

2015

Chegou a hora de mudar a velha lei de introdução

Bruno Meyerhof Salama
Carlos Ari Vieira Sundfeld



SENADO FEDERAL

Coordenação

Flávio Henrique Unes Pereira

Apresentação

Antonio Augusto Junho Anastasia

SEGURANÇA JURÍDICA E QUALIDADE DAS DECISÕES PÚBLICAS

Desafios de uma sociedade democrática

Estudos sobre o Projeto de Lei nº 349/2015, que inclui, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, disposições para aumentar a segurança jurídica e a eficiência na aplicação do direito público.





Senado Federal

Senador ANTONIO ANASTASIA

SEGURANÇA JURÍDICA E QUALIDADE DAS DECISÕES PÚBLICAS: desafios de uma sociedade democrática

Estudos sobre o Projeto de Lei nº 349/2015, que inclui, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, disposições para aumentar a segurança jurídica e a eficiência na aplicação do direito público.

Brasília – 2015

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	5
SEGURANÇA JURÍDICA E EFICIÊNCIA NA LEI DE INTRODUÇÃO AO DIREITO BRASILEIRO	7
<i>Carlos Ari Sundfeld</i> <i>Floriano de Azevedo Marques Neto</i>	
UMA LEI PARA O ESTADO DE DIREITO CONTEMPORÂNEO	9
<i>Floriano Azevedo Marques Neto</i> <i>Egon Bockmann Moreira</i>	
CHEGOU A HORA DE MUDAR A VELHA LEI DE INTRODUÇÃO..	13
<i>Carlos Ari Sundfeld</i> <i>Bruno Meyerhof Salama</i>	
ARTIGO 20	17
<i>Flávio Henrique Unes Pereira</i>	
ARTIGO 21	20
<i>Alexandre Santos de Aragão</i>	
ARTIGO 22	23
<i>Marilda de Paula Silveira</i>	
ARTIGO 23	26
<i>Juliana Bonacorsi de Palma</i>	
ARTIGO 24	29
<i>Marçal Justen Filho</i>	
ARTIGO 25	31
<i>Adilson Abreu Dallari</i>	
ARTIGO 26	33
<i>Egon Bockmann Moreira</i>	
ARTIGO 27	36
<i>Maria Sylvia Zanella Di Pietro</i>	

ARTIGO 28	40
<i>Marcos Augusto Perez</i>	
ARTIGO 29	43
<i>Fernando Menezes de Almeida</i>	
ANEXO – PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 349, DE 2015	46

APRESENTAÇÃO

Um problema atual do Brasil é a incapacidade de o Estado gerar confiança nas pessoas, nas empresas e no chamado Terceiro Setor. Ou melhoramos nosso ambiente institucional ou o Estado será um inimigo, jamais um parceiro.

As pessoas não devem ser surpreendidas com a edição, pelo Fisco, de um novo regulamento com exigências tributárias que a opinião pública não teve a oportunidade de discutir. Regulações não devem mudar abruptamente, sem um regime adequado de transição. Não é justo o servidor público tomar decisões fundamentadas e de boa-fé, e mesmo assim ser processado pessoalmente só porque o controlador tem opiniões diferentes. A ONG que colaborou com o Poder Público não deve ser punida por simples problemas formais no contrato.

Em um Estado de Direito, são normais e necessárias tanto as alterações nas regras como a atuação dos órgãos de controle público. Mas o ambiente institucional tem de ser capaz de conciliar as mudanças e controles com o valor da segurança jurídica, evitando que pessoas e organizações vivam em permanente risco e instabilidade. Em nosso País, temos falhado quanto a isso.

Nas últimas décadas, apostou-se bastante em órgãos e instrumentos de regulação. As razões são legítimas: é preciso que o Estado tenha condições de impedir abusos, conciliar interesses e proteger consumidores. Mas ainda estamos longe do equilíbrio. Em muitos casos, as regulações ambiental e econômica trazem mais dor de cabeça do que resultados.

A partir da década de 1980, o Brasil tem investido também no desenvolvimento dos controles sobre as decisões públicas. Órgãos internos se fortaleceram, como a Controladoria Geral da União e as Corregedorias nos Estados e Municípios. Controladores externos, como os Tribunais de Contas, estão mais capacitados para intervir. É um movimento positivo. Mas ainda não chegamos ao fim do caminho. Os mecanismos atuais nem resolvem singelos conflitos de visão, nem evitam voluntarismos dos controladores. Temos de corrigir isto.

Aumentar a qualidade das decisões públicas e de seu controle tem de ser um objetivo de Estado, envolvendo todos os Poderes. Não é causa partidária. Foi com essa inspiração que, baseado em sugestão da Sociedade

Brasileira de Direito Público e da FGV Direito SP, apresentei ao Senado Federal o projeto de Lei nº 349/2015 sobre segurança jurídica e eficiência na aplicação do direito público.

A participação no processo de elaboração de normas regulamentares, as condições indispensáveis para a legitimidade da motivação dos atos públicos e a possibilidade de manifestação prévia do Judiciário para prevenir conflitos são alguns dos pontos abordados. Para tanto, o projeto inclui novos dispositivos na antiga Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que vigora desde 1942 e onde estão algumas das bases do funcionamento do mundo jurídico brasileiro.

A orientação geral do projeto de lei é consolidar e melhorar as regulações e controles públicos existentes e, ao mesmo tempo, proteger as pessoas, organizações e servidores contra incertezas, riscos e custos injustos. Não é um assunto apenas para profissionais do Direito, mas para toda a sociedade.

Com o propósito de compartilhar o conteúdo do projeto, convidamos juristas e professores para que examinassem artigo por artigo, do que resultou a presente publicação, na expectativa de motivar a participação de interessados em contribuir para o aprimoramento do texto.

Senador ANTONIO AUGUSTO JUNHO ANASTASIA

SEGURANÇA JURÍDICA E EFICIÊNCIA NA LEI DE INTRODUÇÃO AO DIREITO BRASILEIRO

CARLOS ARI SUNDFELD

Professor Fundador da FGV Direito SP

FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO

Professor Titular da Faculdade de Direito da USP

Esta publicação contém comentários bastante breves, elaborados por membros destacados da comunidade acadêmica, para ajudar na compreensão da proposta, que o Senador Antonio Anastasia acolheu e transformou no Projeto de Lei nº 349/2015, de incluir, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 1942), disposições para elevar os níveis de segurança jurídica e de eficiência na criação e aplicação do direito público. O objetivo é melhorar a qualidade da atividade decisória pública no Brasil, exercida nos vários níveis da Federação (federal, estadual, distrital e municipal) e nos diferentes Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) e órgãos autônomos de controle (Tribunais de Contas e Ministérios Públicos).

O que se pretende incluir na Lei de Introdução é o seguinte: algumas novas diretrizes para decisões baseadas em normas indeterminadas (arts. 20 e 21); o direito à transição adequada quando da criação de novas situações jurídicas passivas para os particulares (art. 22); um regime jurídico geral para negociação entre autoridades públicas e particulares (art. 23); a criação da ação civil pública declaratória de validade, com efeito *erga omnes*, para dar estabilidade a atos, contratos, ajustes, processos e normas administrativas (art. 24); a proibição de invalidação de atos por mudança de orientação (art. 25); a disciplina dos efeitos da invalidação de atos, para que esses efeitos sejam mais justos (art. 26); a proibição da responsabilização injusta de autoridades em caso de revisão de suas decisões (art. 27); consulta pública obrigatória para a edição de regulamentos administrativos (art. 28); e a compensação, dentro dos processos, de benefícios ou prejuízos injustos gerados para os envolvidos (art. 29).

São normas gerais sobre criação, interpretação e aplicação do direito público. Essas normas devem ser nacionais, valendo para autoridades fe-

derais, estaduais, distritais e municipais de quaisquer Poderes e órgãos. Por essas duas razões, o diploma legal adequado para sua veiculação é a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (antiga Lei de Introdução ao Código Civil). Trata-se da lei surgida há várias décadas para criar normas gerais dessa espécie no campo do direito privado, e que agora tem de ser ampliada, em função da evolução jurídica, para abranger também o direito público, nela ainda não tratado adequadamente.

Todos reconhecem que nosso direito público não funciona como deve, afetando demais a qualidade da atividade administrativa e de seu controle. Reformas pontuais já não conseguem fazer a diferença, pois muitos dos problemas decorrem de características estruturais. É hora de adotar soluções mais sofisticadas, como reconhecem enfaticamente os estudiosos que contribuíram para esta publicação.

UMA LEI PARA O ESTADO DE DIREITO CONTEMPORÂNEO

FLORIANO AZEVEDO MARQUES NETO

Professor Titular da Faculdade de Direito da USP

EGON BOCKMANN MOREIRA

Professor da Faculdade de Direito da UFPR

Recentemente um grande empreendedor imobiliário americano com investimentos no Brasil declarou em entrevista (OESP, 15-6-15) que a insegurança jurídica no Brasil “*não existe em lugar algum do mundo*”. Fazia menção ao fato de que um termo de ajustamento de conduta firmado com o Ministério Público Estadual passou a ser questionado na Justiça por outro órgão do mesmo Ministério Público. Descontado o viés pessoal de um empreendedor frustrado em seus investimentos, a situação ilustra um pouco da nossa realidade institucional.

De há muito tempo, o direito público deixou de ser mera subsunção de fato à lei. A complexidade das relações econômicas e sociais, a amplitude da atuação do Estado e a abertura e ductibilidade das leis deram cada vez maior margem para interpretações divergentes. Princípios hoje são aplicados, não apenas quando a lei é omissa, mas muitas vezes para afastar a aplicação da lei. Os órgãos incumbidos de controlar a administração são cada vez mais numerosos, autônomos e com competências amplas.

Esse processo é positivo e irreversível. Seria impensável, hoje, um Estado submetido a um Direito liberal oitocentista. Mas essa realidade tem como efeito colateral uma enorme insegurança jurídica. Um célebre ministro da economia costumava dizer que no Brasil até o passado é imprevisível. Parafrazeando-o, podemos dizer que, na área pública, a certeza e segurança para o futuro hoje em dia não colhem nem as relações travadas no passado. Como lidar com essa realidade tão cambiante?

