

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

MÁRCIO MACÊDO CONRADO

**IMPACTOS DA LEI Nº 13.655/2018 NA ATUAÇÃO DOS ÓRGÃOS DE CONTROLE
E SEUS REFLEXOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

ORIENTADOR: PROFESSOR TITULAR

FERNANDO MENEGUIN

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO

ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO DE BRASÍLIA

BRASÍLIA

2019

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

MÁRCIO MACÊDO CONRADO

**IMPACTOS DA LEI Nº 13.655/2018 NA ATUAÇÃO DOS ÓRGÃOS DE CONTROLE
E SEUS REFLEXOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Dissertação de Mestrado apresentada no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Escola de Administração de Brasília do Instituto Brasiliense de Direito Público, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Administração Pública, sob a orientação do Professor Titular Fernando Meneguim.

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO

ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO DE BRASÍLIA

BRASÍLIA

2019

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

**A minha esposa, Sandra, por todo amor, apoio e paciência dedicados nessa
prazerosa jornada acadêmica pela busca do conhecimento.**

**Aos meus filhos, Guilherme e Maria Luísa, por todo carinho e compreensão
nos vários momentos em que estive fora de Aracaju durante o período do
mestrado.**

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, ao meu orientador Fernando Meneguim, por todos os ensinamentos e indicações transmitidas nesse período de convivência para a elaboração da dissertação do mestrado, por me incentivar de forma constante na busca pelo melhor resultado e por me fazer compreender a importância dessa dissertação e os rumos que ela poderá tomar em outras áreas, a exemplo do direito e da economia. Não posso deixar de registrar, ainda, a sua alegria e simpatia no trato com o aluno, compreendendo suas aflições, mas, ao mesmo tempo, direcionando-o na busca pelos objetivos centrais da dissertação.

Aos membros da banca, Professores Victor Carvalho e Márcio Oliveira, pelas valiosas sugestões dadas ao tempo da minha qualificação, todas incorporadas à dissertação e com real distinção para o resultado obtido.

Aos meus sócios e advogados do Vila-Nova Carvalho Sampaio Calumby & Conrado Advogados Associados, pelas calorosas discussões travadas durante esse período de construção da dissertação do mestrado.

Por fim, agradeço aos meus pais, Jurandi e Janete, por todo amor e educação transmitidos aos seus filhos e que servem de inspiração constante para mim na formação que dedico a minha família.

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

RESUMO

Conrado, Márcio Macêdo. Impactos da Lei nº 13.655/2018 na atuação dos órgãos de controle e seus reflexos na Administração Pública. 2019. Dissertação (Mestrado) Escola de Administração Pública do Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2019.

O objetivo da presente dissertação é analisar as inovações trazidas pela Lei nº 13.655/2018, os impactos na atividade decisória dos órgãos de controle delas decorrentes e quais os reflexos gerados com essas alterações na Administração Pública. Para tanto, inicia-se com a contextualização da Lei e os órgãos de controle, enveredando-se, logo em seguida, com uma abordagem sobre o princípio da segurança jurídica, projetando-o para o ambiente dos órgãos de controle e da Administração Pública. Após, a dissertação traz um estudo sobre as alterações trazidas pela Lei nº 13.655/2018 no tocante à atividade decisória dos órgãos de controle, estabelecendo-se, a partir da sua vigência, que as decisões tomadas estejam atentas às consequências práticas dela decorrentes e ao bom gestor, de modo a alimentar a inovação na Administração Pública. Neste mesmo tópico são também estudadas as críticas a esse novo modelo de decidir. Em seguida, a dissertação traz um estudo de casos de alguns Tribunais de Contas, fazendo-se um comparativo com casos semelhantes decididos antes e depois da referida Lei, utilizando-se neste aspecto da metodologia do contra factual, e como referencial teórico a análise econômica do direito, no intuito de demonstrar ao final os reflexos dessas alterações na Administração Pública.

Palavras-chave: Segurança Jurídica. Tribunais de Contas. Administração Pública.

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ABSTRACT

Conrado, Márcio Macêdo. Impacts of Law 13655/2018 on the performance of the control bodies and their impact on Public Administration. 2019. Dissertation (Master degree) School of Public Administration of the Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2019.

