

O Supremo Tribunal Federal já ostenta votos decisórios que se utilizaram da jurimetria, como, por exemplo, o voto do Ministro Alexandre de Moraes no Recurso

---

[1254] Apesar da secularização e dos avanços tecnológicos e multiculturais, é inegável observar como historicamente esses valores permeiam a sociedade brasileira e mundial, incluindo impacto sobre políticas públicas estatais. Para tanto, basta ver a complexidade de situações onde há confrontação dos limites da laicidade estatal como mandamento constitucional e das garantias da igualdade e liberdade religiosa, como na presença de entidades religiosas em presídios ou em comunidades carentes e o seu papel desenvolvido na ressocialização e na cidadania da população em situação de vulnerabilidade.

[1255] NUNES, Marcelo Guedes. **Jurimetria**: Como a estatística pode reinventar o Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 147.

Extraordinário nº 635.659 (Tema nº 506 de repercussão geral), sobre a descriminalização do porte de drogas para consumo próprio, onde utilizou o estudo da Associação Brasileira de Jurimetria denominado “Avaliação do Impacto de Critérios Objetivos na Distinção Entre Posse para Uso e Posse para Tráfico: Um estudo Jurimétrico”, que avaliou resultados das políticas públicas de descriminalização de drogas ilícitas em Portugal, Itália, República Tcheca e EUA.

Destaque-se que o avanço tecnológico permite a instalação e o aperfeiçoamento de uma infraestrutura pública digital que possibilite a integração de dados científico e empíricos na intenção de subsidiar estudos acerca da modificação, exclusão ou implantação de políticas públicas nas mais diversificadas áreas[1256].

Essa infraestrutura pública digital, que engloba a inteligência artificial[1257] e a comunicação entre diferentes órgãos públicos de todas as esferas federativas para compartilhamento em tempo real de dados e informações, também deve ser pensada para subsidiar as decisões públicas no âmbito judicial, administrativo e controlador[1258].

Importante destacar que José Vicente de Mendonça Filho sustenta que um dos principais motivos do consequencialismo representar uma melhoria ao controle das decisões públicas reside justamente em sua debilidade de falsear a realidade de forma

---

[1256] O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), publicou a Resolução CNJ nº 332/2020, que dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário e dá outras providências, bem como a Portaria CNJ nº 271/2020, que regulamenta o uso de Inteligência Artificial no âmbito do Poder Judiciário. O art. 2º da Portaria nº 271/2020, incisos II e III classifica como projetos de inteligência artificial passíveis de investimento no âmbito do Poder Judiciário os voltados a apresentar análise da massa de dados existentes no âmbito do Poder Judiciário e prover soluções de apoio à decisão dos magistrados ou à elaboração de minutas de atos judiciais em geral.

[1257] Tramita pelo Senado Federal o Projeto de Lei nº 2.338/2023, que regulamenta os sistemas de inteligência artificial e estabelece regras para a utilização dessas tecnologias pelo Poder Público. O texto original do projeto classifica como risco excessivo - onde é vedada a implementação e o uso de sistemas de inteligência artificial – o uso da IA pelo Poder Público para avaliar, classificar ou ranquear as pessoas naturais, com base no seu comportamento social ou em atributos da sua personalidade, por meio de pontuação universal, para o acesso a bens e serviços e políticas públicas, de forma ilegítima ou desproporcional (art. 14, inciso III). Na categorização como sistemas de inteligência artificial de alto risco (onde é permitido o uso regulamentado, desde que observadas as regras legais impostas, incluindo uma avaliação de impacto algorítmico), é pontuada dentre outras finalidades a avaliação de critérios de acesso, elegibilidade, concessão, revisão, redução ou revogação de serviços privados e públicos que sejam considerados essenciais, incluindo sistemas utilizados para avaliar a elegibilidade de pessoas naturais quanto a prestações de serviços públicos de assistência e de seguridade (art. 17, inciso IV).

[1258] O Tribunal de Contas da União (TCU), publicou a Portaria-Setid nº 02/2023, que instituiu o Núcleo de Inteligência Artificial no âmbito do TCU, utilizando em seu trâmite internouma inteligência artificial baseada em processamento de linguagem natural (chatbot) em nuvem, inspirada no ChatGPT (denominada de ChatTCU) voltada a diminuição do tempo na produção de textos e ações de controle.

mais profunda[1259]. Melhor explicando, as consequências práticas acontecem ou não. Há uma objetivação empírica da existência ou não da consequência[1260], o que facilita a aferição de sua ocorrência ou não por parte dos órgãos de controle:

> A retórica das consequências é melhor do que a retórica dos princípios, pois, como apela a estados da realidade, pode ser falseada. Pode-se discutir, num exercício empírico orientado a consequências que incorpore, por exemplo, dado a respeito de pesquisas, sobre a credibilidade da instituição que a realizou, o tamanho da amostra, vieses, o valor da regressão estatística. Uma coisa é discutir, à luz da decisão de licenciar o empreendimento, a "dimensão objetiva do direito fundamental à dignidade da pessoa humana enquanto dever de proteção"; outra é discutir se o estado de coisas A ("os peixes vão morrer na lagoa") é preferível ao estado B ("a hidroelétrica não será construída e provavelmente faltará energia"). Consequências podem ser muita coisa, mas são menos coisas do que, por exemplo, a vis expansiva dos direitos fundamentais ou a dignidade da pessoa humana. A retórica das consequências é menos efetiva do que a retórica dos princípios[1261].

Essa objetivação que facilita o critério de falseabilidade quanto ao enunciado empírico[1262] que condiz à consequência prática apresentada já não ocorre com os princípios jurídicos. Como normas com textura interpretativa aberta, o argumento puramente principiológico representa maior complexidade em seu contraponto[1263].

Com isso, as consequências práticas e jurídicas, por dependerem de sua feição no plano da existência (existem ou não na realidade), sujeitam-se a um controle mais facilitado.

[1259] "Ha sido opinión corriente durante mucho tiempo que hay que hacer una distinción fundamental entre expresiones (*utterances*) o actos-discurso (*speech-acts*) 'teóricos' y 'prácticos' -. Se piensa que la primera de estas clases incluye 'aserciones' y 'enunciados declarativos' (*statements*), mientras que la última incluye 'imperativos', 'valoraciones' y 'expresiones normativas'. En consecuencia, se ha mantenido que sólo las primeras pueden ser verdaderas o falsas, y que sólo ellas pueden, por consiguiente, ser discutidas por la lógica. Los imperativos -se dice- expresan una actitud volitiva del que habla y, por tanto, carecen de valores de verdad" (ROSS, Alf. ***Logica de las normas***. Tradução: Jose S. P. Hierro. Madrid: Editorial Tecnos, 1971. p.11).

[1260] "O método empírico honesto deixará claro quando, onde e por que ocorreu o ato de seleção, e, portanto, tornará outras pessoas aptas a repeti-lo e a testar seu valor. A escolha seletiva, denotada como evento empírico, revela a fonte e o suporte das simplificações intelectuais; estas, então, deixam de possuir aquela natureza tão fechada em si própria que as torna questão apenas de opinião e do argumento, não admitindo alternativas além de completa aceitação ou rejeição" (DEWEY, John. Experiência e Natureza. Tradução: Murilo Otávio Rodrigues Paes Leme. In: *Os Pensadores, vol. XI*. São Paulo: Editor Victor Civita, 1974. p.180/181).

[1261] SANTOS DE MENDONÇA, José Vicente. Em defesa do consequenciachismo. **Direito do Estado**, nº 413, ano 2018, 16 set. 2018. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/jose-vicente-santos-mendonca/em-defesa-do-consequenciachismo. Acesso em: 20 agosto de 2023.

[1262] POPPER, Karl Raimund. **A lógica da pesquisa científica**. Tradução: Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Editora Cultrix, 1972. p. 88/98.

[1263] SANTOS DE MENDONÇA, José Vicente. Dois futuros (e meio) para o projeto de lei do Carlos Ari. In: SANTOS DE MENDONÇA, José Vicente e LEAL, Fernando (org.). **Transformações do direito administrativo**: consequencialismo e estratégias regulatórias. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016. p. 34.

Essa melhoria pela debilidade do falseamento de dados reais[1264] (consequências práticas) e a circunstância das consequências práticas existirem em quaisquer situações, não bastam, entretanto, para justificar adequadamente a opção pelo consequencialismo. Isso porque a própria Constituição, bem como parte da legislação infraconstitucional, já traz hipóteses onde as consequências práticas não devem ser consideradas em face do valor jurídico prejudicado.

[1264] No julgamento pelo STF do Tema nº 1.102 de repercussão geral (“revisão da vida toda”), o INSS apresentou dados sobre o impacto financeiro do resultado favorável aos beneficiários que foram contrastados e refutados por dados obtidos pelo Centro Local de Inteligência da Justiça Federal do Tribunal Regional Federal da 3ª Região através da Nota Técnica nº 18/2023 (NI CLISP nº 18/2023).

CONCLUSÃO

A decisão administrativa consequencialista fundada no art. 20 da LINDB deve necessariamente observar quatro critérios/pressupostos objetivos-normativos em sua motivação. Esses quatro critérios representam verdadeiros pressupostos epistemológicos da interpretação do art. 20 da LINDB.

O primeiro critério a ser observado é que as consequências práticas adotadas pelo decisor deverão ser expostas na motivação da própria decisão administrativa e não a posteriormente.

O segundo critério é que as consequências práticas adotadas não poderão resultar em uma interpretação ilícita ou contrária à lei, derrogatória da legalidade.

O terceiro critério é que as consequências práticas deverão ser previamente submetidas ao contraditório das partes envolvidas, vez que a submissão prévia ao contraditório delimita o campo de alcance das consequências práticas consideradas pelo decisor na hipótese de aplicação do art. 20 da LINDB. Existem duas exceções que permitem a utilização de ofício pelo decisor de consequências práticas não submetidas ao prévio contraditório: as consequências práticas ligadas a matérias de ordem pública e as consequências práticas levantadas pelo decisor que se caracterizem como consequências lógicas decorrentes de dados científicos justificados no processo ou de regras de experiência do decisor (art. 375 do CPC).

O quarto e último critério é que as consequências práticas e o juízo de prognose do decisor deverão ser sustentados em dados e informações de aferível qualidade, já que a qualidade dos dados empíricos e a qualidade de sua análise implicam na qualidade e correção do processo decisório de conhecimento.

É possível concluir que a ausência ou deturpação de algum desses quatro critérios (contemporaneidade da descrição das consequências práticas na motivação decisória, vedação de um consequencialismo contrário à lei ou derrogatório da legalidade, submissão prévia das consequências práticas ao contraditório dos interessados e juízo de prognose decisório sustentado em elementos empíricos e científicos de qualidade reconhecida), caracteriza a nulidade da decisão administrativa, representando deficiência insanável da própria motivação da decisão administrativa na forma do art. 20 da LINDB.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Consequencialismo jurídico: o lugar da análise de consequências em direito e os perigos do ativismo judicial consequencialista. **Revista dos Tribunais**, vol. 1009/2019. p.123 –135, nov. 2019.

ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial**: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ABBOUD, Georges. Modulação de efeitos como categoria consequencialista: das funções tradicionais às contemporâneas. **Suprema: revista de estudos constitucionais**, Brasília, v. 1, n. 2, p. 363-393, jul./dez. 2021.

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, Thomson Reuters Brasil, 2020.

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

ABBOUD, Georges, SANTOS, Maira Bianca Scavuzzi de Albuquerque e KROSCHINSKY, Matthäus. Consequencialismo, teoria da decisão e jurisdição constitucional. **Revista dos Tribunais**, vol. 1038/2022. p. 249 –279, abr. 2022.

AFONSO DA SILVA, José. **Comentário textual à Constituição**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de direito constitucional positivo**. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

AFONSO DA SILVA, José. **Processo Constitucional de formação das Leis**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

AFONSO DA SILVA, Virgílio. O supremo tribunal precisa de Iolau: resposta às objeções de Marcelo Neves ao sopesamento e à otimização. **Direito UnB - Revista de Direito da Universidade de Brasília**, v. 2, n. 1, p. 96–118, 2016.