A antiga Lei de Introdução foi promulgada em momento peculiar da história brasileira. Em 1942, vivíamos sob uma Carta literalmente “decretada” pelo próprio Presidente, que se autodenominara “autoridade suprema do Estado” (Carta de 1937, art. 73). Ora, se o Presidente podia “decretar”

um ato de força que denominou de Constituição, nada de mais houve em acrescentar o termo “lei” ao “decreto” que chamou de “Lei de Introdução ao Código Civil”. Quem pode o mais, pode o menos.

Essa constatação já demonstra quão pouco importante era o Direito Público e qual o papel sobranceiro reservado ao Direito Privado. Por um lado, a “Constituição” e a “Lei” foram decretadas sem qualquer apreço ao Direito Constitucional. Por outro, a Lei de Introdução era a antecâmara da sala principal de todo o Direito: o Código Civil. Ou, melhor, era a portaria: conferia a identificação das normas e decidia quem poderia entrar.

A racionalidade era típica do Direito oitocentista: para haver um “Direito”, seria necessário enfeixá-lo e lhe conferir unidade de tratamento. Sem códigos, consolidações ou compilações legislativas, o “Direito” não existiria. Aos estranhos era conferido tratamento especial (*lex specialis*).

O modelo normativo era o retrospectivo: só se aplicava a lei vinda do passado e codificada, limitando-se as futuras interferências (sobretudo geográficas e cronológicas). Mais: tais leis diziam respeito a direitos individuais disponíveis, corporificados em relações bilaterais (o contrato) ou multilaterais (estas, excludentes e rivais: a propriedade e seus efeitos *erga omnes*). Os três vínculos normativos de longo prazo eram a propriedade, o casamento e as sociedades comerciais.

A fonte normativa era uma só: a lei. Caso não houvesse, autorizava-se o recurso a dados extravagantes: os costumes, a analogia e os princípios gerais de direito. Aquilo que Emilio Betti chamou de “elementos de heterointegração normativa” (*Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. 2ª ed. Milão: Giuffrè, 1971): os *diferentes*, extraordinariamente admitidos a entrar na sala principal (só em algumas poucas ocasiões, com limitações objetivas e subjetivas).

Esse sistema monolítico, retrospectivo e supostamente estável, já não mais subsiste. Bons serviços prestou, mas não consegue se entender com o mundo pós-moderno.

Além de ser ultrapassada, típica dos séculos XVIII e XIX, a antiga racionalidade da Lei de Introdução é hoje insustentável. As disciplinas jurídicas não nascem de seu aprisionamento em milhares de artigos organicamente sistematizados (Paolo Grossi, *Primeira Lição sobre Direito*. Trad. Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006). Elas brotam da experiência social e nela se desenvolvem (mesmo quando aprisionadas). O

Direito não é a matéria codificada – ele não nasce dos códigos, mas sim da vida (e nela se desdobra).

Se é que ainda existe a *summa divisio*, fato é que o Direito Público ocupa o nosso cotidiano (água, energia, transportes, telecomunicações, portos, aeroportos, ferrovias, ensino, saúde.) – seja por meio de contratos públicos de longo prazo, seja mediante da regulação normativa. O Direito Privado existe e é relevante, mas as crenças deixaram de ser monoteístas.

De mais a mais, o Direito Público – Constitucional, Administrativo, Econômico, Ambiental – hoje é essencialmente dinâmico (ritmo intenso), mutável (transforma-se em vista dos desafios); espiralado (desenrola-se a partir da Constituição e atinge multiplicidade de planos jurídicos), pluris-subjetivo (relações multilaterais, coletivas e difusas) e diacrônico (as futuras gerações). Nesse cenário, assumem forte relevância a segurança e a eficiência.

Por isso que é imperioso compreender o Direito sob o ponto de vista que cogite do futuro e da plurissubjetividade dos efeitos das decisões. O que exige atitude operacional perante as realidades sociais – para aqui tomar emprestado algo do que, há décadas, Miguel Reale escreveu a propósito da viragem instalada pelo planejamento econômico: “do ponto de vista retrospectivo das fontes para o prospectivo dos modelos” (“Direito e Planificação”. RDP 24/93. São Paulo: Ed. RT, abr./jun. 1973). Em suma, a aplicação do Direito precisa levar em consideração o futuro.

O projeto de lei apresentado pelo Senador Antonio Anastasia para atualizar a Lei de Introdução traz algumas boas indicações de como lidar com a atual realidade. Ao invés de perseguir um positivismo fechado e fora do tempo, a iniciativa propõe a inclusão de uma série de artigos à Lei de Introdução das Normas ao Direito Brasileiro, voltadas a balizar a interpretação e a aplicação do direito público. Sem tolher a atuação dos órgãos administrativos, jurisdicionais ou de controle, o projeto coloca parâmetros de estabilidade e previsibilidade às relações com a Administração Pública.

É comum que a interpretação sobre normas administrativas mude com o tempo ou que haja divergência entre órgãos. Porém, o cidadão não pode ficar à mercê destas divergências. Então, o projeto prevê (artigo 22) que – tal qual ocorre hoje nas decisões do Supremo Tribunal Federal que declaram inconstitucional uma norma – sempre que houver uma mudança na interpretação, o órgão preveja um regime de transição proporcional, equânime e eficiente. O Direito não pode ser estático, mas também não há

de ser uma “caixinha de surpresas”. Outro ponto nesta mesma linha: é comum que os órgãos de controle (administrativo ou judicial), anos depois, julguem um ato fora do contexto em que foi praticado. Uma decisão justificável ao seu tempo, descontextualizada torna-se írrita e inconveniente. O projeto (artigo 25) não veda a censura de um ato, mas coloca clara a obrigação de o controlador ponderar seus efeitos e contextualizar sua análise na realidade vivenciada ao tempo de sua edição.

Prevê, ainda (artigo 28), a auscultação pública como um dever permanente e geral; uniformiza (artigo 23) os temas de transação como um instrumento geral à disposição da administração, mas com parâmetros procedimentais e de transparência.

Em suma, os artigos que se pretende incluir na Lei de Introdução a um só tempo permitirão a positivação das melhores práticas do direito público contemporâneo e serão um poderoso instrumento para aperfeiçoar a segurança e certeza jurídicas. Ou seja, trata-se de um passaporte para o Estado de Direito.

CHEGOU A HORA DE MUDAR A VELHA LEI DE INTRODUÇÃO

CARLOS ARI SUNDFELD

BRUNO MEYERHOF SALAMA

Professores da FGV Direito SP

Uma lei para regular o próprio mundo das normas? Ela existe no Brasil. É o Decreto-Lei nº 4.657, de 1942. Nasceu como “Lei de Introdução ao Código Civil”, que os estudantes conhecem pela sigla LICC. Em 2010 ela mudou de nome, para estender sua atuação para além do campo civil. Mas foi só isto: um novo nome, com os mesmos artigos. Agora ela se chama “Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro”. Será que, com mais de 70 anos, ela basta para regular o atual mundo normativo, inclusive o público?

O Projeto de Lei nº 349/2015 entende que não. Por isso, invocando a necessidade de aumentar a segurança e a eficiência na aplicação do direito público, ele sugere a inclusão de 10 novos artigos na lei.

Quando a velha LICC surgiu, a ideia que predominava era a de que o Direito seria produto de um “legislador racional”, capaz de escrever na própria lei toda “sabedoria” necessária. O aplicador não teria muito que inventar porque era (na construção um pouco exagerada) mero “boca da lei”. Cabia-lhe então fazer simples interpretações, e a LICC trata delas, mandando atentar “aos fins sociais e às exigências do bem comum” – art. 5º. Um legislador racional obviamente não produziria contradições: daí o aplicador ficar limitado a resolver as “aparentes” contradições. E mais: no caso de lacunas (sim, mesmo a legislação racional poderia ser “omissa”), valeria o disposto no art. 4º da LICC: bastaria recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de Direito.

Essa concepção de Direito explica a exiguidade da LICC. Uma palavra sobre interpretação. Outra sobre omissões. E umas poucas normas sobre vigência e aplicação das leis civis no tempo e espaço. O eixo central do mundo jurídico estava no Direito Civil, daí falar-se também na “era dos códigos”. O mundo jurídico estava assim retratado como se fosse simples. Só que hoje ninguém mais acredita em um mundo assim.

O projeto de lei sugere um art. 20 para a LICC. Ele trataria das decisões judiciais, administrativas e controladoras (dos Tribunais de Contas, hoje ativos e interventivos) que se baseiem em “valores jurídicos abstratos” (que podem ser entendidos como princípios). É fácil entender a importância de uma norma desse tipo. Como hoje se acredita cada vez mais que os princípios podem ter força normativa – não só nas omissões legais, mas em qualquer caso – o mínimo que se pode exigir é que juízes e controladores (assim como os administradores) pensem como políticos. Por isso, a proposta é que eles tenham de ponderar sobre “as consequências práticas da decisão” e considerar as “possíveis alternativas” (art. 20, *caput* e § único).

O art. 21 do projeto traz uma medida de prudência básica: lembrar que os recursos do mundo são finitos (chamamos isso também de “reserva do possível”). Mas se o juiz (ou o controlador, ou o administrador) mudar as coisas, que pense em uma regra de transição (art. 22). Puro bom senso.

O art. 23 é honesto: já que aplicar o Direito é diferente de fazer subsunção – porque em tempos de estado social regulador não podemos mais nos dar ao luxo de viver com a fábula do “legislador racional” – então que se dê às autoridades o poder de negociar. Mas tudo com ordem, procedimento, e mais importante, com transparência. Daí, entre outras coisas, o projeto exigir “consulta pública” e “oitiva de órgão jurídico” como condição da celebração de compromissos.

É preciso reconhecer (como neste trabalho de Mariana Pargendler e Bruno Salama: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8901>) que atualmente há vetores de ordem ideológica, política e jurídica que levam o Judiciário a ter que se preocupar cada vez mais com consequências agregadas de suas decisões. E não apenas, como se pensava no passado, com a “lei no caso concreto” ou a “justiça entre as partes”. O projeto de lei é consistente com essa tese, mas vai além. Ele traz implícita a ideia de que, para haver ordem, em vez de bagunça (que tem sido frequente), esse desenvolvimento histórico radical terá que ser organizado por meio de uma lei geral sobre aplicação do Direito. Dada nossa tradição jurídica, é um ponto de vista que pode fazer sentido.

Para prover segurança, o art. 24, inspirado na experiência da ação direta de constitucionalidade, cria a ação declaratória de validade de regulamentos e outros atos públicos, com efeitos *erga omnes*. Sua possível pertinência temática com a LICC é o fato de instituir um mecanismo para, reconhecida a validade, obter certeza quanto à vigência e obrigatoriedade

de normas. É o reconhecimento de que os critérios gerais sobre vigência das normas, constantes do art. 2º da LICC, já não dão conta do recado.

Por sua vez, o art. 25 do projeto reconhece que interpretações da lei criam incentivos prospectivamente. A decisão do juiz (e do controlador ou administrador) hoje sinaliza para as pessoas qual é o Direito vigente. Interpretações são, nesse sentido, normas – que podem, então, ser revogadas, desde que sem efeito retroativo, porque se não voltaremos à barbárie. O tema desse artigo, portanto, é a vigência no tempo das interpretações do Direito (a LICC sempre cuidou de vigência, embora em outros termos, pois se limitou à vigência dos diplomas legais em si). Em coerência com a doutrina, hoje popularizada, da “modulação de efeitos”, a proposta preserva as “situações plenamente constituídas”, em certos casos de revisão de atos na esfera judicial, controladora ou administrativa. A novidade é a adoção de critérios mais claros para identificar as situações a serem protegidas. Faz sentido e é útil.

A mesma inspiração e objetivos estão no artigo seguinte, que cuida da regularização de situação administrativa inválida. A autoridade que decreta a invalidade não pode mais, como no passado, fazer de conta que o Direito abstrato já tem as respostas sobre a preservação ou não de efeitos do ato inválido. É a autoridade quem tem que tratar disso, em todos seus detalhes, e o art. 26 fornece os critérios: a regularização tem de ocorrer “de modo proporcional, equânime e eficiente, 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”. Aqui, mais uma vez, estão reconhecidos e regulados o papel político do juiz e do controlador.

O art. 27 lida com o problema da incerteza do Direito. Será que comete ilicitude um agente público que adote uma interpretação depois rejeitada pelos controladores? Uma visão mais tradicional diria que sim: sempre que interpreta “erradamente” o Direito, o agente o violaria – pois o Direito, que é certo e completo, não comportaria esse erro. O projeto diz que não é bem assim: responsabilização, só em caso de dolo ou erro grosseiro (ou seja, culpa grave). O Direito produzido hoje simplesmente não é capaz de propiciar toda essa certeza para os agentes públicos. Ele é relativamente mais incerto, e os aplicadores e controladores o estão construindo e reconstruindo todo o tempo. Só que, é isto que diz a proposta, quando da reconstrução, os novos conteúdos normativos não podem assombrar quem teve de tomar decisões no passado.

Um último tema a destacar é o da produção de regulamentos administrativos. A LICC, focada que está nas leis em sentido estrito, ignora essa espécie normativa. Só que hoje em dia, em muitos temas (como regulação econômica e tributação), as normas gerais mais decisivas não estão exatamente nas leis. Estão nos regulamentos editados pela Administração Pública. O projeto considera fundamental que uma Lei de Introdução ao Direito ponha um mínimo de ordem, em âmbito nacional, na criação desses diplomas normativos, exigindo que ela seja feita com transparência e motivação, por meio de processos administrativos de consulta pública (art. 28). É algo que algumas agências reguladoras já fazem, mas não é obrigatório para todos os órgãos e entes da Administração, nem para todo o Brasil – e deveria ser. De qualquer modo, o projeto é prudente e realista pois, embora exija o processo de consulta, garante bastante flexibilidade procedimental e dá solução aos casos de urgência.

Os arts. 24 a 28 podem gerar uma boa discussão: serão eles próprios para uma “Lei de Introdução”, cujo conteúdo sempre foi mais restrito? O projeto de lei entendeu que sim. Vivemos a era das *policies*, das leis instrumentais, do Direito como um elemento que “faz” coisas no mundo. Está morta a ilusão de que, com base em singelos critérios sobre vigência das normas abstratas no tempo e no espaço, aquele Direito do legislador racional seria capaz de evitar problemas. Se é assim, novas soluções gerais (isto é, não limitadas ao processo civil ou administrativo, ou só à esfera federal, mas de aplicabilidade efetivamente geral) são necessárias para obter certeza e estabilidade jurídica. E uma Lei de Introdução, que é nacional, seria um bom lugar para elas. É uma proposta inovadora, a ser considerada.

São ideias novas, que podem causar surpresa. Além disso, mexer na clássica “Lei de Introdução”, que fez a cabeça de tantas gerações de juristas, parecerá talvez uma heresia. Mas, em seu conjunto, as novas normas podem contribuir para aumentar a qualidade jurídica das decisões públicas no Brasil. Estamos precisando disso.

ARTIGO 20

FLÁVIO HENRIQUE UNES PEREIRA

Doutor e Mestre em Direito Administrativo (UFMG). Coordenador e professor do curso de pós-graduação em Direito Administrativo do IDP.

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

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e adequação da medida, inclusive em face das possíveis alternativas.”

O art. 20 explicita noção de extrema relevância para o operador do direito: interpretar a lei envolve dois momentos distintos, o da validação e o da aplicação da norma. Sim, a lei abstrata – juízo de validação, na lição de Klaus Günter, não dá conta de sua aplicação (*Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora. 2004). A razão é simples: o legislador, por mais que se esforce, não consegue antecipar todas as particularidades do caso que ocorrerá a sua frente, afinal, a inteligência e o tempo do legislador são finitos. E qual a consequência disso?

Quando se aplica uma norma a certa situação – juízo de aplicação, não está em pauta saber se a lei é válida, até porque isso coube ao discurso de validação normativa, mas, sim, qual é a norma adequada a determinado caso, datado, único e contextualizado. A decisão correta não quer dizer outra coisa senão aquela que considerou as particularidades do caso concreto mediante a descrição completa dos elementos fáticos relevantes. Não se trata de uma decisão que seria a expressão da verdade absoluta, *a priori* e abstratamente considerada. Não há, *per se*, a solução unívoca. Esta é construída no juízo de aplicação da norma e, dessa maneira, *a posteriori*, ou seja, quando, além das normas *prima facie* aplicáveis, tem-se a completa descrição da situação concreta.

A motivação da decisão torna-se, nesse cenário, indispensável, já que somente com a exposição dos fundamentos de fato e de direito, entre os

quais se impõe o exame dos elementos relevantes apresentados no devido processo, será possível avaliar se a adequabilidade normativa foi, de fato, manejada pelo operador do Direito.

Importante destacar que o STJ, em julgado de 2007, avançou no controle jurisdicional da motivação do ato administrativo. Trata-se do RMS nº 20.288, no qual se constatou como o procedimento, na perspectiva exclusivamente formal, precária de conteúdo e comunicação, revela a face autoritária da Administração, incompatível com o Estado Democrático de Direito. No voto do Ministro Felix Fisher, ressaltou-se o descabimento de decisão do Órgão Especial do Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo que, ao indeferir o vitaliciamento de membro do Ministério Público, limitou sua motivação em “fundadas dúvidas” que “beneficiariam a Administração Superior do Ministério Público”, sem refutar qualquer dos argumentos apresentados pelo servidor e sem considerar os diversos fundamentos do voto proferido no âmbito administrativo por conselheiro que acabou vencido. Segundo o magistrado, é indispensável a indicação de provas consistentes e a devida consideração dos argumentos aduzidos nos autos. E consignou: “De fato, o ato atacado neste *mandamus* viola o princípio da motivação dos atos administrativos, elementar em qualquer Estado que se intitule Democrático de Direito”.

Pois bem. Não haveria sentido algum em se exigir o atendimento ao devido processo legal se a Administração ou o Judiciário pudesse ignorar os argumentos aduzidos pelas partes interessadas, razão pela qual a motivação deve apresentar o relato das ponderações de todos os envolvidos e a respectiva fundamentação técnica que refute ou acolha tais manifestações.

Mas o art. 20 é ainda mais claro. O parágrafo único impõe a demonstração da necessidade da medida, à luz das possíveis alternativas. A consideração das “possíveis alternativas” é o elemento mais inovador do dispositivo, na medida em que, ao invés de apenas mencionar “motivação”, densifica sua noção para impor o exame – e sua explicitação, obviamente – das consequências que cada solução possa trazer para a realidade. Em outras palavras, a decisão será adequada e legítima quando se revelar menos danosa e mais eficaz se consideradas as alternativas possíveis em determinada situação fática. Afinal, o processo e o Direito servem à vida e esta não pode ser atingida sem que sejam mensurados os efeitos de cada solução possível – isso, também, insere-se na dimensão da decisão adequada.

O projeto de lei em estudo contribuirá muito para desmascarar as motivações mascaradas, pois, para a decisão ser válida, ela não poderá se limitar a termos indeterminados (António Francisco de Sousa. *Conceitos jurídicos indeterminados no direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994), desprovidos do exame proposto pelo bem-vindo art. 20 que, oxalá, tornar-se-á realidade em breve. A motivação, desse modo, ganhará espaço, a partir dessas novas balizas, na gramática democrática que funda a República Federativa do Brasil.

ARTIGO 21

ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO

Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UERJ

“Art. 21 A interpretação das normas sobre gestão pública considerará os obstáculos e dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

Parágrafo único. Na decisão sobre a regularidade de comportamento ou sobre a validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão levadas em conta as circunstâncias práticas que tiverem imposto, limitado ou condicionado a ação dos agentes.”

O art. 21 do projeto de lei vem trazer para o direito público o vetusto conceito de equidade, já consagrado historicamente na metodologia geral do Direito de matriz civilista, pelo qual na aplicação das normas não se deve ter em conta apenas a frieza de suas previsões abstratas, mas adequá-las às peculiaridades de cada caso concreto para que a sua incidência sobre eles se customize, sendo justa.