AGRA, Walber de Moura. **Republicanismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. **Compromisso de ajustamento de conduta ambiental**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ALBERTO, Marco Antônio Moraes e MENDES, Conrado Hübner. Por que uma Lei contra o Arbítrio Estatal? **Portal Jota**, 12 abril 2018. Disponível em:https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/por-que-uma-lei-contra-o-arbitrio-estatal12042018. Acesso em: 21 jul. 2023.

ALESSI, Renato. **A revogação dos atos administrativos**. Tradução: Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo, Augusto Neves Dal Pozzo e Ricardo Marcondes Martins. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. 3ª ed. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3ª ed. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de consenso no direito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ALVES, Francisco Sérgio Maia. O novo paradigma da decisão a partir do art. 20 da LINDB: análise do dispositivo segundo as teorias de Richard Posner e Neil MacCormick. **Revista de Direito Administrativo**, v. 278, n. 3, p. 113–144, 2019.

ALVIM, Tiago Cripa. Art. 27: o lugar da isonomia entre compensações e compromissos processuais. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro** – Anotada. vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p.389-400.

AMARAL, Roberto. A democracia representativa está morta: viva a democracia participativa. In: GRAU, Eros Roberto, GUERRA FILHO, Willis (org). **Direito Constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001.

ANASTASIA, Antonio. Justificativa. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (coord.). **Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas**: desafios de uma sociedade democrática. Brasília: Senado Federal, p. 46-51, 2015.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. O Poder Judiciário Face à Arbitragem: o Ponto de Vista do Juiz. Palestra, **Congresso Internacional do Comitê Brasileiro de Arbitragem**, Curitiba, 15 de setembro 2004.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teoria das autolimitações administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Salvador, IBDP, n.14, maio/julho, 2008.

ARAÚJO, Edmir Netto. de. Atos administrativos e recomposição da ilegalidade. **Revista de Direito Administrativo**, v. 207, p. 163–201, 1997.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. Formas da participação popular na gestão da coisa pública. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva, MENDES, Gilmar Ferreira e TAVARES, André Ramos (coord.). **Lições de direito constitucional: em homenagem ao jurista Celso Bastos**, p. 643-656.São Paulo: Saraiva, 2005.

ARGUELHES, Diego Werneck e LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (coord.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

AROSO DE ALMEIDA, Mario. Princípio da legalidade e boa administração: dificuldades e desafios. In: AROSO DE ALMEIDA, Mario (org.). **Teoria Geral do Direito Administrativo**: temas nucleares. Coimbra: Almedina, 2012. p. 33-75.

AROSO DE ALMEIDA, Mario. **Teoria Geral do Direito Administrativo**. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2022.

AUSTIN, John. **Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law**. vol. II. 5ª ed. CAMPBELL, Robert (edit.). London: John Murray Publisher, 1911.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular". In: PASQUALINI, Alexandre... [et al.]; SARLET, Ingo Wolfgang (Organ). **O Direito Público em tempos de crise**: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel. p. 99-128. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Constituição, liberdade e interpretação**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2023.

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

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros/Juspodivm, 2022.

AYLLÓN, Sergio López. **Democracia y acceso a la información**. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2005.

AZEVEDO NETO, Floriano Marques. O direito administrativo no sistema de base romanística e de common law. **Revista de Direito Administrativo**, v. 268, p. 55–81, 2015.

AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de; NATAL, Miccael Pardinho. Constitucionalização, Administração Pública e solução consensual de conflitos. **Fórum Administrativo** – FA, Belo Horizonte, ano 19, n. 222, p. 57-71, ago. 2019.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª. São Paulo: Malheiros, 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Legalidade, motivo e motivação do ato administrativo. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura - RDAI**, São Paulo, v. 7, n. 26, p. 429-442, jul./set. 2023.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de Direito Administrativo**. vol. 01. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

BAPTISTA, Patrícia. A LINDB e o Direito Administrativo do Risco. Parâmetros substantivos e procedimentais para decisões públicas em ambiente de risco e incerteza. In: MAFFINI, Rafael e RAMOS, Rafael (Org.). **Nova LINDB**: proteção da confiança, consensualidade, participação democrática e precedentes administrativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 25-35.

BARBOSA, Bernardo Souza. **O consequencialismo e a mitigação das perdas no controle de contratos administrativos pelo Tribunal de Contas da União**. 2020. 107 f. Orientador: Carlos Ari Vieira Sundfeld. Dissertação (mestrado profissional) - Fundação Getulio Vargas, Escola de Direito de São Paulo. Dissertação (mestrado profissional) - Escola de Direito de São Paulo. Fundação Getulio Vargas.

BARBOSA, Jandeson da Costa. **O interesse público constitucional numa formulação à luz de pressupostos teóricos, contextos e fatos no âmbito dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022.

BARBOSA, Rui. **Obras Completas de Rui Barbosa**. vol. XXIII, Tomo III, 1896. Posse de direitos pessoais. O júri e a independência da magistratura. p. 228-286. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultural/Fundação Casa de Rui Barbos, 1976.

BARBOSA, Rui. **Pensamento e ação de Rui Barbosa**. 2ª ed. Brasília: Senado Federal, 2023.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. E-book.

BARRETO, Amanda Louise Ramajo Corvello. A responsabilização do parecerista na jurisprudência dominante e no Novo CPC: análise crítica. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná**, Curitiba, n. 8, p. 65-93, 2017.

BARROS JÚNIOR, Carlos S. de. Teoria jurídica do funcionário de fato. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 100, p. 51-58, set. 1970.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. E-book.

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ARAGÃO, Alexandre dos Santos (Orgs.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 31-63.

BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. **Interesse Público – IP**. Belo Horizonte, ano 14, n. 76, p. 29-70, nov./dez. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, n. 240, p. 01-42, abr.-jun. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro. **Interesse Público**, Porto Alegre: Notadez, ano 05, nº 19, maio/jun. 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro e TAVARES, André Ramos. **As tendências do Direito Público no limiar de um novo milênio**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BECKER, Gary Stanley e POSNER, Richard Allen. The Future of Law and Economics. In: PARISI, Francesco (org.). **The Oxford Handbook of Law and Economics**: Volume 1: Methodology and Concepts. United Kingdom: Oxford University Press, 2017. E-book.

BENJAMIN, Antonio Herman. Seminário Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - Parte 2. **Youtube**, 10 abril 2019. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=EMZjSzlonoI. Acesso em: 20 jul. 2023.

BERMANN, George A. e PICARD, Etienne. **Introdução ao Direito Francês**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BERTONCINI, Mateus. **LINDB** – Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro: Constituição e as alterações implementadas pela Lei 13.655/2018. Curitiba: Juruá, 2022.

BINENBOJM, Gustavo. A consensualidade administrativa como técnica juridicamente adequada de gestão eficiente de interesses sociais. **Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro (PGERJ)**. Rio de Janeiro: v. 03, n. 03, p. 01-07, set/dez 2020.

BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). **A Constitucionalização do Direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Editor Lumen Juris, 2007. p. 743-782.

BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira** – Legitimidade democrática e instrumentos de realização. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BINENBOJM, Gustavo e CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, p. 203–224, 2018.

BITENCOURT, Caroline Müller e LEAL, Rogério Gesta. Participação democrático e a necessidade de consulta pública quando da elaboração legislativa para configuração das políticas públicas: um olhar sobre as vantagens da democracia deliberativa. In: MAFFINI, Rafael e RAMOS, Rafael [Org.]. **Nova LINDB**: proteção da confiança, consensualidade, participação democrática e precedentes administrativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p.123-151.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. Uma defesa das regras do jogo. 6ª ed. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BONACORSI DE PALMA, Juliana. Devido processo legal na consensualidade administrativa. In: SCHIRIATO, Vitor Rhein (coord.). **Estudos atuais sobre ato e processo administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 11-26.

BONACORSI DE PALMA, Juliana. Quem é o “administrador médio” do TCU?. **Fórum Administrativo**: Direito Público. Belo Horizonte, v. 20, n.238, dez. 2020. Disponível em: https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/39105. Acesso em: 11 jan. 2021.

BONACORSI DE PALMA, Juliana. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015.

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

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BOROWSKI, Martin. **Elementos esenciales de la dogmática de los derechos fundamentales**. Tradução: Arnulfo Daniel Mateos Durán. México: Tirant lo Blanch, 2022.

BRAGA, André de Castro Oliveira Pereira. Resolução 315 do TCU: início de uma revolução no controle? Evidências sugerem que o TCU entrou em rota de autocontenção. **Portal Jota**, 10 mar 2021. Disponível em: https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2021/03/10.03.21-Resolucao-315-do-TCU_-inicio-de-uma-revolucao-no-controle_JOTA.pdf. Acesso: 10 jun. 2023.

BRAGA, Juliana. Ex-ministro da CGU vê problemas na troca de multas de empresas por obras. Para Valdir Simão, ideia acalentada pelo atual governo pode gerar distorções. **Jornal Folha de São Paulo**, 28.jan.2023.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BRAZ DE CASTRO, Bruno. Sham Litigation: o abuso do direito de petição com efeitos concorrenciais. **Revista do IBRAC** – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, vol. 18/2010, p. 58 – 74, jul - dez 2010.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos e SPINK, Peter (orgs). **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas: 1998.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Uma reforma gerencial da Administração Pública no Brasil. **Revista do Serviço Público**, v. 49, n. 1, p. 05-42, jan.-mar. 1998.

BUENO DA SILVEIRA, André. **Análise econômica do Direito e Teoria dos Jogos**. 2ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2023.

BUZAID, Alfredo. **Da responsabilidade do juiz**: Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan - mar 1978, n° 9, p. 15-36.

CAGGIANO, Monica Herman Salem. Democracia x constitucionalismo. **Cadernos de Pós-Graduação em Direito**: estudos e documentos de trabalho/Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP. São Paulo, nº 1, 2011.

LORAUX, Nicole. Nas origens da democracia: sobre as origens da democracia. Tradução de Rachel de Andrade C. Brasiliano. **Revista Discurso**, nº 11, São Paulo: Universidade de São Paulo, 1979.

CAIO DE SOUZA LOUREIRO, Caio de Souza. Princípios na Lei de Liberdade Econômica. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto, RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz e LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Comentários a Lei de Liberdade Econômica**: Lei 13.874/2019 (livro eletrônico). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. E-Book.

CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes e NEVES, Rubia Carneiro. Governança corporativa e Administração Pública consensual: uma nova tendência nos acordos de parceria para promover tecnologia e inovação. In: **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, vol. 57/2012, jul-set 2012. p. 343-370.

CÂMARA, Jacintho Arruda. Art. 24 da LINDB - Irretroatividade de nova orientação geral para anular deliberações administrativas. **Revista de Direito Administrativo**, p. 113–134, 2018.

CAMBI, Eduardo e BALERA, José Eduardo Ribeiro. Entre Posner, Rawls e Dworkin: o ato de julgar, a motivação e a resposta correta. **Revista de Processo**, vol. 277/2018. p. 133 – 157, mar 2018.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2ª ed. São Paulo: Almedina, 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões da autorrestrição judicial. In: LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio e NERY JÚNIOR, Nelson. **Crise dos Poderes da República**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.p. 243-264.

CAMPOS, Francisco. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 1943.

CANAS, Vitalino. Discricionariedade, vinculação, proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo, Infraestrutura, Regulação e Compliance**. n. 23. ano 6. p. 135-185. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAPPELLARI, Álisson dos Santos Cappellari. Sandbox regulatório: uma nova velocidade regulatória para um novo cenário tecnológico. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. vol. 95/2022, p. 195 – 214, jan - mar 2022.

CARDOSO, Henrique Ribeiro e DÓRIA, Davi Barretto. A segurança jurídica dos atos administrativos e a objetivação das demandas refletidas no art. 30 da nova LINDB. **Revista de Direito Administrativo**, v. 279, n. 3, p. 149–179, 2020.

CARDOSO, Henrique Ribeiro e SANTOS, Mateus Levi Fontes. A deferência judicial redimida. **Revista de Direito Administrativo**, v. 282, n. 1, p. 139–172, 2023.

CARDOZO, José Eduardo Martins. **Da retroatividade da Lei**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CARNAES, Mariana. **Processo Administrativo Negocial**: balizas normativas para efetivar a negociação no âmbito regulatório. Londrina: Thoth, 2022.