No Direito Administrativo, muitas vezes as previsões abstratas das normas, e a interpretação que delas fazem alguns órgãos de controle, não possuem maleabilidade suficiente para dar conta de todos os casos concretos com os quais o administrador público se depara em seu dia a dia, colocando-o diante de um difícil dilema: cumprir cegamente a letra da lei e deixar perecer alguma necessidade pública premente ou a implementação eficiente da política pública a seu encargo; ou interpretá-la inteligentemente, à luz dos seus fins sociais, atendendo aos objetivos públicos que estão ao seu encargo, mas não a sua letra fria e isolada, sujeitando-se, por essa razão, a sanções. Sua grande falta teria sido realizar materialmente os objetivos da norma e do direito, mas não cumprido a sua regra abstrata e isolada tal como interpretada, mais ortodoxamente, por alguns órgãos de controle.

Um exemplo hipotético poderia ilustrar bem o problema: diante da construção equivocada de uma ponte vital para as atividades econômicas da região por uma empresa com a qual a Administração já rescindiu o con-

trato, ela consegue que outra empresa, que estava construindo a estrada na qual a ponte desembocaria, faça os reparos na ponte em troca apenas da cessão a ela dos eventuais direitos ressarcitórios que a Administração teria contra a primeira empresa. Pela letra fria da Lei de Licitações, teria que ser aberta uma nova licitação, com grande tempo tomado, e, ao fim, a Administração teria que despende em espécie os recursos necessários, ficando apenas com um crédito a ser cobrado judicialmente da empresa responsável pelo erro na construção. Com a solução encontrada a Administração poupou tempo e dinheiro.

Qual seria a atitude mais adequada juridicamente, inclusive do ponto de vista do administrador: atender à letra fria da Lei de Licitações e gastar mais dinheiro e tempo, adiando inclusive o atendimento aos objetivos sociais a que a ponte visa, e ficar livre de qualquer possível sanção; ou atendê-los de pronto e sem nenhum dispêndio de recursos do orçamento, mas se sujeitar a ser punido?

A resposta nesse sentido parece óbvia, mas não é bem assim: o administrador que a adotar estará, em prol do interesse do erário e da população, assumindo graves riscos de ser punido por órgãos de controle que têm uma visão mais reducionista da legalidade, que não veem o direito como um todo, mas apenas determinadas regras isoladamente consideradas e abstraídas das peculiaridades e premências que os casos concretos podem oferecer. Não podemos também olvidar os riscos que os particulares que aderem ao chamado da Administração em situações como tais têm de, por essas interpretações mais ortodoxas, terem os seus pactos desfeitos por uma suposta ilegalidade, gerando grande insegurança jurídica.

Soluções para casos assim poderiam já estar sendo adotadas pelos órgãos de controle com base nos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade (arts 37, *caput*, e 70, *caput*, CF), a até mesmo do vetusto art. 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, pelo qual na aplicação das leis se deve considerar os “fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Porém, diante da renitência de alguns órgãos de controle em seguir essa visão de uma legalidade mais ampla ou de juridicidade, parece necessário se explicitar para o Direito Administrativo como um todo – já que o problema não é restrito a determinados setores da Administração Pública ou entes federativos – a necessidade de que a sua interpretação deve levar em consideração as exigências práticas com as quais o adminis-

trador tem que lidar em cada caso concreto, pois a Administração Pública não se destina apenas a fazer belas subsunções formais, mas a transformar concretamente a realidade de acordo com o programa constitucional.

O fato de o art. 21, ora comentado, destinar-se a integrar o diploma nacional geral sobre a aplicação do direito também se impõe, pois, como visto, ele visa a, no âmbito do Direito Administrativo, explicitar e detalhar o que já dispõe o seu art. 5º e a dar concretude aos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade, o que denota o seu caráter necessariamente geral, pois implementador de princípios.

ARTIGO 22

MARILDA DE PAULA SILVEIRA

Doutora e Mestre em Direito Administrativo (UFMG).

Coordenadora do NEAD e Professora na EDB/IDP.

“Art. 22 A decisão administrativa, controladora ou judicial que, com base em norma indeterminada, impuser dever ou condicionamento novo de direito, ou fixar orientação ou interpretação nova, deverá prever um regime de transição, quando indispensável para que a submissão às exigências se opere de modo proporcional, equânime e eficiente, e sem prejuízo aos interesses gerais. Parágrafo único. Se o regime de transição não estiver previamente estabelecido, o sujeito obrigado terá direito a negociá-lo com a autoridade, segundo as peculiaridades de seu caso e observadas às limitações legais, celebrando-se compromisso para o ajustamento, na esfera administrativa, controladora ou judicial, conforme o caso.”

É inegável que a crise de legitimidade instalada na Administração Pública brasileira passa pelo enfraquecimento da confiança nas instituições e decisões administrativas. Esse cenário de instabilidade reforça a necessidade de que seja repensado o modelo de concretização da segurança jurídica. Exatamente essa é a vocação do art. 22: introduzir, no regime jurídico-administrativo, a avaliação obrigatória e motivada de um regime de transição para os casos concretos que estão na fronteira das novas interpretações ou dos novos direitos.

A norma é de grande relevância, pois, tradicionalmente, afirma-se que a modificação e a extinção dos atos administrativos leva sempre a alternativas binárias: a definitiva retirada do mundo jurídico ou a convalidação; a supressão de efeitos *ex tunc* ou a manutenção de efeitos *ex nunc*. Essa dinâmica é aderente a todos os instrumentos de concretização da segurança jurídica: *i*) a convalidação; *ii*) o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; *iii*) a irretroatividade; *iv*) a impossibilidade de retroação do posicionamento da Administração; *v*) a prescrição e a decadência; *vi*) o princípio da proteção da confiança e da boa-fé; *vii*) a teoria da aparência; e

viii) a teoria do fato consumado. Percebe-se, portanto, que a relação jurídico-administrativa tende a encontrar soluções que se situam em extremos.

Avançando na implementação de instrumentos que concretizam a segurança jurídica, o dispositivo desprende-se da solução binária e privilegia as circunstâncias de cada caso. Apresenta alternativa intermediária para as hipóteses em que a tradição doutrinária e jurisprudencial não permite operar de modo “proporcional, equânime e eficiente, e sem prejuízo aos interesses gerais”. Nesses casos, impõe-se que as decisões administrativas prevejam regime de transição quando norma indeterminada promover modificação que acarrete deveres ou condicione direitos. E, naqueles sem regime de transição previamente estabelecido, assegura o direito a uma solução negociada.

A norma é capaz de bem conciliar o grande desafio de aplicação da segurança jurídica no Estado de Direito: garantir que as alterações e correções sejam inerentes ao sistema sem que se tenha que conviver com a imprevisibilidade absoluta. Nesse ponto, adota-se a posição de Humberto Ávila, que desdobra a segurança jurídica em três elementos: a *cognoscibilidade*, a *confiabilidade* e a *calculabilidade*. Para que a cognoscibilidade seja afirmada, é preciso que os cidadãos, a partir do delineamento de um caso concreto, consigam identificar as alternativas disponíveis, tornando-se capazes de avaliar as consequências das suas opções. Já a confiabilidade assegura a racionalidade do processo de mudança, reconhecendo que as transformações são indispensáveis sem permitir que ocorram de forma abrupta. Por fim, a calculabilidade exige que se tenha a consciência da possibilidade de alteração e o conhecimento de sua extensão.

Nesse sentido, a proposta não apenas densifica o princípio da segurança jurídica como se alinha ao perfil dos modelos que, no passado, fomentaram a construção da teoria do ato. Afinal, não apenas o regime privado sofreu profunda alteração na dinâmica de extinção dos atos e dos negócios jurídicos, como a perspectiva em que se fundamentou a teoria das nulidades dos atos inconstitucionais modificou-se profundamente por intermédio da Lei nº 9.868/1999. Ambas passaram a assegurar regimes transitórios com modulação de efeitos.

Com efeito, o dispositivo proposto implementa a compreensão de que a utilização de uma fórmula geral (*one size fits all*) não é compatível com a perspectiva democrática, tampouco com o cenário de concretização da segurança jurídica. Pois é a construção individual de alternativas (racio-

cínio tópico), inseridas no seu devido contexto, que efetivamente leva à implementação da legitimidade do exercício da função administrativa e da própria ação estatal. A ideia, por conseguinte, é abandonar-se a lógica da invalidação com efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*, ou a simples preservação do ato inválido praticado, e se migrar para o paradigma segundo o qual o princípio da segurança jurídica impõe a avaliação, sempre motivada, da necessidade de adoção em cada caso de um regime jurídico de transição em favor dos administrados.

ARTIGO 23

JULIANA BONACORSI DE PALMA

Mestre e Doutora em Direito pela USP e Master of Laws
pela Yale Law School. Professora da FGV
Direito SP - GVLaw e da USJT

“Art. 23. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive quando da expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após consulta pública e oitiva do órgão jurídico e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicidade, na forma dos atos oficiais.

§ 1º O compromisso:

I – buscará uma solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;

II – poderá envolver transação razoável quanto a sanções e créditos relativos ao passado, e ainda o estabelecimento de um regime de transição;

III – não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;

IV – deverá prever com clareza as obrigações das partes e o prazo para sua efetivação.

§ 2º Poderá ser requerida 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.”

A melhoria da gestão pública exige instrumentos que promovam a *cooperação público-privada* e, nessa linha, o projeto de lei previu os *acordos administrativos* como efetivos mecanismos de ação administrativa. Ao invés de finalizar o processo administrativo por ato unilateral do Poder Público (e.g. sanção, licença etc.), abre-se a possibilidade de Poder Público e interessados (pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou de direito

privado) negociarem o conteúdo da decisão final e, se a negociação for exitosa, celebrarem um *compromisso*.

O compromisso é espécie de acordo administrativo, como os termos de compromisso utilizados pela CVM para substituir o processo administrativo sancionador, os acordos de leniência no Cade ou nos licenciamentos consensuais na seara ambiental. O art. 23 estabelece também o regime para celebração deste acordo.