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. *Utilitas contrahentium*: um princípio de responsabilidade civil romano para uma sociedade globalizada? **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, vol. 8/2016, p. 139 – 166, jul-set 2016.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 34ª ed. São Paulo: Atlas, 2020. E-book.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo administrativo** federal - Comentários à Comentários à Lei n 9.784, de 29.1.1999. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administractivo**. 7ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002.

CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administrativo I**. 6ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

CASSAGNE, Juan Carlos. **Os grandes princípios do Direito Público, Constitucional e Administrativo**. Tradução: Marly Peres. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.

CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. Argumento consequencialista no Direito. **Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL**. v. 6, n. 3 (2015), p. 4-27.

CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. **Teoria do ato administrativo**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

CLÉRICO, Lara. El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional**. p. 125-173. Equador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. E-book.

CONDESSO, Fernando dos Reis. **Derecho a la información**: Crisis del sistema político y transparencia de los Poderes Públicos. Madrid: Editorial Dykinson, 2011.

COOTER, Robert e ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 6ª ed. London: Addison-Wesley, 2016.

CORREIA, André de Luizi. **A citação no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. Os grandes traços do direito administrativo no século XXI. **A&C** – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 45-66, jan./mar. 2016.

CORVALÁN, Juan Gustavo. Transformações do “regime de Direito Administrativo”: a propósito do regime exorbitante e das prerrogativas da Administração Pública. **A&C** – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 49-73, jan./mar. 2013.

COSTA, José Marcelo Ferreira. O aspecto semântico do processo e do procedimento no direito administrativo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, v. 237, p. 341–364, 2004.

COSTA, Judith Martins. **Comentários ao Novo Código Civil**. vol. V, tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

COSTA, Regina Helena. A praticabilidade nos atos administrativos. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; NOHARA, Irene Patrícia e MARRARA, Thiago (Org.). **Direito e Administração Pública**: Estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro. São Paulo: Atlas, 2013. p.822-830.

COSTA, Regina Helena. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. **Revista Justitia**, nº 51. São Paulo, jan-mar., 1989.

COUTO E SILVA, Alamiro. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, v. 237, p. 271–316, 2004.

COUTO E SILVA, Alamiro. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. **Revista de direito público**, v. 20, n. 84, p. 46–63, out-dez. 1987. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

COUTO, Daniel Uchôa Costa. Premissas e desafios para o estabelecimento da accountability no contexto social brasileiro. **Interesse Público** – IP, Belo Horizonte, ano 15, nº 80, jul-ago. 2013.

CRETELA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo**: Teoria do Ato Administrativo. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

CRETELA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo**: Princípios de Direito Administrativo. Vol. X. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

CRETELA JÚNIOR, José. Da autotutela administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, v. 108, p. 47–63, 1972.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva e EIDT, Elisa Berton. O compromisso do artigo 26 da LINDB e a sua celebração no âmbito das câmaras administrativas de prevenção e de solução de conflitos. In: MAFFINI, Rafael e RAMOS, Rafael [Org.]. **Nova LINDB**: proteção da confiança, consensualidade, participação democrática e precedentes administrativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p.73-89.

CRITCHLEY, Simon; DERRIDA, Jacques; LACLAU, Ernesto e RORTY, Richard. In: MOUFFE, Chantal (org). **Deconstruction and Pragmatism**. New York: Routledge, 1996.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**, 14ª ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CYRINO, André. **Direito Administrativo de carne e osso**: estudos e ensaios. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2020.

DAHL, Robert Alan. **A Democracia e seus críticos**. Tradução: Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

DALLARI, Adilson Abreu. Consequencialismo no âmbito do Direito Administrativo. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; CHALITA, Gabriel e NALINI, José Renato. **Consequencialismo no Poder Judiciário**. Indaiatuba: Editora Foco, 2019. p. 125-136.

DALLARI, Adilson Abreu. Processo administrativo como instrumento de segurança jurídica. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; NOHARA, Irene Patrícia e MARRARA, Thiago (Org.). **Direito e Administração Pública**: Estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro. São Paulo: Atlas, 2013.

DESSAUNE, Marcos. **Desvio produtivo do consumidor**: o prejuízo do tempo desperdiçado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 201.

DESSAUNE, Marcos. Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: um panorama. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 119. ano 27. p. 89-103. São Paulo: Revista dos Tribunais set.-out. 2018.

DEWEY, John. Experiência e Natureza. Tradução: Murilo Otávio Rodrigues Paes Leme. In: **Os Pensadores**. vol. XI. São Paulo: Editor Victor Civita, 1974.

DIAS, Maria Tereza Fonseca e GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 29ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 35ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. E-book.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 36ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. E-book

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O Direito Administrativo Brasileiro sob influência dos sistemas de base romanística e da common law. In: MOURA, Emerson Affonso da

Costa; BAPTISTA, Patrícia Ferreira e MARRARA, Thiago (org.). **Estudos de Direito Administrativo Comparado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 17-38.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação popular na administração pública. **Revista de Direito Administrativo**, v. 191, p. 26–39, 1993.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Responsabilidade dos procuradores e assessores jurídicos da administração pública. In: **Boletim de Direito Administrativo**, vol. 24, n.º 1. São Paulo: NDJ, 2008.

BARRETO, Amanda Louise Ramajo Corvello. A responsabilização do parecerista na jurisprudência dominante e no Novo CPC: análise crítica. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná**, Curitiba, n. 8, p. 65-93, 2017.

DIDIER JÚNIOR, Fredie e ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, Rafael. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, nº 73, jul./set. 2019. p. 115-132.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 14ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

DIDIER JÚNIOR, Fredie e FERNANDEZ, Leandro. Contribuições da decisão administrativa coordenada para o sistema brasileiro de justiça multiportas. In: SANTOS DE MENDONÇA, José Vicente e CABRAL, Antonio do Passo (coord.) **Decisão Administrativa Coordenada**: reflexões sobre o art. 49-A e seguintes da Lei n. 9.784/1999. Salvador: Editora JusPodivm, 2022. p. 155-186.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 21ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2019.

DÍEZ-PICAZO, Luis María. La doctrina del precedente administrativo. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 98, maio-ago. 1982.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao Código civil brasileiro interpretada**. 14ª ed. São Paulo, Saraiva, 2009.

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

DORTAS, Gustavo Ribeiro, LOPES, Marcelo, CARPES, Nayara do Amaral e MARTINS JÚNIOR, Wilmar da Costa. O consensualismo como estratégia de

resolução de conflitos pelo controle externo. **Revista Digital do Tribunal de Contas do Estado do Paraná**, Curitiba, nº 31. 64-87, jan-mar 2021.

DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EMMERICH, Gustavo Ernesto. **Transparencia, rendición de cuentas, responsabilidad gubernamental y participación ciudadana**. México, Polis: Investigación y Análisis Sociopolítico y Psicosocial, nº 04, vol. 02, 2004.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. 8ª ed. Tradução de J. Baptista Machado. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2001.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 2ª ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1950.

FARIA, Luzardo. O papel do princípio da indisponibilidade do interesse público na Administração Pública consensual. **Revista de Direito Administrativo**. v. 281, n. 3, p. 273–302, 2022.

FARIA, Luzardo. **O princípio da indisponibilidade do interesse público e a consensualidade no Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

FERNANDES, Adriana e LIMA, Bianca. As empresas terão de comprar direito de poluir. Rafael Dubeux vê cenário favorável para a implementação do mercado de carbono no País. Caderno Economia & Negócios, p. B3. **Jornal Estado de São Paulo**, 26 agosto 2023.

FERRAOLI, Luigi. Contra a jurisprudência Criativa. Tradução: André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz e TRINDADE, André Karam. **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. 2ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022. p.255-286. p.267).

FERRAZ, Sérgio. Contrato administrativo de inovação tecnológica: uma aproximação. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**, vol. 13/2020, p. 23 – 43, abr-Jjun, 2020.

FERRAZ, Sérgio. Extinção dos atos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, v. 231, p. 47–66, 2003.

FERRAZ, Sérgio. Mediação e Consensualidade na Administração Pública. Entrevistadores: Renata Porto Adri e Egon Bockmann Moreira. Convidado: Sérgio Ferraz. **Podcast Mediação com a Administração Pública**, nº 03, 24 de maio de 2022, 46 minutos. Disponível em: Plataforma Spotify. Acesso em: 13 de dez. 2022.

FERRAZ, Sérgio. **Tratado de Direito Administrativo Brasileiro**. Parte geral. Vol. 01. Belo Horizonte: Editora Forum, 2022.

FERREIRA, Alexsandro Fonseca, MAZZEI, Marcelo Rodrigues e GERAIGE NETO, Zaiden. O direito coletivo de acesso à informação pública: um estudo comparado entre a legislação brasileira e a colombiana. **A&C** - Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 13, nº 53, jul-set. 2013.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Instrumentos da Administração Consensual. A Audiência Pública e sua finalidade. **Revista de Direito Administrativo**, v. 230, p. 237–250, 2002.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Instrumentos da Administração Consensual: a audiência pública e sua finalidade. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE***),* Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, agos-out, 2007. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=239. Acesso em: 15 mar 2023.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**: De la Antigüedad a nuestros días. Tradução: Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

FRANÇA, Phillip Gil. O artigo 24 da LINDB, controle e coerência estatal. In: RAMOS, Rafael (coord.). **Comentários à Nova LINDB**: Lei nº 13.655/2018. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 105-118.

FRANÇA, Phillip Gil. Uma ótica consequencialista da convalidação e da invalidação do ato administrativo como meio de proteção da confiança e da legitimidade estatal. In: MAFFINI, Rafael e RAMOS, Rafael (Org.). **Nova LINDB**: proteção da confiança, consensualidade, participação democrática e precedentes administrativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p.59-71.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Contraditório e invalidação administrativa no âmbito da administração pública federal. **Revista de Direito Administrativo**, v. 233, p. 261–288, 2003.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Estrutura e motivação do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

FRANCISCO DE SOUSA, António. **Conceitos indeterminados no Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994.

FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; BARDDAL, Jean Paul. Análise preditiva e decisões judiciais: controvérsia ou realidade? **Revista Democracia Digital e Governo Eletrônico**, Florianópolis, v. 1, n. 18, p. 107-126, 2019.

FREITAS, Juarez. Controle dos atos vinculados e discricionários à luz dos princípios fundamentais. In: GERMANO, Luiz Paulo Rosek e GIORGIS, José Carlos Teixeira (Org). **Lições de Direito Administrativo**: estudos em homenagem a Octavio Germano. p. 13-38. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 36).

FREITAS, Juarez. Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflito. **Revista de Direito Administrativo**, v. 276, p. 25–46, 2017.

FREITAS, Juarez. **O Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FUCHS DE ARAÚJO, Alexandra. Comentários ao artigo 26 da Lei de Introdução às normas de Dieito Brasileiro. In: CARNEIRO DA CUNHA FILHO, Alexandre Jorge; ISSA, Rafael Hamze e SCHWIND, Rafael Wallbach [Coords.]. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro Anotada**. Vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 325-332.

GABBA, Carlo Francesco. **Teoria della retroattività delle leggi**. vol. 01. 3ª ed. Torino: Unione Tipografico Editrice, 1891.

GABRIEL, Anderson de Paiva. O neoconstitucionalismo pragmático e a jurisdição contemporânea. **Revista de Análise Econômica do Direito**. vol. 6. ano 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./dez. 2023.

GABRIEL, Yasser. **Sanções do Direito Administrativo**. São Paulo: Almedina, 2023.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, 12ª ed. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Editora Vozes, 2012.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**: Direitos Não Nascem em Árvores. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

GALVÃO, Gabriel de Mello. Art. 26 da Lei n. 13.655/2018. Desafios do diálogo com a Administração para a concretização de projetos de infraestrutura. In: CARNEIRO DA CUNHA FILHO, Alexandre Jorge; ISSA, Rafael Hamze e SCHWIND, Rafael Wallbach [Coords.]. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro Anotada**. Vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 349-354.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. Vol. I. Tradução José Alberto Froes Cal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Hacia una nueva Justicia Administrativa**. 2ª ed. Madrid: Editorial Civitas S.A, 1992.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos. **Revista de Administración Pública**,1962.