Confere-se ampla margem para celebração de compromisso, sendo cabível em praticamente todas as expressões da atividade administrativa, pois se voltam a “*eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público*” (art. 23, *caput*). O Poder Público e interessados encontram-se legitimados a celebrar esse compromisso para obter licenças e autorizações mediante cumprimento das obrigações pactuadas, como o dever de reflorestamento de determinada área ou o dever de manter um determinado nível de excelência na prestação de serviço. Ainda, o compromisso serve para eliminar irregularidades, substituindo a instauração de processo sancionador ou fiscalizatório, o próprio processo ou a sanção, desde que cumpridas as obrigações pactuadas. Em qualquer hipótese, o art. 23 exige que o objeto de negociação seja de *relevante interesse geral*, podendo ser considerados, dentre outros elementos, o valor envolvido, o potencial benefício para a sociedade e o potencial impacto da decisão.

O art. 23, §1º previu os requisitos mínimos das obrigações pactuadas. Primeiramente, elas são *soluções jurídicas* pois se voltam a resolver determinado problema concreto; se o conflito envolver a aplicação das normas de acessibilidade, por exemplo, a obrigação deve trazer uma solução aceitável para ambas as partes que viabilize o acesso da estrutura por portadores de necessidades especiais. As obrigações também devem ser *proporcionais, equânimes e eficientes*, considerando os *interesses gerais*. Também se previu expressamente o cabimento dos compromissos em determinadas situações cujo endereçamento por acordos tem trazido bons resultados, a fim de evitar dúvida sobre sua viabilidade jurídica. É o caso das transações relativas a créditos passados perante a Fazenda Pública. Outra hipótese de aplicação do compromisso corresponde à atividade de licenciamento, hoje litigiosa e custosa. O licenciamento consensual reduz eventuais conflitos, pois calçado no acordo, e viabiliza soluções de maior qualidade.

Também é o caso dos acordos substitutivos de sanção, considerando que as multas, principais sanções regulatórias, não são recolhidas e discus-

sões envolvendo sua aplicação se arrastam por anos na esfera judicial. Nesse cenário, o efeito simbólico da sanção fica comprometido. A celebração de compromissos reduz os conflitos e mantém a resolução do problema na esfera administrativa. Assim, os compromissos tendem a viabilizar respostas mais rápidas à sociedade, com economia de tempo e de recursos.

A proposta é expandir um modo de gestão já experimentado em diversos órgãos e entes públicos brasileiros para toda a Administração Pública, direta e indireta, das três esferas federativas. A Lei de Introdução conterá, assim, um *permissivo genérico* à atuação administrativa consensual, tais quais os sistemas italiano, espanhol e alemão. Confere-se segurança jurídica quanto à transação na esfera administrativa e alinha-se o Direito brasileiro aos mais avançados sistemas jurídicos no que se refere à consensualidade administrativa.

ARTIGO 24

MARÇAL JUSTEN FILHO

Mestre e Doutor em Direito pela PUC/SP

“Art. 24 Quando necessário por razões de segurança jurídica de interesse geral, poderá ser proposta ação declaratória de validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, com efeitos erga omnes, no regime da ação civil pública.

§ 1º Se não for o autor, o Ministério Público será citado para a ação, podendo se abster, contestar ou aderir ao pedido.

§ 2º A declaração de validade poderá abranger a adequação e economicidade dos preços ou valores previstos no ato, contrato ou ajuste.”

O art. 24 faculta o uso da ação civil pública para obter provimento jurisdicional declaratório da validade de ato administrativo concreto. A decisão judicial poderá produzir efeitos perante terceiros, o que afastará as controvérsias e disputas sobre a validade de questões concretas que envolvam atos administrativos, contratos, ajustes, processos e normas administrativas, eliminando o risco de entendimento diverso prevalecer futuramente.

A ação visa ao exame de ato administrativo concreto, nas suas diversas manifestações. Assim, poderá versar sobre ato administrativo unilateral ou bilateral. Poderá envolver inclusive aspecto específico de ato administrativo, tal como o preço ou quaisquer outros valores contemplados para constituir despesa ou receita da Administração Pública. A ação observará o regime da ação civil pública. Trata-se, em última análise, da ampliação do âmbito de abrangência do referido instituto. Isso significa que toda a disciplina e a produção doutrinária existentes serão aplicáveis a outras hipóteses legais, sem a necessidade de introdução de regras específicas e detalhadas sobre questões práticas. Todas as regras sobre direito de ação e processo judicial apresentam natureza nacional. Trata-se de uma decorrência dos atributos e características da própria função jurisdicional. Violaria a Constituição (art. 22, inc. I) prever certo tipo de provimento jurisdicional apenas para o âmbito de uma órbita federativa.

Essa é uma questão essencialmente nacional. Não se admite uma ação civil pública restrita apenas ao âmbito da União.

No direito privado, prevalece há muito o entendimento de que a ação pode ser utilizada para obter declaração de existência ou validade de ato jurídico (privado). No âmbito do direito público, o entendimento consolidou-se com a criação de instrumentos processuais destinados a obter decisão de invalidade de atos normativos e de atos administrativos concretos. Assim, houve a disciplina da Ação de Declaração de Inconstitucionalidade. Foram previstas também a ação popular e a ação civil pública. Esses diplomas passaram a permitir decisão de natureza desconstitutiva da validade e da eficácia de normas e de atos, com efeitos vinculantes para terceiros. Refletiam a concepção de que a defesa da ordem jurídica exige que todos os atos estatais defeituosos sejam identificados e formalmente eliminados. Ocorre que a desconstituição de atos estatais, depois da produção de efeitos concretos, pode gerar efeitos extraordinariamente nocivos. O reconhecimento da validade de atos estatais perfeitos é tão relevante quanto a eliminação dos atos defeituoso. Mais ainda, a incerteza sobre a validade de atos estatais produz efeitos destruidores da segurança jurídica e da legítima confiança dos sujeitos públicos e privados. A possibilidade de que um ato legislativo ou administrativo venha a ser desfeito muito tempo depois de sua produção conduz à paralisia – tanto da atividade estatal quanto da própria atuação dos particulares. Isso envolve um conflito insuportável com a presunção de legitimidade dos atos estatais. Justamente por isso, foi criada a ação declaratória da constitucionalidade de ato normativo abstrato (Emenda Constitucional nº 3/1993).

A inovação proposta no art. 24 representa a integração e a complementação da sistemática processual em relação ao controle jurisdicional dos atos administrativos concretos. Tal como é relevante identificar e eliminar os atos administrativos eivados de defeitos, é também indispensável assegurar decisão jurisdicional reconhecendo a validade e a legitimidade dos atos administrativos praticados. A inovação permitirá neutralizar defeitos gravíssimos, que têm conduzido a atividade administrativa do Estado a uma situação de paralisia.

ARTIGO 25

ADILSON ABREU DALLARI

Professor Titular da Faculdade de Direito da PUC/SP

“Art. 25 A revisão, na esfera 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, não se podendo, com base em mudança posterior de orientação geral, considerar como inválidas as situações plenamente constituídas.

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

Desde o Direito Romano, *tempus regit actum*, ou seja, a licitude ou a consequência jurídica de qualquer ato deve ser aferida segundo a lei vigente no momento de sua prática. É essencial e indispensável que cada cidadão, ao agir ou decidir, sempre saiba, antecipadamente, quais serão as consequências de sua opção. Para isso servem as normas jurídicas: para permitir essa antevisão; e para assegurar que aquelas determinadas consequências irão perdurar ao longo do tempo.

Porém, toda norma jurídica, para que possa ser aplicada, deve ser primeiramente interpretada. Pode-se dizer, portanto, que este art. 25 complementa o disposto no art. 6º, pois mudar o enunciado da norma, ou mudar a sua interpretação, são atitudes que acabam produzindo o mesmo efeito. Daí a necessidade de igual proteção no tocante à preservação das relações jurídicas constituídas antes da alteração. Da mesma forma em que esta lei repudia a retroatividade da lei, por coerência e com maior razão, deve repudiar a aplicação retroativa de nova interpretação da mesma lei, pois isso também ofende, diretamente, o superprincípio da segurança jurídica ou da estabilidade das relações jurídicas.

Mudanças de interpretação das normas jurídicas, ao longo do tempo, são inevitáveis, pois o Direito está em constante evolução, em decorrên-

cia de avanços tecnológicos ou sociais, de alterações no contexto normativo (afetando a interpretação sistemática) e de mudanças na composição dos quadros nos órgãos de deliberação coletiva, os quais são as principais fontes produtoras de orientações gerais.

Considerando que, em decorrência do sistema democrático, da estrutura federativa do Brasil, da autonomia dos poderes e da descentralização administrativa, existe, também inafastavelmente, uma pluralidade de órgãos de deliberação coletiva, é imperiosa a edição de uma norma geral, de caráter nacional, para que se possa ter um padrão de conduta para todos eles, estabelecendo critérios, condições e consequências uniformes, nos casos de mudança de interpretação formalmente fixada em momento anterior.

O dispositivo agora em comento é um avanço em relação ao que já prescreve a Lei nº 9.784, de 29/01/99 (Lei de Processo Administrativo), cujo art. 2º, parágrafo único, inciso XIII, apenas diz, expressamente, que é “vedada a aplicação retroativa de nova interpretação”. Agora, cuida-se do estabelecimento de uma disciplina mais abrangente, com a indicação mais precisa de como e onde a vedação de retroatividade deve ser aplicada, inclusive com a conceituação, no parágrafo único, do que deve ser entendido como “orientação geral”, e, por último, ao proscrever a pura e simples declaração de invalidade de situações plenamente constituídas, abre caminho para a possibilidade da modulação dos efeitos, prestigiando, ao mesmo tempo, a boa-fé e a razoabilidade, em plena consonância com o estágio atual de desenvolvimento das relações de Direito Administrativo.

ARTIGO 26

EGON BOCKMANN MOREIRA

Professor da Faculdade de Direito da UFPR

“Art. 26 A decisão que, na esfera administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso as suas consequências e, quando for o caso, as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional, equânime e eficiente, 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.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da invalidação e das medidas impostas, inclusive em face das possíveis alternativas.”

O artigo 26 determina que as decisões (administrativas, controladoras e/ou judiciais – isto é, todos os atos de aplicação do Direito) que porventura invalidem atos e negócios jurídicos administrativos pretéritos (ato, contrato, ajuste, processo ou norma – pouco importa o nome) tenham de levar em consideração os seus efeitos futuros.