GARCÍA PÉREZ, Marta. Presente y futuro del arbitraje de derecho administrativo en España. **Revista Brasileira de Infraestrutura** – RBINF. Belo Horizonte, v. 2, n. 4, p. 13-44, jul./dez. 2013.

GARCIA, Benigno Pendas. **Jeremy Bentham: Política y Derecho em los orígenes del Estado Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

GARCIA, Flávio Amaral. Dispute Boards e os contratos de concessão. In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann; GARCIA, Flávio Amaral; CRUZ, Elisa Schmidlin. **Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution**: arbitragem, dispute board, mediação e negociação. Com comentários à legislação do Rio de Janeiro, São Paulo, Rio Grande do Sul e União sobre arbitragem e mediação em contratos administrativos e desapropriações. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 161-174.

GARGARELLA, Roberto. **Crisis de la representación política**. Distribuciones Fontamara: México DF, 2002.

GARGARELLA, Roberto. O novo constitucionalismo dialógico, frente ao sistema de freios e contrapesos. In: VIEIRA, José Ribas; LACOMBE, Margarida; LEGALE, Siddharta. **Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GARGARELLA, Roberto. **Teoría y Crítica del Derecho Constitucional**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008.

GAROFANO, Rafael Roque, STEIN, Daniel Almeida e ZABLITH, Marc Bujnicki. Relevante interesse geral, requisito para o acordo e vetos. In: CARNEIRO DA CUNHA FILHO, Alexandre Jorge; ISSA, Rafael Hamze e SCHWIND, Rafael Wallbach [Coords.]. **Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro Anotada**. Vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 332-338.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GERAIGE NETO, Zaiden e MAZZEI, Marcelo Rodrigues. O Direito coletivo à probidade administrativa: punitivismo e conduta na caracterização do ato de improbidade administrativa. **Revista Reflexão e Crítica do Direito**, v. 8, n. 2, p. 139–154, 2020. Disponível em: https://revistas.unaerp.br/rcd/article/view/2323. Acesso em: 31 dez. 2022.

GIAMUNDO NETO, Giuseppe. Comentários gerais ao art. 27. In: MAFFINI, Rafael e RAMOS, Rafael [Org.]. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro** – Anotada. Vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p.365-374.

GOLECKI, Mariusz Jerzy. Homo Economicus Versus Homo Iuridicus. Two views on the Coase Theorem and the integrity of Discourse Within the Law and Economics Scholarship. In: MATHIS, Klaus (org.) **Law and Economics in Europe: Foundations and Applications**. London: Springer Netherlands, 2014. p. 69-91.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel e LIMA, Diogo de Araújo. **Acordo de Não Persecução Cível**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

GONÇALVES, José Renato. **Acesso à informação das entidades públicas**. Coimbra: Almedina, 2002.

GORDILLO, Agustín. **La Administración pararela**. Madrid: Editorial Civitas, S/A, 2001.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**: Tomo 3: El Acto Administrativo. 10ª ed. Fundación de Derecho Administrativo: Buenos Aires, 2011.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes** [a interpretação/aplicação do direito e os princípios], 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito posto e o Direito Pressuposto**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

GREGO-SANTOS, Bruno. Boa fé da Administração Pública e segurança jurídica. In: CARNEIRO DA CUNHA FILHO, Alexandre Jorge; ISSA, Rafael Hamze e SCHWIND, Rafael Wallbach (Coords.). **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro Anotada**. Vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 484-490.

GREGO-SANTOS, Bruno. **Transação extrajudicial na administração pública**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

GUANDALINI JÚNIOR. Walter. **Raízes históricas do Direito Administrativo brasileiro**. Fontes do Direito Administrativo na doutrina brasileira do século XIX (1857-1884). Curitiba: Appris, 2019.

GUASTINI, Riccardo. **Estudios de Teoría Constitucional**. Tradução: Miguel Carbonell. México: Doctrina Jurídica Contemporánea, 2001.

GUERRA, Héctor Garcini. **Derecho Administrativo**. 2ª ed. Cuba: Editorial Pueblo y Educación, 1986.

GUERRA, Rayanderson. Custo com venda de parte de férias de 60 dias de juízes chega a R$ 3,5 bi. Montante se refere aos últimos 6 anos, segundo o CNJ; período de recesso está previsto na Lei Orgânica da Magistratura e pode servir, na prática, como adicional de rendimento. **Jornal Estado de São Paulo**, Caderno Judiciário, p. A6, 11 de junho de 2023.

GUERRA, Sérgio e BONACORSI DE PALMA, Juliana. Art. 26 da LINDB - Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, p. 135–169, 2018.

GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. 6ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Administração contemporânea: três linhas de transformação do poder de polícia. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella e MOTTA, Fabrício (Coord.). **O Direito Administrativo nos 30 anos da Constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 61-69.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HABERMAS, Jürgen. Pragmatismo americano e filosofia alemã: três recensões. In: HABERMAS, Jürgen. **Era das Transições**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HEINEN, Juliano. A formação do consensus a partir das bases normativas do art. 29 da Lri de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. In: MAFFINI, Rafael e RAMOS, Rafael [Org.]. **Nova LINDB: proteção da confiança, consensualidade, participação democrática e precedentes administrativos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p.109-121.

HEINEN, Juliano. Não existe processo grátis: âmbito de proteção do art. 27 da LINDB. In: RAMOS, Rafael (coord.). **Comentários à Nova LINDB**: Lei nº 13.655/2018. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

HERDY, Rachel e MATIDA, Janaina. CNJ pode dificultar formação de juízes na tradição racionalista da prova. Revista **Consultor Jurídico**, 22 out. 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-out-22/limite-penal-cnj-dificultar-formacao-juizes-tradicao-racionalista-prova. Acesso em: 20 jul 2023.

HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o Direito à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológica-política**. 3ª ed. Rio de Janeiro, 1994.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy**: the origins and consequences of the new constitutionalism. Harvard University Press: Massachusetts, 2004.

HOLMES, Stephen e SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**: Porque a liberdade depende dos impostos. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

HORBACH, Carlos Batisde. **Teoria das nulidades do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

IBDA. Enunciados do IBDA sobre a interpretação da LINDB. **Fórum Administrativo** – FA, Belo Horizonte, ano 19, n. 221, p. 167-168, jul. 2019.

JAMES, William. ***Pragmatismo Un nuevo nombre para viejas formas de pensar***. Tradução: Ramón del Castillo. Madrid: Alianza Editorial, 2000.

JARUDE, Jamile Nazaré Duarte Moreno e LAZARI, Rafael de. Os serviços públicos digitais em uma Administração Pública que visa à eficiência. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 132/2022, p. 75 – 89, Jul - Ago / 2022.

JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**. Tradução Femando de los Ríos. México: Fondo de Cultura Económica (FCE), 2000.

JÈZE, Gastón. **Los Principios Generales del Derecho Administrativo**. Tradução: Carlos Garcia Oviedo. Madrid: Editorial Reus, 1928.

JOHONSOM DI SALVO, Sílvia Helena. O novo PAC e o apelo por aprimoramento estratégico de resolução de disputas. **Consultor Jurídico**, 1º outubro de 2023. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2023-out-01/publico-pragmatico-pac-aprimoramento-estrategico-resolucao-disputas. Acesso em: 02 out. 2023.

JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, p. 63–92, 2018.

JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma administração pública complexa**: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. São Paulo: Malheiros, 2016.

JORDÃO, Eduardo; ROSE-ACKERMAN, Susan. Judicial Review of Executive Policymaking in Advanced Democracies: Beyond Rights Review. **Administrative Law Review**, v. 66, p. 1-72, 2014. Yale Law School.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. **Negócios Jurídico**: existência, validade e eficácia. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

JUSTEN DE OLIVEIRA, Fernão. Dosimetria do sancionamento administrativo. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro Anotada**. Vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p.204-210.

JUSTEN FILHO, Marçal. PL 7.448/17 e sua importância para o Direito brasileiro. **Portal Jota**, 18 abril 2018. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-do-justen/pl-7448-2017-e-sua-importancia-parao-direito-brasileiro-18042018. Acesso em: 20 jul 2023.

JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo de espetáculo. **Fórum Administrativo** – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, p. 144-154, jun. 2009.

JUSTEN NETO, Marçal. Os efeitos da reinterpretação de norma no Direito Público. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro** – Anotada. Vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p.234-239.

JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo e ESTEFAM, Felipe Faiwichow. **Curso prático de arbitragem e administração pública**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo e ESTEFAM, Felipe Faiwichow. Regulamentos de arbitragem na administração pública: estudo de caso da minuta de Decreto apresentada pela PGE-SP (2018). **Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution***,* Belo Horizonte: Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 55-76, jan./jun. 2019.

JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo e VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. Administração Pública brasileira e os 20 anos da Constituição de 1988: momento de predomínio das sujeições constitucionais em face do direito fundamental à boa administração pública. **Fórum Administrativo** – FA, Belo Horizonte, ano 9, n. 95, p. 23-34, jan. 2009.

JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo Henrique. As audiências e o processo administrativo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, v. 209, Rio de Janeiro, p. 153–167, 1997.

JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo Henrique. A arbitragem e as parcerias público-privadas. **Revista de Direito Administrativo**, v. 241, p. 241–272, 2005.

JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo Henrique. As audiências e o processo administrativo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, v. 209, Rio de Janeiro, p. 153–167, 1997.

JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo Henrique. A Expansão da Consulta Pública: vetores de eficiência, responsividade e legitimidade da atividade normativa administrativa. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro** – Anotada. Vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo Henrique. **Direito Administrativo Pragmático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo Henrique. Os acordos administrativos na dogmática brasileira contemporânea. In: MOREIRA, António Júdice [et al.] (Coord.). **Mediação e arbitragem na administração pública: Brasil e Portugal**. São Paulo: Almedina, 2020. p. 103-113.

KARAM DE CHUEIRI, Vera; MOREIRA, Egon Bockmann, CÂMARA, Heloisa Fernandes e GUALANO DE GODOY, Miguel. **Fundamentos de Direito Constitucional**: novos horizontes brasileiros. 2ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2022.

KELLNER, Alexander Leonard Martins. **Consequencialismo judicial na suspensão de segurança nos julgamentos de direito regulatório**. 2018. 147p. Dissertação (Mestrado) – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

KRELL, Andreas Joachim. A recepção das teorias alemãs sobre ‘conceitos jurídicos indeterminados’ e o controle da discricionariedade no Brasil. **Revista Interesse Público** - IP. Belo Horizonte, ano 6, nº 23, jan-fev. 2004.

KUHN, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. 12ª ed. Tradução: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2013. E-book.

LANGBEIN, John Harriss. Modern Jurisprudence in the House of Lords the Passing of London Tramways. In: **Cornell Law Review**. Vol. 53, 1968. p. 807-813. p. 811. Disponível em: http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol53/iss5/3. Acesso em: 10 jun 2023.

LEAL, Fernando. Consequenciachismo, principialismo e deferência: limpando o terreno: Dilema é, de fato, meramente aparente. **Portal Jota**, 01 out 2018. Disponível em: https://www.jota.info/stf/supra/consequenciachismo-principialismo-e-deferencia-limpando-o-terreno-01102018. Acesso em: 20 jun 2023.

LEAL, Fernando. Juízes pragmáticos são necessariamente juízes ativistas?. **Revista Brasileira de Direito**, v. 17, n. 1, 2021.

LEAL, Fernando. Consequenciachismo, principialismo e deferência: limpando o terreno. Dilema é, de fato, meramente aparente. **Portal Jota***,* 1º.10.2018. Disponível em: https://www.jota.info/stf/supra/consequenciachismo-principialismo-e-deferencia-limpando-o-terreno-01102018. Acesso em: 02.04.2023.

LEAL, Fernando. Propostas para uma abordagem téorico-metodológia do dever constitucional de eficiência. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico** (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 15, agosto/setembro/outubro, 2008.

LEVIN, Alexandre. Consulta e Audiência Pública: considerações sobre o art. 29 do Decreto-Lei n. 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro** – Anotada. Vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

LIBÓRIO, Daniela Campos. Comentários Gerais ao art. 26 da LIND. In: CARNEIRO DA CUNHA FILHO, Alexandre Jorge; ISSA, Rafael Hamze e SCHWIND, Rafael Wallbach [Coords.]. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro Anotada**. Vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 321-324.