A previsão almeja positivar algo de muito significativo: as decisões que determinam a invalidade de atos e fatos pretéritos não se dão em abstrato (no maravilhoso e inexistente “mundo do dever-ser”). Tampouco a invalidação se encerra em si mesma – como se o tempo nela parasse. Ela não eclode num mundo ideal, endonormativo, sem que haja consequências práticas. Ao contrário: o ato de invalidar irradia os seus efeitos para além das suas fronteiras lógico-normativas (objetivas e subjetivas).

Não será demais afirmar que toda decisão de invalidação gera custos internos para as partes relacionadas, bem como externos ao seu desfazimento (as chamadas “externalidades negativas”). Isto é, o ato que decreta a nulidade produz efeitos que se projetam nas partes envolvidas e em terceiros (presentes e futuros; locais, regionais, nacionais e globais). Pode agravar outras situações jurídicas, as quais darão nascimento a feixes des-

contínuos de direitos subjetivos (ou à configuração objetiva de direitos coletivos e/ou difusos).

Veja-se bem: se a antiga Lei de Introdução visava a preservar a codificação passada e circunscrever os efeitos da legislação futura (em vista de interesses privados disponíveis); o artigo 26 busca proteger o futuro, exigindo que se tenha de saber e demonstrar o que acontecerá no dia seguinte ao da decisão invalidante (em vista de questões sociais). Mas não apenas isso: necessário se faz, para além de detectar o problema, apresentar também a solução *proporcional, equânime e eficiente*.

Incide aqui a *lógica da responsabilidade*: o agente público – juiz, administrador, controlador – precisará avaliar, antes da invalidação, quais são as reais consequências de sua decisão e deverá afiançá-las. Devemos responder pelas previsíveis consequências de nossos atos, disse Max Weber ao tratar da ética da responsabilidade (*Economia e Sociedade*, vol. 1, 5ª ed. Trad. Johannes Wincklemann. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1991).

O artigo 26 é norma *objetivamente geral*, que subordina a aplicação de todas as demais normas jurídicas do sistema. Ela parametriza e estabelece como devem ser os atos que pretendam decretar invalidações.

Trata-se de condição de validade e eficácia das decisões que pretendam invalidar quaisquer atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativas. Caso não seja obedecida, a invalidação não será apenas nula, como estará impedida de gerar quaisquer efeitos no mundo dos fatos.

De igual modo, é *subjetivamente geral*, porque se aplica à generalidade das pessoas político-administrativas, em todos os poderes do Estado. Não há exceção: para que seja aplicada, basta haver a possibilidade de ser praticada “decisão que (...) decretar a invalidação”, pouco importa o agente/órgão que a aplique.

Por isso, a pessoa necessitará descrever como a invalidação incidirá no mundo dos fatos, quem será por ela afetado e quais serão os seus custos. Indicará como se dará a sua regularização, por meio de exame motivado e público – indicando não só o que será desfeito, mas, também e especialmente, o que haverá de ser feito em decorrência do ato de invalidar. Isto importa dizer que a decisão pressupõe o exame e a divulgação de suas consequências – e de quais alternativas foram levadas em consideração.

Igualmente, poderá exigir a estruturação modular para o devir, como se dá nas decisões coletivo-estruturais do Poder Judiciário (cf. Marcella

Pereira Ferraro, *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*, dissertação, Curitiba: PPGD/UFPR, 2015; e Sérgio Cruz Arenhart, *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. RePro 225*. São Paulo: Ed. RT, nov. 2013). A depender do caso envolverá, portanto, a cooperação público-privada e as negociações (materiais e processuais), com metas a atingir.

Claro que não se pode pretender que a pessoa/órgão decisor tenha conhecimento de todos os eventos futuros, sobretudo os imprevisíveis. O que importa dizer que os previsíveis/averiguáveis devem ser levados em consideração e sopesados – a fim de serem colocados à luz do dia e motivadamente acolhidos ou rejeitados. Por isso também, importante será a ouvida dos interessados, com a possibilidade de participação/colaboração nas alternativas decisórias.

A base objetiva do negócio – aquele conjunto de circunstâncias e instituições sem os quais o ato/contrato etc. não existiria – merece também ser levada em conta. Escapa-se, assim, à armadilha do previsível/imprevisível e se pode cogitar de quais são as circunstâncias que a boa-fé objetiva levaria em consideração para a recomposição/regularização do evento invalidado.

Enfim, segurança jurídica projetada para um futuro que se pretende eficiente, este é o núcleo do art. 26.

ARTIGO 27

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO

Professora Titular Sênior da Faculdade de Direito da USP

“Art. 27 O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

§ 1º Não se considera erro grosseiro a decisão ou opinião baseada em orientação geral, ou ainda em interpretação razoável, em jurisprudência ou em doutrina, ainda que não pacificadas, mesmo que não¹ venha a ser posteriormente aceita, no caso, por órgãos de controle ou judiciais.

§ 2º O agente público que tiver de se defender, em qualquer esfera, por ato ou comportamento praticado no exercício normal de suas competências terá direito ao apoio da entidade, inclusive nas despesas com a defesa.”

O dispositivo proposto tem por objetivo acabar com a controvérsia quanto à responsabilização dos profissionais, especialmente dos advogados públicos, pela opinião técnica ou jurídica que emitem para dar embasamento a uma decisão adotada no âmbito da Administração Pública.

São muitas as hipóteses em que a autoridade competente para praticar determinado ato administrativo depende da prévia manifestação de órgão técnico ou jurídico. É o que ocorre no tombamento, na outorga de licença-saúde ou de aposentadoria por invalidez, na licença para construir, na aplicação de penalidades administrativas, na execução de obras públicas e tantas outras. Além disso, na quase totalidade dos processos administrativos, a autoridade administrativa, para fundamentar a sua decisão, depende de pareceres jurídicos emitidos por advogados públicos, que exercem a atividade de consultoria com fundamento nos artigos 131 e 132 da Constituição. É exatamente na área jurídica que vêm surgindo controvérsias, muitas delas levadas ao Judiciário, quando a decisão é considerada ilegal pelos órgãos de controle (Tribunal de Contas ou Ministério Público), porém com extensão dessa responsabilização ao advogado, público ou privado, que proferiu o parecer em que se fundamentou a decisão impugnada.

¹ Considera o texto da emenda ao projeto que corrige erro material.

Tais manifestações, quando acolhidas pela autoridade competente para decidir, constituem a própria motivação ou fundamentação do ato. Tradicionalmente, sempre se entendeu que o parecer contém apenas uma opinião de quem o proferiu, não produzindo qualquer efeito jurídico quando considerado isoladamente. Exatamente por isso, não constitui um ato administrativo impugnável pelas vias administrativa ou judicial. Também sempre se entendeu que, por conter mera opinião, a autoridade competente para decidir não é obrigada a acolhê-lo. Ela pode decidir de forma diferente da sugerida no parecer, desde que o faça motivadamente. Pode, inclusive, solicitar a manifestação de outro órgão jurídico. O mesmo ocorre com relação a qualquer opinião técnica. Se a autoridade rejeitá-lo, poderá ouvir outro órgão competente para manifestar-se sobre o assunto.

A situação começou a alterar-se a partir de iniciativas do Tribunal de Contas da União que, ao responsabilizar autoridades pela prática de atos lesivos ao erário, passou a incluir no processo de apuração de responsabilidade os advogados públicos que proferiram o parecer jurídico em que se baseou a autoridade. O objetivo é o de fazê-los responder solidariamente com a autoridade que praticou o ato lesivo.

Uma norma que favoreceu esse tipo de entendimento foi a contida no artigo 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 21/6/93, em cujos termos “*as minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração*”. A redação do dispositivo não foi muito feliz, ao atribuir competência ao órgão jurídico para *aprovar* as minutas de editais e contratos, dando a impressão de que a aprovação, no caso, teria a natureza jurídica de ato administrativo produtor de efeitos jurídicos, vinculante para a Administração, e não mera opinião jurídica.

O dispositivo deu ensejo a que advogados públicos fossem chamados a responder perante os Tribunais de Contas por irregularidades ocorridas nos processos de licitações e nos contratos, em decorrência de vícios nos respectivos instrumentos “aprovados” pelo órgão jurídico.

A questão foi parar no Judiciário, inclusive no Supremo Tribunal Federal que, em diferentes acórdãos, expôs o seu entendimento, sem que se possa falar em jurisprudência pacificada, porque as suas decisões foram sendo parcialmente alteradas na apreciação dos casos concretos.

A controvérsia instaurada entre, de um lado, os órgãos de controle e, de outro lado, os advogados públicos, recomenda a disciplina legal da ma-

téria, nos termos propostos no artigo 27 do anteprojeto de lei de alteração da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. O dispositivo não leva em consideração a distinção entre pareceres facultativos, obrigatórios e vinculantes (feita pelo Min. Joaquim Barbosa no MS-24.631/DF), mas deixa claro que a responsabilização só pode ocorrer quando o advogado atua com *dolo* ou *erro grosseiro*, acompanhando, quanto a esse aspecto, o entendimento do STF, adotado no já referido MS-24.631/DF e também no MS-24.073, de 2002.

É importante ressaltar que os pareceres jurídicos exigem trabalho de interpretação de leis, muitas delas passíveis de divergências quanto ao seu sentido, exigindo a aplicação de variados métodos de exegese. Por isso mesmo, é perfeitamente possível que a interpretação adotada pelo advogado público (que, na função consultiva, participa do controle interno de legalidade da Administração Pública) não seja coincidente com a interpretação adotada pelos órgãos de controle externo. Seria inteiramente irrazoável pretender punir o advogado só pelo fato de sua opinião não coincidir com a do órgão controlador, até mesmo levando em consideração que nem sempre os técnicos e membros dos Tribunais de Contas têm formação jurídica que os habilite a exercer atividade de consultoria, assessoria e direção jurídicas, que é privativa da advocacia, nos termos do artigo 1º, II, do Estatuto da OAB. Mesmo em se tratando de controle exercido por membros do Ministério Público, nada existe em suas atribuições institucionais que lhes permita censurar ou corrigir opinião emitida licitamente por qualquer advogado, seja público ou privado. Por isso mesmo, sua responsabilização depende da demonstração de que o advogado, ao proferir sua opinião, agiu de má-fé, com culpa grave ou erro grosseiro. De outro modo, faltará aos advogados o mínimo de segurança jurídica para o exercício de suas funções, *consideradas essenciais à justiça* pelos artigos 131 e 133 da Constituição Federal, com a garantia da inviolabilidade por seus atos e manifestações no exercício da profissão.