LIMA DOS SANTOS, Celso Rodrigo. “Nova LINDB”, cinco anos. Uma convocação à racionalidade das decisões. Contribuições para os casos de dano ao erário. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 10, n. 2, p. 154-188, 2023.

LIMA, Lucas Asfor Rocha. Breve reflexão sobre o consequencialismo e o artigo 20 da LINDB. **Revista Consultor Jurídico**, 05 ago. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-ago-05/rocha-lima-consequencialismo-artigo-20-lindb. Acesso em: 05 jan. 2023.

LIMA, Ruy Cirne. O conceito fundamental do Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 12, p. 59-64, abril-junho de 1948.

LIPIANI, Júlia e SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre mediação e conciliação. In: ZANETI JÚNIOR, Hermes e CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador: Juspodivm, 2016.

LÍRIO DO VALLE, Vanice Regina. Deferência judicial para com as escolhas administrativas: resgatando a objetividade como atributo do controle do poder. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 25, n. 1, p. 110–132, 2020.

LOBO TORRES, Ricardo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário** – Valores e princípios constitucionais tributários. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. 2ª ed. Tradução: Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1979.

LOPES DE OLIVEIRA, Beatriz. Acordo de não persecução cível no Ministério Público. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider e PINHEIRO DE QUEIROZ, Ronaldo. **Justiça Consensual**: acordos criminais, cíveis e administrativos. Salvador: Editora JusPodivm, 2022. p. 689-732.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O oráculo de Delfos**: Conselho Estado e direito no Brasil oitocentista. São Paulo: Saraiva, 2010.

LÓPEZ, Ciro Colombara e BUSTOS, Juan Pablo Olmedo. El control social de la administración y el derecho de acceso a la información. La experiencia chilena. México. **Derecho Comparado de la información**, nº 02, jul-dez 2003.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial**: fundamentos de Direito. 2ª ed. Tradução: Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LOSANO, Mario Giuseppe. **Sistema e estrutura no direito**. Vol. 02. Tradução: Luca Lamberti. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

LUNARDELLI, José Marcos. Comentário geral ao art. 30 da LINDB. In: CARNEIRO DA CUNHA FILHO, Alexandre Jorge; ISSA, Rafael Hamze e SCHWIND, Rafael Wallbach (Coords.). **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro Anotada**. Vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 477-480.

MACCORMICK, Neil e SUMMERS, Robert S. **Interpreting precedents**: a comparative study. London: Dartmouth, 1997.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução: Waldeá Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACHADO, Gabriel. **Acordos Administrativos**: uma leitura a partir do art. 26 da LINDB. São Paulo: Almedina, 2021.

MACHADO, Renato e HOLANDA, Marianna. Governo Lula gastou R$ 7,3 mi com hospedagem nas viagens ao exterior: Planalto ressalta restabelecimento de relações diplomáticas e atração de investimentos bilionários. **Jornal Folha de São Paulo**, 25 jun. 2023. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2023/06/governo-lula-gastou-r-73-mi-com-hospedagem-nas-viagens-ao-exterior.shtml. Acesso em: 30 jul. 2023.

MACHADO, Santiago Muñoz. **Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General XII**: Actos Administrativos y Sanciones Administrativas. 2ª ed. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial Del Estado, 2017.

MAFFINI, Rafael e HEINEN, Juliano. Análise acerca da aplicação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (na redação dada pela Lei 13.655/2018) no que concerne à interpretação de normas de direito público: operações interpretativas e princípios gerais de direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, v. 277, n. 3, p. 247–278, 2018.

MAFFINI, Rafael. Art. 21 e o novo regime consequencial das invalidades. In: RAMOS, Rafael (Coord.). **Comentários à nova LINDB***.* Belo Horizonte: Editora Fórum, 2023. p. 43-65.

MAFFINI, Rafael. LINDB, Covid-19 e Sanções Administrativas Aplicáveis a Agentes Públicos. **Revista da CGU**, v. 13, n. 23, p. 55–70, 2021.

MAIA NETO, Francisco. **A prova pericial no novo processo civil e na arbitragem**. Belo Horizonte: Editora DelRey, 2015.

MAIA, Flávia. Desembargador diz que repactuação de acordo de Mariana 'não está longe'. Em entrevista ao JOTA, Ricardo Rabelo, do TRF6, reforça que a Justiça Brasileira reúne 'plenas condições' de resolver o conflito. **Portal Jota**, 27 jul. 2023. Disponível em: https://www.jota.info/justica/desembargador-diz-que-repactuacao-de-acordo-de-mariana-nao-esta-longe-27072023. Acesso em: 27 jul. 2023.

MAIRAL, Héctor A. **As raízes legais da corrupção ou como o Direito Público fomenta a corrupção em vez de combatê-la**. Tradução: Susan M. Behrends. São Paulo: Editora Contracorrente, 2018.

MARCELO DE OLIVEIRA, Júlio. Projeto de lei ameaça o controle da administração pública. **Conjur**, 10 abril 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-abr-10/projeto-lei-ameaca-controle-administracao-publica. Acesso em: 15 out. 2023.

MARCOS, Rui de Figueiredo. MATHIAS, Carlos Fernando Mathias e NORONHA, Ibsen. **História do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. E-book.

MARINHO DE CARVALHO, Gustavo. **Precedentes administrativos no Direito brasileiro**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgi Cruz e MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado** [livro eletrônico], 7ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgi Cruz e MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. Vol. 02, 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. Cultura e previsibilidade do Direito. **Revista de Processo Comparado**. Vol. 0, p. 271 – 292, Jan-Jun de 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. Da corte que declara o "sentido exato da lei" para a corte que institui precedentes. **Revista dos Tribunais**, vol. 950, p. 165 –198, dez – 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedente Constitucional**. São Paulo: Thomson Reuters, 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 3ª ed. São Paulo: Thomsom Reuters, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica decisória e diálogo institucional: decidir menos para deliberar melhor. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 2, n. 1, p. 49-85, jan./jun. 2022.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo e VÉRAS DE FREITAS, Rafael. O artigo 22 da LINDB e os novos contornos do Direito Administrativo sancionador. **Revista Consultor Jurídico**, 25 jul. 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-jul-25/opiniao-artigo-22-lindb-direito-administrativo-sancionador. Acesso em: 13 set. 2023.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo e VÉRAS DE FREITAS, Rafael. A nova LINDB e o consequencialismo jurídico como mínimo essencial. **Revista Consultor Jurídico**, Brasília, 18 de maio de 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-mai-18/opiniao-lindb-quadrantes-consequencialismo-juridico. Acesso em: 15 fev. 2023.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo e VÉRAS DE FREITAS, Rafael. **Comentários à Lei nº 13.655/2018** [Lei da Segurança para a Inovação Pública]. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo e ZAGO, Marina Fontão. Decadência da autotutela administrativa: a proteção do ato administrativo e de seus efeitos jurídicos. **Revista de Direito Administrativo**, v. 281, n. 3, p. 117–142, 2022.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et al. Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL 7.448/2017. **Revista Brasileira da Advocacia**, vol. 9. Ano 3. P. 289-323. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr-ju. 2018.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A bipolaridade do Direito Administrativo e sua superação. In: SUNDFELD, Carlos Ari e JURKSAITIS, Guilherme Jardim (org.). **Contratos Públicos e Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015. p.353-415.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A superação do ato administrativo autista. In: MEDAUAR, Odete e SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.) **Os caminhos do ato administrativo**. p. 89-113. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Art. 23 da LINDB - O equilíbrio entre mudança e previsibilidade na hermenêutica jurídica. **Revista de Direito Administrativo**, p. 93–112, 2018.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. **Fórum de Contratação e Gestão Pública** - FCGP, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, abr. 2010. Disponível em: http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=66621. Acesso em: 29 jun. 2015.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARRARA, Thiago. Acordos no Direito da Concorrência. In: JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo [coord.]. **Acordos Administrativos no Brasil**: teoria e prática. São Paulo; Almedina, 2020. p. 197-230.

MARRARA, Thiago. Administração que cala consente? Dever de decidir, silêncio administrativo e aprovação tácita. **Revista de Direito Administrativo**, v. 280, n. 2, p. 227–264, 2021.

MARRARA, Thiago. As fontes do direito administrativo e o princípio da legalidade. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 1, n. 1, p. 23-51, 2014. DOI: 10.11606/issn.2319-0558.v1i1p23-51. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/73561. Acesso em: 25 jun. 2023.

MARRARA, Thiago. Comentários Gerais ao art. 23 da LINDB. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro** – Anotada. Vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p.229-234.

MARRARA, Thiago. Compromissos como técnica de administração consensual: breves comentários ao art. 26 da LINDB. In: RAMOS, Rafael (coord.) **Comentários à nova LINDB: Lei nº 13.655/2018**. Belo Horizonte, 2023. p.119-142.

MARRARA, Thiago. Consultas públicas: o que mudou com a LINDB? In: MAFFINI, Rafael e RAMOS, Rafael [Org.]. **Nova LINDB**: proteção da confiança, consensualidade, participação democrática e precedentes administrativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p.153-172.

MARTÍNEZ, Alejandro Rosas. Información y Víctimas. **Derecho Comparado de la información**, nº 21, jan-jun 2013.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Improbidade administrativa: o art. 37, § 4º, da Constituição Federal e a Lei nº 8.429/92. In: **O Direito Administrativo nos 30 anos da Constituição**. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella e MOTTA, Fabrício (Coord). p. 349-380.Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Teoria Geral e Princípios do Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência administrativa**: publicidade, motivação e participação popular. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à Lei n. 9.868, de 10/11/1999. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Consequencialismo jurídico e a Constituição de 1988. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; CHALITA, Gabriel e NALINI, José Renato. **Consequencialismo no Poder Judiciário**. Indaiatuba: Editora Foco, 2019. p. 17-28.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Conceitos indeterminados à luz da proporcionalidade e da boa administração. **Revista de Direito Administrativo, Infraestrutura, Regulação e Compliance**. n. 24. ano 7. p. 347-358. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. /mar. 2023.

MARTINS, Vinícius Alves Portela. Analisando pragmaticamente a intervenção regulatória derivada da incidência de CIDEs: o caso da Condecine Licença (art. 32, I da MP 2.228-1/2001), incidente sobre obras publicitárias veiculadas na internet. In: SANTOS DE MENDONÇA, José Vicente e LEAL, Fernando (org.). **Transformações do direito administrativo**: consequencialismo e estratégias regulatórias. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. E-book.

MASAGÃO, Mário. **Curso de Direito Administrativo**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

MAZZEI, Marcelo Rodrigues; SILVEIRA, Sérgio da Silveira. O direito à redução de jornada de servidor público responsável pelos cuidados de pessoa com deficiência frente à ausência de norma específica do ente federativo. Belo Horizonte: **Fórum Administrativo** - Direito Público, v. 254, p. 85-100, 2022.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

MEDAUAR, Odete. Constituição de 1988: Catalizadora da Evolução do Direito Administrativo? In: **Revista do Advogado**, nº 99, ano XXVIII, São Paulo, Associação dos Advogados de São Paulo, setembro de 2008. p. 100-107.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo em evolução**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003,

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 17ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 21ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29ª ed. Malheiros: São Paulo, 2004.

MENDES, Conrado Hubner. Jurisprudência impressionista. O consequenciachismo é um estado de espírito, um pensamento desejoso, a confusão entre o que é e o que se queria que fosse. **Revista Época**. Disponível em:https://oglobo.globo.com/epoca/conrado-hubner-mendes/jurisprudencia-impressionista-23066592. Acesso em: 20 agosto 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. E-book.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. E-book.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Viviane Alfradique Martins de Figueiredo. Mecanismos de consenso no direito administrativo e sua contribuição para a desjudicialização da Política Pública. **Publicações da Escola Superior da AGU**, v. 10, n. 03, 2018.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. Comentários Gerais ao art. 24. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro** – Anotada. vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p.265-271.

MENGUE, Priscila. Defensoria pede suspensão de PPP que prevê despejar ocupações no centro de São Paulo. Órgão estuda tomar medidas judiciais caso recomendação não seja cumprida; famílias não foram avisadas e souberam da proposta da gestão Nunes pelo 'Estadão'. **Jornal Estado de São Paulo**, 20 de janeiro de 2023. Disponível em: https://www.estadao.com.br/sao-paulo/defensoria-pede-suspensao-de-ppp-que-preve-despejar-ocupacoes-no-centro-de-sao-paulo/. Acesso em: 20.02.2023.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MIRAGEM, Bruno. **A nova administração pública e o direito administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MIRAGEM, Bruno. **Direito Administrativo Aplicado**: A Nova Administração Pública e o Direito Administrativo. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MIRANDA, Isabella Carolina e RIBEIRO, Ana Paula Brandão. Os dispute boards no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Mackenzie**, v. 9, p. 129-159, 2015.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MODESTO, Paulo. **Café com prosa**: crônicas de Direito e reforma do Estado. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2021.

MODESTO, Paulo. Silêncio Administrativo Positivo, Negativo e Translativo: a omissão estatal formal em tempos de crise. **Revista Direito de Estado**. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/paulo-modesto/silencio-administrativo-positivo-negativo-e-translativo--a-omissao-estatal-formal-em-tempos-de-crise. Acesso em: 12 jun 2023.

MÖLLERS, Christoph. Separation of Powers. In: MASTERMAN, Roger e SCHÜTZE, Robert [org.]. **The Cambridge Companion to Comparative Constitutional Law**. United Kingdom: Cambridge University Press, 2019. p. 231-257.

MONTEIRO, Vera. Art. 29 da LINDB - Regime jurídico da consulta pública. **Revista de Direito Administrativo**, p. 225–242, 2018. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77656. Acesso em: 17 jun. 2023.

MONTEIRO, Vera. Carta aberta ao ministro Barroso sobre a MP 966: Medida não é um incentivo a quem quer errar. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JORDÃO, Eduardo; MOREIRA, Egon Bockmann Moreira; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; BINENBOJM, Gustavo; CÂMARA, Jacintho Arruda; MENDONÇA, José Vicente Santos de; JUSTEN FILHO, Marçal e MONTEIRO, Vera. **Publicitas**: direito administrativo sob tensão. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 35-36.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 39ª ed. Barueri: Atlas, 2023. E-book.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. Crítica à hermenêutica do conforto: a súmula vinculante como se imagem fosse. In: **Constituição e Estado Social**: os obstáculos à concretização da Constituição. NETO, Francisco José Rodrigues de Oliveira [*et.al.]* (Org). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, v. 209, p. 81–90, 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. E-book.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**, 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da Participação Política**: legislativa, administrativa, judicial. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Discricionariedade administrativa das autoridades reguladoras e aplicação das normas punitivas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 254, p.95-107, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Novas mutações juspolíticas**: em memória de Eduardo García de Enterría, jurista de dois mundos. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, v. 231, p. 129–156, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **O Direito Administrativo no século XXI**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MOREIRA, Egon Bockmann e GOMES, Gabriel Jamur. A indispensável coisa julgada administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, v. 277, n. 2, p. 239–277, 2018.

MOREIRA, Egon Bockmann e PEREIRA, Paula Pessoa. Art. 30 da LINDB: O dever público de incrementar a segurança jurídica. **Revista de Direito Administrativo**, p. 243–274, 2018.

MOREIRA, Egon Bockmann. A decisão coordenada como técnica de negociações plurilaterais (ou: por uma nova visão do processo administrativo). In: SANTOS DE MENDONÇA, José Vicente e CABRAL, Antonio do Passo (coord.) **Decisão Administrativa Coordenada**: reflexões sobre o art. 49-A e seguintes da Lei n. 9.784/1999. Salvador: Editora JusPodivm, 2022. p. 187-202.

MOREIRA, Egon Bockmann. A indisponibilidade do interesse público ainda faz algum sentido? Boa-fé, cooperação e consensualidade são os fundamentos do direito público. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JORDÃO, Eduardo; MOREIRA, Egon Bockmann Moreira; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; BINENBOJM, Gustavo; CÂMARA, Jacintho Arruda; MENDONÇA, José Vicente Santos de; JUSTEN FILHO, Marçal e MONTEIRO, Vera. **Publicitas**: direito administrativo sob tensão. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 93-94.

MOREIRA, Egon Bockmann. A negociação processual e sua incidência nos processos administrativos. In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann; GARCIA, Flávio Amaral; CRUZ, Elisa Schmidlin. **Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution**: arbitragem, dispute board, mediação e negociação. Com comentários à legislação do Rio de Janeiro, São Paulo, Rio Grande do Sul e União sobre arbitragem e mediação em contratos administrativos e desapropriações. 2ª ed. p. 65-68. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo**: princípios constitucionais e a Lei 9.784/99. São Paulo: Malheiros, 2000.

MOREIRA, Egon Bockmann. Súmula nº 473: é hora de dizer adeus – ela cumpriu seu papel, mas hoje traz problemas. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JORDÃO, Eduardo; MOREIRA, Egon Bockmann Moreira; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; BINENBOJM, Gustavo; CÂMARA, Jacintho Arruda; MENDONÇA, José Vicente Santos de; JUSTEN FILHO, Marçal e MONTEIRO, Vera. **Publicitas**: direito administrativo sob tensão. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 105-106.

MORENO-CRUZ, Diego. Three Realistic Strategies for Explaining and Predicting Judicial Decisions. In: MATHIS, Klaus (org.) **Law and Economics in Europe**: Foundations and Applications. London: Springer Netherlands, 2014. p. 93-124.

MORGAN, Fernanda. Repensando o Controle Público no Contrafluxo. **Portal Jota**, 23 abril 2018. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-eanalise/artigos/repensando-o-controle-publico-no-contrafluxo-23042018. Acesso em: 20 jul 2023.

MORÓN, Miguel Sánchez. **Discrecionalidad administrativa y control judicial**. Madrid: Editorial Tecnos S.A, 1995.

MOTTA, Fabrício e NOHARA, Irene Patrícia. **LINDB no Direito Público**: Coleção Soluções de Direito Administrativo. Vol. 10. Thomson Reuters: São Paulo, 2019.

MOURA, Mauro Hiane de. Comentários à decisão do Supremo Tribunal Federal no RE 409.203-4/RS. In: **Revista trimestral de direito civil** (RTDC), v. 9, n. 33, jan-mar. 2008.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do direito**. 3ª ed. Tradução: Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NAVAS, Amanda Renata Enéas. A Teoria Econômica da Regulação como fundamento da sham litigation. **Revista do IBRAC** – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, vol. 22/2012, p. 163 – 180, jul - dez 2012.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado** (livro eletrônico). 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

NERY, Ana Luiza de Andrade. **Compromisso de ajustamento de conduta**: teoria e análise de casos práticos. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NEUSTEIN, Fernando Dantas Motta. Direito e incerteza. **Jornal Estado de São Paulo**, 15 ago. 2023, Caderno Espaço Aberto. p. A6.

NEVES, António Castanheira. **O Direito hoje e com que sentido?** O problema actual da autonomia do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. Contrapesos de uma Administração Pública consensual: legalidade versus eficiência. **Interesse Público** – IP, Belo Horizonte, ano 19, n. 103, p. 49-77, maio/jun. 2017.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: Princípios e Regras Constitucionais. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NIEBUHR, Pedro; LADEIRA DE OLIVEIRA, Cláudio e MEDEIROS, Isaac Kofi. Controle e deferência judicial à Administração Pública: um ensaio sobre a doutrina Chevron e o artigo 22 da LIND. In: MAFFINI, Rafael e RAMOS, Rafael (Org.). **Nova LINDB**: Consequencialismo, deferência judicial, motivação e responsabilidade do gestor público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p.73-92.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Administração pública e o princípio constitucional da eficiência. **Revista de Direito Administrativo**, v. 241, p. 209–240, 2005.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **As normas de Direito Público na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro**: paradigmas para interpretação e aplicação do Direito Administrativo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019.

NOHARA, Irene Patrícia e FERNANDES, Érika Capella. Desafio do alcance de segurança jurídica por meio de precedentes no direito administrativo. In: MAFFINI, Rafael e RAMOS, Rafael (org.). **Nova LINDB**: proteção da confiança, consensualidade, participação democrática e precedentes administrativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 173-195.

NOHARA, Irene Patrícia e MARRARA, Thiago. **Processo Administrativo. Lei nº 9.784/1999 comentada**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2019. E-Book.

NORONHA, Fernando. Responsabilidade civil: uma tentativa de ressistematização: responsabilidade civil em sentido estrito e responsabilidade negocial; responsabilidade subjetiva e objetiva; responsabilidade subjetiva comum ou normal, e restrita a dolo ou culpa grave; responsabilidade objetiva normal e agravada. In: NEY JÚNIOR, Nelson (org). **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**. Vol. 01, p. 145 – 195. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUNES, Marcela Cristina Arruda. **O Termo de Ajustamento de Gestão como instrumento de contribuição dos Tribunais de Contas, na efetivação de políticas públicas de competência das gestões municipais**: aplicação ao TCE-SP. Orientador: Antonio Gelis Filho, 173 f, 2021. Dissertação (Mestrado Profissional - MPGPP). Fundação Getúlio Vargas, Escola de Administração de Empresas de São Paulo, São Paulo.

NUNES, Marcelo Guedes. **Jurimetria***: Como a estatística pode reinventar o Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

O' DONNELL, Guillermo. Accountability horizontal. La institucionalización legal de la desconfianza política. Isonomia: **Revista de Teoría y Filosofía del Derecho***,* nº 14, México, abril 2001.

OHLWEILER, Leonel Pires. **Os (Des) Caminhos Hermenêuticos do Direito Administrativo**: historicidade e constitucionalização para a efetividade dos princípios jurídicos. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2017.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta e BARBIRATO, Bruno Vieira da Rocha. O termo de ajustamento de gestão [TAG] e seu regime jurídico nos tribunais de contas brasileiros. **Revista da AGU**, v. 22, n. 02, p.87-111, 2023.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A releitura do Direito Administrativo à luz do pragmatismo jurídico. **Revista de Direito Administrativo**, v. 256, p. 129-163, 2011.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Análise de impacto regulatório e pragmatismo jurídico: levando as consequências regulatórias a sério. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 8, n. 2, p. 136-152, 2021.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 9ª, ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021.E-book.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Dever de coerência na Administração Pública: precedentes administrativos, praxe administrativa, costumes, teoria dos atos próprios e analogia. In: WALD, Arnoldo, JUSTEN FILHO, Marçal e PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (Org*).* **O Direito Administrativo na atualidade**: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017) defensor do estado de direito. p. 955-973. São Paulo: Malheiros, 2017.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Precedentes no direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. E-book.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; HALPERN, Erick. O mito do "quanto mais controle, melhor" na Administração Pública. **Zênite Doutrina**, 07 out. 2020. Disponível em: http://www.zenitefacil.com.br. Acesso em: 10 mar 2023.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais sociais**: Efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2008.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Almedina: Lisboa, 2003.

PAMPLONA, Nicola. Pode demorar, mas a licença virá, diz Petrobras sobre poço na Foz do Amazonas: Empresa alega que STF decidiu contra estudo defendido pelo MMA e pede reconsideração ao Ibama. **Jornal Folha de São Paulo**, 19 de julho de 2023.

PARGENDLER, Mariana e SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 262, p. 95-144, jan./abr. 2013.

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário completo**, 11ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. E-book.

PEIRCE, Charles Sanders. Philosophy and the Condut of Life. In: **The essential Peirce**: selected philosophical writings. Vol. 02. Indianapolis: Indiana University Press, 1998. p. 27-41.

PEIRCE, Charles Sanders. *The seven systems of Metaphysics*. In: ***The essential Peirce****: selected philosophical writings*. Vol. 02. Indianapolis: Indiana University Press, 1998. p. 179-195.

PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 1996.

PEREIRA, César Guimarães. O Conceito de Orientações Gerais e o Requisito da Ampla Publicidade. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro** – Anotada, vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 276-282.

PEREIRA, Rafael. **Manual do acordo de não persecução cível**. Belo Horizonte: Editora CEI, 2020.