O fato é que, se o parecer está devidamente fundamentado, se defende tese aceitável, se está alicerçado em lição de doutrina ou de jurisprudência (que constituem *fontes do direito*), não há como responsabilizar o advogado pela opinião manifestada em parecer jurídico nem a autoridade que, com base nele, proferiu a decisão.

Pelas razões expostas, justificam-se as três normas contidas no artigo 27: a do *caput*, ao condicionar a responsabilização do agente público pelas

decisões ou opiniões técnicas à demonstração de dolo ou erro grosseiro; a do § 1º, ao afastar a ocorrência de erro grosseiro quando a decisão ou opinião basear-se em orientação geral, em interpretação razoável, em jurisprudência ou em doutrina, mesmo que não venha a ser posteriormente aceita, no caso, por órgãos de controle ou judiciais; e, por fim, a do § 2º, ao prever o apoio da entidade ao advogado público, inclusive quanto às despesas efetuadas em defesa de seu direito, quando for chamado a responder perante os órgãos de controle por opinião manifestada no exercício de suas funções, sem dolo ou erro grosseiro.

ARTIGO 28

MARCOS AUGUSTO PEREZ

Professor da Faculdade de Direito da USP

“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 escritas de interessados, a qual será considerada na decisão.

§ 1º A convocação conterà a minuta do ato normativo e fixará o prazo e demais condições da consulta pública, observadas as normas legais e regulamentares específicas, se houver.

§ 2º É obrigatória a publicação das contribuições e de sua análise, juntamente com a do ato normativo.

§ 3º Em caso de relevância e urgência, a consulta poderá se iniciar quando da edição do ato, que, se não confirmado na forma deste artigo, deixará automaticamente de vigorar em 120 (cento e vinte) dias.”

A produção de atos normativos é uma das funções principais da Administração Pública hodierna. Para fazer frente às múltiplas exigências de uma sociedade complexa e às limitações inerentes ao processo legislativo, a Administração volta-se a produção de normas de conduta gerais e abstratas, ora seguindo delegações legislativas específicas, ora como fruto dos poderes regulamentares de que é dotada. O art. 174 da Constituição Federal, é bom que se recorde, trata da atuação normativa do Estado e implicitamente da Administração na economia. De fato, a Administração produz normas para a orientação geral de diferentes setores econômicos regulados (telecomunicações, energia, instituições financeiras, entre outros); para a preservação da segurança, do meio ambiente e da saúde pública (e.g. regulamentação de trânsito; do licenciamento ambiental, da comercialização de medicamentos, de acessibilidade ou da vigilância sanitária) e em muitos e muitos outros campos.

Essa extensa atividade normativa, reforçada pela atuação das chamadas agências reguladoras (e.g. ANEEL, Anatel, Anvisa, ANS, ANA, ANTT), dá-se em todas as esferas federativas. Estados, municípios e Distrito Fede-

ral, tanto quanto a União, também editam atos administrativos normativos, diretamente ou por meio de suas agências reguladoras, em suas respectivas esferas de competência. Como se vê, é gigantesco hoje o alcance dos poderes normativos da Administração Pública.

No Brasil, por outro lado, a partir da Constituição de 1988 e, mais especificamente, da Emenda Constitucional nº 19, desenvolveram-se diversos mecanismos para que a sociedade possa acompanhar, influenciar ou controlar a larga atividade desempenhada atualmente pela Administração Pública. As consultas públicas são um desses instrumentos, ao lado das audiências públicas e outros, também ditos participativos, por meio dos quais os interessados apresentam sugestões ou contribuições escritas para que a Administração aperfeiçoe ou corrija a decisão administrativa. Integram as consultas públicas, em muitos casos, o processo decisório da Administração (como ocorre nas decisões normativas da Anatel: art. 42, da Lei nº 9.472/1997; nas decisões acerca de modelagens de contratos de PPPs: art. 10, VI, da Lei nº 11.079/2004; nas deliberações para a aprovação dos planos de saneamento: art. 51 da Lei nº 11.445/2007, entre muitos outros casos), casos em que se tornaram instrumentos essenciais de diálogo entre a burocracia estatal, os cidadãos e o mercado e, assim sendo, importante ingrediente para a formação racional e para a efetividade da decisão administrativa.

O art. 28 tem a grande virtude de universalizar o emprego da consulta na formação ou, melhor dizendo, no processo de deliberação de atos normativos editados pela Administração. Ao lado de estabelecer hipóteses, formas e prazos bastante claros, o artigo proposto torna a consulta um requisito procedimental de validade do ato.

De modo mais explícito, o art. 28 obriga a Administração a adotar o processo de consulta previamente à edição de todo e qualquer ato normativo, exceção feita às normas de organização interna. Possibilita que, em caso de urgência, a Administração realize o procedimento de consulta após a edição do ato, mas, mesmo nesse caso, vincula a validade do ato à conclusão do mesmo. Explícita, de modo também bastante útil, pois embora já se defendesse essa ideia, ante a falta de uma norma explícita e universalmente aplicável, muitas vezes a Administração recebia manifestações dos interessados, por meio do procedimento de consulta, mas não as respondia. Doravante, uma vez aprovado o art. 28, a Administração passará a ter a obrigação de analisar as contribuições que lhe sejam ofertadas e de publicar essas considerações juntamente com o ato normativo.

Por fim, quando não houver prazo mínimo fixado em norma específica, o prazo de realização da consulta deverá ser orientado pelo princípio da razoabilidade, isto é, deverá adequar-se à complexidade e ao grau de inovação das matérias tocadas pelo ato normativo. Obviamente quão mais complexas ou mais inovadoras, maior será o prazo necessário para a discussão pública, por meio da consulta, das medidas cogitadas pela Administração.

ARTIGO 29

FERNANDO MENEZES DE ALMEIDA

Professor Titular da Faculdade de Direito da USP

“Art. 29 A decisão do processo, na esfera administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação razoável por benefícios indevidos ou prejuízos anormais e injustos resultantes do processo ou do comportamento dos envolvidos.

§ 1º A decisão sobre a compensação será motivada, ouvidas previamente as partes sobre seu cabimento, sua forma e, se for o caso, seu valor.

§ 2º Para prevenir ou regular a compensação, poderá ser celebrado compromisso processual entre os envolvidos.”

A Constituição Federal de 1988 – entre outros pontos positivos – estabeleceu novos patamares na relação da Administração Pública com os indivíduos.

Nesse sentido, há, na Constituição, instrumentos vários que visam, por exemplo, assegurar maior transparência e controle da ação administrativa; maior participação dos indivíduos na definição de políticas públicas; e mais instrumentos aos indivíduos para se defenderem de abusos praticados pelo Estado.

Para pôr em prática esses instrumentos, um mecanismo fundamental, igualmente expandido pela Constituição, é o *processo*.

Em sentido jurídico, processo significa um procedimento (uma série encadeada de atos) em que os interessados são chamados a participar, debater seus pontos de vista e, sendo o caso, defender-se, devendo a autoridade por ele responsável proferir uma decisão motivada, que também leve em conta os elementos trazidos pelos interessados.

Para falar em termos técnicos, trata-se do *devido processo legal*, no qual são garantidos aos que dele participam os direitos de *contraditório* e de *ampla defesa*.

O processo que é percebido com mais evidência pela população é o processo judicial, que ocorre perante os diversos juízes e tribunais do País.

Mas também há processo nas esferas administrativa e controladora. Ou seja, órgãos de controle da administração, que não sejam judiciais (p. ex.: tribunais de contas), praticam processo. E a própria Administração Pública utiliza processo para tomar diversas de suas decisões – p. ex.: processo disciplinar para apurar faltas cometidas por servidores públicos; processo para a conceder licenças ou autorizações; processo de licitação para escolher seus parceiros contratuais; processo para averiguar e indenizar prejuízos causados por agentes públicos aos indivíduos; e processo para anulação de ato administrativo do qual decorriam benefícios a terceiros.

Todavia, se, por um lado, o processo configura por si mesmo algo positivo no contexto de um estado de direito, por outro lado é natural que, na prática, possam ocorrer situações indesejáveis por decorrência de um processo. São, digamos, “efeitos colaterais” negativos que, de todo modo, são comparativamente muito menos relevantes do que as vantagens obtidas pelo processo. Para ilustrar esses efeitos negativos, lembre-se, por exemplo, que a decisão tomada mediante processo é, via de regra, mais demorada do que seria uma decisão tomada diretamente por uma autoridade administrativa, sem que se tenha de assegurar ampla defesa e contraditório às partes interessadas.

Ora, qualquer demora na concretização de um direito já é potencialmente causadora de prejuízos.

Outra situação negativa, frequente nos processos, decorre de medidas requeridas pelas partes, medidas essas que fazem parte dos direitos processuais. É o caso de recursos, ou de medidas liminares, ou da produção de provas.

Entenda-se: pedir uma medida liminar, ou recorrer, são direitos das partes. Porém, ao final do processo, quando se resolve o litígio e se decide como aplicar o Direito, pode-se constatar que uma medida liminar beneficiara uma parte que afinal não tinha razão (o que não afasta que a liminar não devesse ter sido dada, no contexto e no momento em que foi dada), ou que um recurso acabara por procrastinar a aplicação do direito reconhecido desde antes na decisão recorrida (tudo isso sem considerar eventual litigância de má-fé das partes, o que também pode ocorrer).

Ante todo esse panorama, a norma ora proposta, para ser incluída como o art. 29 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, tem plena justificativa.

Ela permitirá que a autoridade julgadora de processo, na esfera administrativa, controladora ou judicial, possa, já no curso do mesmo processo,

propiciar compensação pelas perdas anormais ou pelos ganhos indevidos, que alguma parte processual tenha, por causa do próprio modo de ser do processo.