PEREZ, Marcos Augusto. O Mundo que Hely não Viu: Governança Democrática e Fragmentação do Direito Administrativo. Diálogo entre a Teoria Sistêmica de Hely e os Paradigmas Atuais do Direito Administrativo. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, César Augusto de Guimarães (Org.). **O Direito Administrativo na Atualidade**: Estudos em Homenagem ao Centenário de Hely Lopes Meirelles. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 851-869.

PEREZ, Marcos Augusto. Obrigações Administrativas. In: DALLARI, Adilson Abreu; VALDER DO NASCIMENTO, Carlos e MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Tratado de direito administrativo nº 02**. São Paulo: Saraiva, 2013. E-book.

PEREZ, Marcos Augusto. **Testes de legalidade**: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

PINHEIRO DE AMORIM, Gustavo Henrique. O advogado público na função consultiva, os pareceres jurídicos e a responsabilidade deles decorrente. In: **Leituras Complementares de Direito Administrativo**: Advocacia Pública. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008.

PINHEIRO DE QUEIROZ, Ronaldo. Alguns dilemas no acordo de não persecução cível. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider e PINHEIRO DE QUEIROZ, Ronaldo. **Justiça Consensual**: acordos criminais, cíveis e administrativos. Salvador: Editora JusPodivm, 2022.

PIQUERAS GARCIA, Gislon; ARAKAKI, Murilo; RODRIGUES, Simone Andréa; TIENGO HAMANAKA, Thalita; MARINS MALINOSKY, Ulisses. Nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, consequencialismo e jurimetria: Um estudo sobre as decisões do Tribunal de Contas da União. **Revista Simetria do Tribunal de Contas do Município de São Paulo**, v. 1, n. 9, p. 23–45, 2022. Disponível em: https://revista.tcm.sp.gov.br/simetria/article/view/95. Acesso em: 6 jun. 2023.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa**: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo**: teoria social e política. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005.

POGREBINSCHI, Thamy. Será o neopragmatismo pragmatista?. **Novos estudos**, São Paulo, n. 74, p. 125-138, mar. 2006.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: parte geral Tomo IV, validade, nulidade e anulabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

POPPER, Karl Raimund. **A lógica da pesquisa científica**. Tradução: Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Editora Cultrix, 1972.

POSNER, Richard Alan. **A Economia da Justiça**. Tradução: Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

POSNER, Richard Alan. **A problemática da teoria moral e jurídica**. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo WMF Martins Fontes, 2012.

POSNER, Richard Alan. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PUKO, Timothy;CUNNINGHAM, Lillian. EUA vivem dilema entre preservar 'paraíso' no Alasca ou destruí-lo para combater mudança climática: Área em meio a vales exuberantes, que dão passagem a rios azuis glaciais enormes, tem R$ 35,8 bilhões em cobre; material pode ser usado para produzir turbinas eólicas e baterias necessárias para transição energética. **Jornal Estado de São Paulo**, 21 de julho de 2023.

QUEIROZ DOS SANTOS, Welder e MAIA, Grhegory Paiva Pires Moreira. Segurança jurídica, transformações no direito administrativo e deveres da administração pública implementados pela Lei nº 13.655/2018. **Revista de Direito Administrativo**, v. 280, n. 3, p. 93–120, 2021.

RAMOS, Elival da Silva. A exigência de proporcionalidade no controle abstrato de normas brasileiro. **Revista Mestrado em Direito**, v. 10, jan-jun. 2010, p. 115-139, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. **A Inconstitucionalidade das Leis**: vício e sanção. São Paulo: Saraiva, 1994.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. **Revogação e anulamento do ato administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. **Direito Urbanístico Contratual**: dos atos negociais aos contratos de gestão urbana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

REZENDE, Constança. Justiça gasta R$ 11 mil por dia para manter parada obra bilionária em Brasília: Construção da nova sede do Tribunal Regional Federal da 1ª Região foi iniciada em 2007 e está travada há quase nove anos. **Jornal Folha de São Paulo**, 09 jun. 2023. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/poder/2023/06/justica-gasta-r-11-mil-por-dia-para-manter-parada-obra-bilionaria-em-brasilia.shtml. Acesso em: 30 jul 2023.

RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. Comentários ao § 3º do art. 22, da nova redação da LINDB. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro** – Anotada. Vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p.211-215.

ROCHA, Carlos Vasconcelos. Democracia em duas dimensões: cultura e instituições. **Sociedade e Estado**, Brasília, v. 24, n. 3, p. 863-880, set./dez. 2009.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, v. 209, p. 189-222.Rio de Janeiro, 1997.

ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. Plebiscito e referendo: instrumentos da democracia direta: uma reflexão jurídica sobre a teoria e prática de sua utilização. **Revista Jurídica**, Brasília, v. 7, nº 74, ago/set, 2005.

ROCHA, Sérgio André. **Processo administrativo fiscal**: controle administrativo do lançamento tributário. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

RODRIGUES DO AMARAL, Antonio Carlos. O Juiz-Legislador: consequencialismo e Constituição à la carte no Brasil. A democracia e a necessária restauração do equilíbrio entre os Poderes da República. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; CHALITA, Gabriel e NALINI, José Renato. **Consequencialismo no Poder Judiciário**. Indaiatuba: Editora Foco, 2019. p. 159-196.

RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano. Artigo 23 – regime de transição, segurança jurídica e proteção da confiança: divagações e notas soltas. In: MAFFINI, Rafael e RAMOS, Rafael [Org.]. **Nova LINDB**: proteção da confiança, consensualidade, participação democrática e precedentes administrativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p.37-58.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes? Para uma crítica do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

ROMANO, Santi. **Princípios de Direito Constitucional Geral**. Tradução: Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

RORTY, Richard. **Consequences of pragmatism** (Essays: 1972-1980). Minneapolis: University of Minnesota Press, 1982.

RORTY, Richard. Filosofia analítica e filosofia transformadora. In: RORTY, Richard e GHIRALDELLI JÚNIOR, Paulo. **Ensaios pragmatistas sobre subjetividade e verdade**. Rio de Janeiro: DP&A, 2006.

RORTY, Richard. ***Philosophy and the Mirror of Nature***. New Jersey: Princeton University Press, 1980.

RORTY, Richard. **Pragmatismo e política**. Tradução: Paulo Ghiraldelli Júnior. São Paulo: Martins, 2005.

ROSS, Alf. **Logica de las normas**. Tradução: Jose S. P. Hierro. Madrid: Editorial Tecnos, 1971.

RUBINO DE OLIVEIRA, José. **Epítome de Direito Administrativo Brasileiro segundo o programa do curso de 1884**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2023.

SABA, Roberto. El derecho de la persona a acceder a la información en poder del gobierno. **Derecho Comparado de la Información**. México, nº 3, jan-jun de 2004.

SADDY, André. Atividade apreciativa da administração pública: uma nova visão sobre a discricionariedade administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, v. 277, n. 3, p. 139–168, 2018.

SADDY, André. **Discricionariedade e Jurisdição Constitucional/Supranacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SADDY, André. Responsabilidade por parecer jurídico: foco no procurador, assessor ou consultor jurídico em procedimentos licitatórios. **Revista de Informação Legislativa**: Brasília, v. 56, n. 221, p. 131-149, jan./mar. 2019.

SADDY, André. **Silêncio administrativo no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. E-book.

SALDANHA, Daniel Cabaleiro. Novo Salvacionismo. **Jornal Estado de São Paulo**, 16 abril 2018, Blog do Fausto Macedo. Disponível em: http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/novosalvacionismo/. Acesso em: 21 jul. 2023.

SANDEL, Michael J. *Justiça.* **O que é fazer a coisa certa**. Tradução: Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANTAMARÍA, Ramiro Ávila. ***Los derechos y sus garantías****: ensayos críticos*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012.

SANTOS DE MENDONÇA, José Vicente e ALBUQUERQUE, Lucca Fernandes. Art. 22 da LINDB: decifrando o dever de contextualização. In: RAMOS, Rafael (coord.). **Comentários à Nova LINDB**: Lei nº 13.655/2018. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 67-80.

SANTOS DE MENDONÇA, José Vicente e LEAL, Fernando (org.). **Transformações do direito administrativo**: consequencialismo e estratégias regulatórias. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016.

SANTOS DE MENDONÇA, José Vicente. A responsabilidade pessoal do parecerista público em quatro standards. In: **Revista da AGU**, ano 9, n. 24, abr./jun. 2010. p. 139-166.

SANTOS DE MENDONÇA, José Vicente. Direito administrativo e inovação: limites e possibilidades. **A&C** – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 17, n. 69, p. 169-189, jul./set. 2017.

SANTOS DE MENDONÇA, José Vicente. Art. 21 da LINDB - Indicando consequências e regularizando atos e negócios. **Revista de Direito Administrativo**, p. 43–61, 2018.

SANTOS DE MENDONÇA, José Vicente. Comentários ao art. 21, par. Único, do Decreto-Lei 4.657/42, introduzido pela Lei n. 13.655/2018. In: CARNEIRO DA CUNHA FILHO, Alexandre Jorge; ISSA, Rafael Hamze e SCHWIND, Rafael Wallbach (Coords.). **Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro Anotada**. Vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 160-164.

SANTOS DE MENDONÇA, José Vicente. **Direito Constitucional Econômico**: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SANTOS DE MENDONÇA, José Vicente. Dois futuros (e meio) para o projeto de lei do Carlos Ari. In: SANTOS DE MENDONÇA, José Vicente e LEAL, Fernando (org.). **Transformações do direito administrativo**: consequencialismo e estratégias regulatórias. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016.

SANTOS DE MENDONÇA, José Vicente. Em defesa do consequenciachismo. **Direito do Estado**, nº 413, ano 2018, 16 set. 2018. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/jose-vicente-santos-mendonca/em-defesa-do-consequenciachismo. Acesso em: 20 agosto de 2023.

SANTOS DE MENDONÇA, José Vicente. Qual a natureza jurídica dos sandboxes regulatórios? Quando os desafios do presente se socorrem dos métodos do passado. **Portal Jota**, 03/03/2020. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/qual-a-natureza-juridica-dos-sandboxes-regulatorios-03032020. Acesso em: 15 jun 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. E-book.

SARMENTO, Daniel. Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Jurisdição e direitos fundamentais**: anuário 2004/2005 da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul. p. 29-70. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARTORI, Giovanni. **Qué es la democracia?**. Tradução: Maiguel Angel González Rodríguez. México: Instituto Federal Electoral, 1993.

SCAFF, Fernando Facury. Quem controla o controlador? Considerações sobre as alterações na Lindb. **Revista Consultor Jurídico**, 17 abril 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-abr-17/quem-controla-controlador-notas-alteracoes-lindb. Acesso em: 20 jul 2023.

SCARTEZZINI, Jorge Tadeo Goffi Flaquer. **Suspensão de Segurança**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de arbitragem**: mediação e conciliação.8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. E-Book.

SCHÄFER, Jairo Gilberto. **Direitos Fundamentais**: proteção e restrições. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Legitimidade processual e tipos de processo administrativo. **Interesse Público** – IP, Belo Horizonte, ano 12, n. 62, p. 83-123, jul./ago. 2010.

SCHIRATO, Vitor Rhein. A necessidade de parametrização do controle da Administração Pública – a tentativa de dar sentido a um sistema extremamente complexo – breves considerações acerca do conteúdo do novo artigo 20 da Lei de Introdução às normas do Direitos Brasileiro. In: CARNEIRO DA CUNHA FILHO, Alexandre Jorge; ISSA, Rafael Hamze e SCHWIND, Rafael Wallbach (Coords.). **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro Anotada**. Vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 92-96.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Algumas considerações atuais sobre o sentido da legalidade na administração pública. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (org.). **Poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 507-518.

SCHMIDT-ASSMANN, John Eberhard. ***La teoria general del derecho administrativo como sistema***. Madrid: Marcial Pons, 2003.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório**: tutela da confiança e venire contra factum proprium. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SCHWIND, Rafael Wallbach. Resolução Consensual de Controvérsias: elementos para a instituição da conferência de serviço no Direito brasileiro. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; NOHARA, Irene Patrícia e MARRARA, Thiago (Org.). **Direito e Administração Pública**: Estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro. São Paulo: Atlas, 2013. p. 831-846.

SÉRGIO DA SILVEIRA, Sebastião e MAZZEI, Marcelo Rodrigues. A responsabilidade civil do advogado público no exercício da atividade consultiva e o direito coletivo à boa administração. **Revista IBERC**, v. 5, n. 1, p. 60-77, 1 mar. 2022.

SIMÕES, André Pinho. A desconstrução do ato administrativo unilateral. **Fórum Administrativo** – FA, Belo Horizonte, ano 20, n. 232, p. 9-21, jun. 2020.

SHAPIRO, Ian. **Os fundamentos morais da política**. Tradução: Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SILVA, Caio Medeiros. Licença para construir - Ato administrativo - Revogação - Ilegalidade e inoportunidade - Modificação de jurisprudência administrativa - Respeito às situações constituídas. **Revista de Direito Administrativo**, v. 109, p. 269–280, 1972.

SILVEIRA, André Bueno. da. Doutrina Chevron no Brasil: uma alternativa à insegurança jurídica. **Revista de Direito Administrativo**, v. 276, p. 109–146, 2017.

SIMÕES, Edson. **Grandes pensadores do Estado e do direito**: reflexos na organização dos Estados. Vol. 2. São Paulo: Almedina, 2022. E-book.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Verticalização, cláusula de barreira e pluralismo político: uma crítica consequencialista à decisão do STF na ADIN 3685. **Revista Interesse Público**, Porto Alegre, v. 37, p. 69-94, maio/jun. 2006.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012. E-book.

STRECK, Lênio Luiz. Ainda o CNJ e concursos: direito se resumirá ao estudo de vieses? **Consultor Jurídico**, 07 out. 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-out-07/senso-incomum-ainda-cnj-concursos-direito-resumira-estudo-vieses. Acesso em: 10 out. 2023.

STRECK, Lênio Luiz. **Crise de paradigmas**: devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz. 2011. Disponível em: https://www.sedep.com.br/artigos/devemos-nos-importar-sim-com-o-que-a-doutrina-diz/. Acesso em: 17 maio 2023.

STRECK, Lênio Luiz. **Compreender direito**: hermenêutica. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

STRECK, Lênio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2ª ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020.

STRECK, Lênio Luiz. Fundamentamos ou ornamentamos? Um velho/novo problema! **Revista Consultor Jurídico**, 13 out 2022. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2022-out-13/senso-incomum-fundamentamos-ou-ornamentamos-velhonovo-problema. Acesso em: 10 jun 2023.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. E-book.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lênio Luiz. No populismo de nosso tempo, importa um futuro que resista ao canto das sereias. In: PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; BARBOSA, Milton Gustavo Vasconcelos (orgs). **Supremos Erros**: decisões inconstitucionais do STF. Porto Alegre, RS: Editora Fundação Fênix, 2020. E-book.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de Controle dos Tribunais de Contas: Possibilidades e Limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari e ROSILHO, André (org.). **Tribunal de Contas da União no Direito e na Realidade**. São Paulo: Almedina, 2020. E-book.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O Cabimento da Arbitragem nos Contratos Administrativos. In: SUNDFELD, Carlos Ari e JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Uma lei para dar mais segurança jurídica ao direito público e ao controle. In: SANTOS DE MENDONÇA, José Vicente e LEAL, Fernando [org.]. **Transformações do direito administrativo**: consequencialismo e estratégias regulatórias. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016. p.21-24.

SUNDFELD, Carlos Ari; JORDÃO, Eduardo; MOREIRA, Egon Bockmann; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; BINENBOJM, Gustavo; CÂMARA, Jacintho Arruda; SANTOS DE MENDONÇA, José Vicente; JUSTEN FILHO, Marçal e MONTEIRO, Vera. Surpresa positiva do STF no julgamento da MP nº 966 – em decisão histórica sobre os limites do controle público, o STF reconheceu o valor das ideias e das normas da nova LINDB, consolidando uma nova forma de ver o Direito Público. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JORDÃO, Eduardo; MOREIRA, Egon Bockmann; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; BINENBOJM, Gustavo; CÂMARA, Jacintho Arruda; SANTOS DE MENDONÇA, José Vicente; JUSTEN FILHO, Marçal e MONTEIRO, Vera. **Publicistas**: Direito Administrativo sob tensão. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2022. p. 37-40.

SUNDFELD, Carlos Ari e MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Uma nova Lei para aumentar a qualidade jurídica das decisões públicas e de seu controle. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Contratações Públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 277-285.

SUNDFELD, Carlos Ari e NEVES, Camila Castro. A nova LINDB e os movimentos de reforma do direito administrativo. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 126, pp. 45-80, jan./jun. 2023.

SUNDFELD, Carlos Ari e VORONOFF, Alice. Art. 27 da LINDB - Quem paga pelos riscos dos processos?. **Revista de Direito Administrativo**, p. 171–201, 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari e VIEIRA, Oscar Vilhena (Coord.). **Direito Global**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

SUNDFELD, Carlos Ari. A Administração Pública na era do Direito Global. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, ano I, vol. 1, nº. 2, maio, 2001. Disponível em: https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31987-37499-1-PB.pdf. Acesso em: 20 jun. 2022.

SUNDFELD, Carlos Ari. Consequências importam? Pesquisa inédita sugere que o art. 20 da nova LINDB pôs o dedo na ferida. **Portal Jota**. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/consequencias-importam-18042023. Acesso em: 20 jun 2023.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Contratações Públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 252-266.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros, 2012.

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

SUNDFELD, Carlos Ari. Invalidação e preservação do contrato administrativo. In: ZOCKUN, Maurício e GABARDO, Emersn (coord.). **Novas leis**: promessas de um futuro melhor? Livro do XXXVI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. **Lei & Leviatã**: resgatando o Estado administrativo. Tradução: Nathalia Penha Cardoso de França. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. **Michigan Law Review**, vol. 101, nº 4, p. 885-951, fev. 2003.

TACITO, Caio. Arbitragem nos litígios administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, v. 242, p. 139–144, 2005.

TACITO, Caio. Direito Administrativo participativo. **Revista de Direito Administrativo**, v. 209, Rio de Janeiro, p. 1–6, 1997.

TACITO, Caio. Evolução Histórica do Direito Administrativo. **Revista do Serviço Público**, v. 66, n. 3, p. 536-540, 1955.

TACITO, Caio. O princípio de legalidade: ponto e contraponto. **Revista de Direito Administrativo**, v. 242, p. 125–132, 2005.

TACITO, Caio. Transformações do Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, v. 214, p. 27–34, 1998.

TALAMINI, Eduardo. A (In)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória). In: ZANETI JÚNIOR, Hermes e CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 275-298.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. E-book.

TEIXEIRA DE AVELINO, Murilo e PEIXOTO, Ravi. **Consensualidade e Poder Público**. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2023.

TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. **Decisão judicial e o conceito de princípio**. A hermenêutica e a (in)determinação do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TOMAZ, Dante. A segurança jurídica entre o presente e o futuro: os regimes de transição do art. 23 da LINDB. In: RAMOS, Rafael (coord.). **Comentários à Nova LINDB: Lei nº 13.655/2018**. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 81-103.

TOSTA, André Ribeiro. Realismo e a LINDB: amor à primeira vista? In: SANTOS DE MENDONÇA, José Vicente e LEAL, Fernando (org.). **Transformações do Direito Administrativo**: Direito Público e regulação em tempos de pandemia. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2020. p. 129-156.

TRINDADE, André Karam e STRECK, Lenio Luiz. Alexy e os problemas de uma teoria jurídica sem filosofia. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2014-abr-05/diario-classe-alexy-problemas-teoria-juridica-filosofia. Acesso: 20 julho 2023.

TRINDADE, André Karam. O problema da superinterpretação no Direito brasileiro. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito** (RECHTD), vol. 11, nº 3, 2019, p. 447-460.

URUGUAI, Visconde de. **Ensaio sobre o direito administrativo**. Tomo I. Rio de Janeiro: Typografia Nacional, 1862.

VALGAS DOS SANTOS, Rodrigo. **Direito administrativo do medo**: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. Livro eletrônico.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Transigibilidade na Administração Pública: uma faceta da consensualidade no direito administrativo do século XXI. **Fórum Administrativo** – FA, Belo Horizonte, ano 11, n. 123, p. 9-18, maio 2011.

VASSALO, Luiz. Conselho do Ministério Público turbina viagens ao exterior e tem gasto milionário com diárias: Órgão de controle usa verba de deslocamentos 'a serviço' para custear participação em cursos e seminários como 'missão internacional'; no último ano, gasto chegou a R$ 1,3 mi. **Jornal Estado de São Paulo**, 16 de abril 2023. Disponível em: https://www.estadao.com.br/politica/conselho-do-ministerio-publico-turbina-viagens-ao-exterior-e-tem-gasto-milionario-com-diarias/. Acesso em: 30 jul 2023.

VAZ, Getúlio. A declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos para os atos administrativos. **Revista de informação legislativa**, v. 44, n. 173, p. 101-115, jan./mar. 2007.

VENTURI, Elton. **Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao Poder Público**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

VÉRAS DE FREITAS, Rafael. Comentários gerais ao artigo 21. In: CARNEIRO DA CUNHA FILHO, Alexandre Jorge; ISSA, Rafael Hamze e SCHWIND, Rafael Wallbach (Coords.). **Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro Anotada**. Vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 139-145.

VERMEULE, Adrian. **Judging under uncertainty**: An institutional theory of legal interpretation. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

VIANA, Camila Rocha Cunha. O artigo 26 da LINDB e a consolidação do direito administrativo consensual. In: CARNEIRO DA CUNHA FILHO, Alexandre Jorge; ISSA, Rafael Hamze e SCHWIND, Rafael Wallbach [Coords.]. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro Anotada**. Vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 339-344.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Revogação do acto administrativo. **Direito e Justiça**, v. 6, p. 53-63, 1 jan. 1992.

VITORELLI, Edilson. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a ampliação dos parâmetros de controle dos atos administrativos discricionários: o direito na era do consequencialismo. **Revista de Direito Administrativo**, v. 279, n. 2, p. 79–112, 2020.

VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**: teoria e prática. 4ª ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023.

VITTA, Heraldo Garcia. Invalidação de atos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, v. 221, p. 257–272, 2000.

VITTA, Heraldo Garcia. **Poder de Polícia**. São Paulo: Malheiros, 2010.

WAAL, Cornelis de. **Sobre Pragmatismo**. Tradução: Cassiano Terra Rodrigues. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

WANG, Daniel Wei Liang. Entre o consequenciachismo e o principiachismo, fico com a deferência: há situações em que o Judiciário deve decidir por respeitar as escolhas e avaliações feitas em outros âmbitos. **Portal Jota**, 20/09/2018. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/entre-o-consequenciachismo-e-o-principiachismo-fico-com-a-deferencia-20092018. Acesso em: 28 ago. 2023.

WARAT, Luis Alberto. Ecologia, psicanálise e mediação. Tradução: Julieta Rodrigues. In: WARAT, Luis Alberto (Org.). **Em nome do acordo**: a mediação no Direito. Florianópolis: Emodara, 2018. p 17-62.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Vol. 01. 3ª ed. Tradução: Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Vol. 02. 3ª ed. Tradução: Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

YEUNG, Luciana e CAMELO, Bradson. **Introdução à Análise Econômica do Direito**. Salvador: Editora JusPodivm, 2023.

ZAGO, Marina Fontão. Decidir as consequências da invalidação de ato administrativo: novo paradigma para velho problemas. In: CARNEIRO DA CUNHA FILHO, Alexandre Jorge; ISSA, Rafael Hamze e SCHWIND, Rafael Wallbach (Coords.). **Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro Anotada**. Vol II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 154-160.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: Ley, derechos, justicia. Tradução: Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta S.A, 2011.

ZANETI JÚNIOR, Hermes e DIDIER JÚNIOR, Fredie. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em Direitos Coletivos. In: ZANETI JÚNIOR, Hermes e CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 35-66.

ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. **Corrupção e Improbidade Administrativa**: cenários de risco e a responsabilização dos agentes públicos municipais. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.