Importante que se chame atenção para a virtude da norma, permitindo que no mesmo processo já se resolva essa pendência, sem que se abra um segundo processo para discutir eventual compensação por fatos havidos no curso do primeiro.

A regra chama a atenção para o bom discernimento do julgador, eis que naturalmente há uma margem de apreciação quanto ao que seja um prejuízo *anormal*, ou mesmo um benefício *indevido* (lembre-se, p. ex., que é inevitável um mínimo prejuízo com a demora inerente a qualquer processo, mesmo o mais eficiente).

A decisão que impõe a compensação, ela mesma, desenvolve-se de modo processual, ouvindo-se os argumentos das partes interessadas.

E ainda, numa medida de grande atualidade e sensibilidade para um contexto social no qual são valorizados os acordos para prevenção de litígios ou para sua solução convencional (ou seja, solução mediante acordo das próprias partes), a norma proposta admite que os envolvidos no processo possam, por acordo, prevenir ou disciplinar o modo pelo qual se dará eventual compensação.

Enfim, trata-se de uma norma de clara índole geral e nacional, justificando sua presença em uma lei como a Lei de Introdução: *i)* é uma norma geral no sentido de cuidar do processo enquanto instituto jurídico tomado em tese, agregando à dinâmica processual a solução de um problema que é inerente a qualquer processo; e *ii)* é ainda, pelo mesmo motivo, uma norma nacional, aplicável à Federação e a todos os entes que a integram, tratando, de todo modo, a medida em tela – a compensação – como uma *possibilidade* aberta à administração ou à jurisdição competentes.

ANEXO

PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 349, DE 2015

Inclui, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 1942), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Inclua-se os seguintes artigos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Decreto-Lei nº 4.657, de 1942:

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

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e adequação da medida, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 21 A interpretação das normas sobre gestão pública considerará os obstáculos e dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

Parágrafo único. Na decisão sobre a regularidade de comportamento ou sobre a validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão levadas em conta as circunstâncias práticas que tiverem imposto, limitado ou condicionado a ação dos agentes.

Art. 22 A decisão administrativa, controladora ou judicial que, com base em norma indeterminada, impuser dever ou condicionamento novo de direito, ou fixar orientação ou interpretação nova, deverá prever um regime de transição, quando indispensável para que a submissão às exigências se opere de modo proporcional, equânime e eficiente, e sem prejuízo aos interesses gerais.

Parágrafo único. Se o regime de transição não estiver previamente estabelecido, o sujeito obrigado terá direito a negociá-lo com a autoridade, segundo as peculiaridades de seu caso e observadas às limitações legais, celebrando-se compromisso para o ajustamento, na esfera administrativa, controladora ou judicial, conforme o caso.

Art. 23 Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive quando da expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após consulta pública e oitiva do órgão jurídico, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicidade, na forma dos atos oficiais.

§ 1º O compromisso:

I – buscará uma solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;

II – poderá envolver transação razoável quanto a sanções e créditos relativos ao passado, e ainda o estabelecimento de um regime de transição;

III – não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;

IV – deverá prever com clareza as obrigações das partes e o prazo para sua efetivação.

§ 2º Poderá ser requerida 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.

Art. 24 Quando necessário por razões de segurança jurídica de interesse geral, poderá ser proposta ação declaratória de validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, com efeitos *erga omnes*, no regime da ação civil pública.

§ 1º Se não for o autor, o Ministério Público será citado para a ação, podendo se abster, contestar ou aderir ao pedido.

§ 2º A declaração de validade poderá abranger a adequação e economicidade dos preços ou valores previstos no ato, contrato ou ajuste.

Art. 25 A revisão, na esfera 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, não se podendo, com base em mudança posterior de orientação geral, considerar como inválidas as situações plenamente constituídas.

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as

adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

Art. 26 A decisão que, na esfera administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresse as suas consequências e, quando for o caso, as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional, equânime e eficiente, 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.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e adequação da invalidação e das medidas impostas, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 27 O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

§ 1º Não se considera erro grosseiro a decisão ou opinião baseada em orientação geral, ou ainda em interpretação razoável, em jurisprudência ou em doutrina, ainda que não pacificadas, mesmo que não² venha a ser posteriormente aceita, no caso, por órgãos de controle ou judiciais.

§ 2º O agente público que tiver de se defender, em qualquer esfera, por ato ou comportamento praticado no exercício normal de suas competências terá direito ao apoio da entidade, inclusive nas despesas com a defesa.

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.

§ 1º A convocação conterà a minuta do ato normativo e fixará o prazo e demais condições da consulta pública, observadas as normas legais e regulamentares específicas, se houver.

§ 2º É obrigatória a publicação das contribuições e de sua análise, juntamente com a do ato normativo.

§ 3º Em caso de relevância e urgência, a consulta poderá se iniciar quando da edição do ato, que, se não confirmado na forma deste artigo, deixará automaticamente de vigorar em 120 (cento e vinte) dias.

² Considera o texto da emenda ao projeto que corrige erro material.

Art. 29 A decisão do processo, na esfera administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação razoável por benefícios indevidos ou prejuízos anormais e injustos resultantes do processo ou do comportamento dos envolvidos.

§ 1º A decisão sobre a compensação será motivada, ouvidas previamente as partes sobre seu cabimento, sua forma e, se for o caso, seu valor.

§ 2º Para prevenir ou regular a compensação, poderá ser celebrado compromisso processual entre os envolvidos.”

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, salvo quanto ao art. 28, que entrará em vigor 180 (cento e oitenta) dias após a data da publicação desta Lei.

Justificativa

Como fruto da consolidação da democracia e da crescente institucionalização do Poder Público, o Brasil desenvolveu, com o passar dos anos, ampla legislação administrativa que regula o funcionamento, a atuação dos mais diversos órgãos do Estado, bem como viabiliza o controle externo e interno do seu desempenho.

Ocorre que, quanto mais se avança na produção dessa legislação, mais se retrocede em termos de segurança jurídica. 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.

Em razão disso, os professores Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto elaboraram projeto de lei, que ora é acolhido, fruto de projetos de pesquisa mais amplos desenvolvidos por pesquisadores da Sociedade Brasileira de Direito Público em parceria com a Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. O resultado desse trabalho foi publicado na obra “Contratações Públicas e Seu Controle”, pela Editora Malheiros, em 2013.

O que inspira a proposta é justamente a percepção de que os desafios da ação do Poder Público demandam que a atividade de regulamentação e aplicação das leis seja submetida a novas balizas interpretativas, processuais e de controle, a serem seguidas pela administração pública federal, estadual e municipal.

A ideia é incluir na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942) disposições para elevar os níveis de segurança jurídica e de eficiência na criação e aplicação do direito público.

Conforme esclareceram os referidos professores, o projeto em apreço propõe medidas para neutralizar importantes fatores de distorção da atividade jurídico-decisória pública. São eles:

- 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 cumprimento voluntário e rápido de obrigação 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 cumprimento de obrigações); e
- o modo autoritário como, na quase totalidade dos casos, são concebidas e editadas normas pela Administração Pública.

(SUNDFELD, Carlos Ari. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Contratações Públicas e Seu Controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 278)

Com efeito, as diretrizes propostas pelos ilustres professores Carlos Ari Sundfeld e Floriano Marques Neto podem ser assim resumidas:

- consagram alguns novos princípios gerais a serem observados pelas autoridades nas decisões baseadas em normas indeterminadas (arts. 20 e 21);
- conferem aos particulares o direito à transição adequada quando da criação de novas situações jurídicas passivas (art. 22);
- estabelecem o regime jurídico para negociação entre autori-

- dades públicas e particulares (art. 23);
- criam a ação civil pública declaratória de validade, com efeito *erga omnes*, para dar estabilidade a atos, contratos, ajustes, processos e normas administrativas (art. 24);
 - impedem a invalidação de atos em geral por mudança de orientação (art. 25);
 - disciplinam os efeitos da invalidação de atos em geral, para torná-los mais justos (art. 26);
 - impedem a responsabilização injusta de autoridade em caso de revisão de suas decisões (art. 27);
 - impõem a consulta pública obrigatória para a edição de regulamentos administrativos (art. 28); e
 - determinam a compensação, dentro dos processos, de benefícios ou prejuízos injustos gerados para os envolvidos (art. 29).
- (SUNDFELD, Carlos Ari. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Contratações Públicas e Seu Controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 280).

Assim, submetemos a presente proposta, tal como formulada pelos professores citados, na expectativa de contar com as sugestões de aprimoramento dos eminentes pares.

Sala das Sessões,
Senador ANTONIO ANASTASIA



Originalmente impresso no Senado Federal.

Disponível para download em PDF, ePub e mobi.

<http://antonioaugust oanastasia.com.br/seguranca-juridica-e-qualidade-das-decisoes-publicas/>

ANTONIO AUGUSTO JUNHO ANASTASIA
Senador da República

ADILSON ABREU DALLARI
Professor Titular da Faculdade de Direito da PUC/SP

ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO
Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UERJ

BRUNO MEYERHOF SALAMA
Professor da FGV Direito SP

CARLOS ARI SUNDFELD
Professor Fundador da FGV Direito SP

EGON BOCKMANN MOREIRA
Professor da Faculdade de Direito da UFPR

FERNANDO MENEZES DE ALMEIDA
Professor Titular da Faculdade de Direito da USP

FLÁVIO HENRIQUE UNES PEREIRA
Doutor e Mestre em Direito Administrativo (UFMG).
Coordenador e professor do curso de pós-graduação
em Direito Administrativo do IDP.

FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO
Professor Titular da Faculdade de Direito da USP

JULIANA BONACORSI DE PALMA
Mestre e Doutora em Direito pela USP e Master of Laws pela Yale
Law School. Professora da FGV Direito SP – GVLaw e da USJT

MARILDA DE PAULA SILVEIRA
Doutora e Mestre em Direito Administrativo (UFMG).
Coordenadora do NEAD e Professora na EDB/IDP.

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO
Professora Titular Sênior da Faculdade de Direito da USP

MARÇAL JUSTEN FILHO
Mestre e Doutor em Direito pela PUC/SP

MARCOS AUGUSTO PEREZ
Professor da Faculdade de Direito da USP