The purpose of this dissertation is to analyze the innovations brought by Law 13655/2018, the impact on the decision-making activity of the control bodies resulting from them, and what are the reflexes generated by these changes in Public Administration. In order to do so, it begins with the contextualization of the Law and the control bodies, and then begins with an approach on the principle of legal security, projecting it to the environment of the control organs and Public Administration. Afterwards, the dissertation presents a study about the changes introduced by Law 13655/2018 regarding the decision-making activity of the control bodies, establishing, as of its validity, that the decisions taken are attentive to the practical consequences resulting from it and to the good manager, so as to fuel innovation in Public Administration. In this same topic are also studied the criticisms to this new model to decide. Then, the dissertation brings a case study of some Courts of Accounts, making a comparative with similar cases decided before and after said Law, using in this aspect of the counterfactual methodology, and as theoretical reference the economic analysis of the law, in order to demonstrate at the end the consequences of these changes in Public Administration.

Keywords: Legal Security. Courts of Accounts. Public administration.

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Sumário

1. Introdução
2. Metodologia e referencial teórico
3. A contextualização da Lei nº 13.655/2018 e os órgãos de controle
4. Princípio da Segurança Jurídica
 - 4.1 Princípio da Segurança Jurídica no direito brasileiro
 - 4.2 Princípio da Segurança Jurídica nos Órgãos de Controle
5. Aspectos relevantes da Lei nº 13.655/2018 no regime decisório dos órgãos de controle
 - 5.1 A vedação de utilização de valores jurídicos abstratos
 - 5.2 A invalidação de atos e contratos e a necessidade de se indicar expressamente as consequências jurídicas
 - 5.3 A interpretação sobre as normas de gestão pública e a necessidade de se observar os obstáculos e dificuldades do gestor
 - 5.4 Necessidade de regime de transição para decisão administrativa que trata de interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado
 - 5.5 A revisão de ato ou contrato e a observação da segurança jurídica
 - 5.6 A Celebração de Compromisso como saída consensual para solução de conflitos entre particulares e a Administração Pública
6. Estudo de casos antes e depois da Lei nº 13.655/2018
 - 6.1 A contratação de serviços técnicos especializados sem concurso público
 - 6.1.1 Decisão nº 10088/2018 do Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso do Sul
 - 6.1.2 Decisão nº 9839/2015 do Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso do Sul Caso Mato Grosso do Sul
 - 6.1.3 Análise comparativa

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

6.2 O processo de admissão de pessoal e a relação de parentesco com o gestor responsável pelo concurso público

6.2.1 Acórdão nº 591/19 do Tribunal de Contas do Estado do Paraná

6.2.2 Acórdão nº 4341/17 do Tribunal de Contas do Estado do Paraná

6.2.3 Análise comparativa

6.3 A responsabilidade do gestor na execução de programas e obras públicas e a aferição dos obstáculos reais enfrentados

6.3.1 Acórdão nº 1643/2018 do Tribunal de Contas da União

6.3.2 Acórdão nº 10329/2017 do Tribunal de Contas da União

6.3.3 Análise comparativa

6.4 A alteração de entendimento pelo órgão de controle externo e a fixação de período de transição

6.4.1 Parecer Prévio TC – 127/2018 do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo

6.4.2 Parecer Prévio TC – 018/2016 do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo

6.4.3 Análise comparativa

6.5 A existência de cláusulas restritivas no pregão eletrônico e a preocupação com o resultado prático da decisão

6.5.1 Decisão 01703/2018-9 do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo

6.5.2 Decisão 00850/2018-4 do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo

6.5.3 Análise comparativa

7. Conclusão

8. Referências Bibliográficas

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1. Introdução

Em 26 de abril de 2018 foi publicada a Lei nº 13.655, que inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Público), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público.

Na passagem pelas Casas do Congresso Nacional, o Projeto de Lei dela decorrente (PL nº 7.448/2017 e, na versão inicial, PLS 349/2015), sob o comando do Senador Antônio Anastasia, foi alvo de debate e contou com grande apoio de juristas e administradores públicos de vários estados do país.

A Lei nº 13.655/2018 trouxe inovações significativas para a tomada de decisões pelos órgãos de controle e interpretação de normas de direito público, tendo por escopo conferir transparência para todos os envolvidos em processos na esfera administrativa, controladoria e judicial, e segurança jurídica quando da aplicação de normas.

Mesmo com grande apoio de juristas e administradores públicos, o citado Projeto de Lei, quando foi encaminhado para a sanção, sofreu enorme ataque do Tribunal de Contas da União, Ministério Público Federal, Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Contas, Associação Nacional do Ministério Público de Contas, Associação dos Ministros e Conselheiros-Substitutos dos Tribunais de Contas, Associação dos Membros dos Tribunais de Contas, Associação Nacional dos Auditores de Controle Externo dos Tribunais de Contas, Associação da Auditoria de Controle Externo dos Tribunais de Contas, Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho e do Colégio Nacional de Presidentes de Tribunais de Contas, por entenderem que as mudanças trazidas acabam por invadir seara de competência exclusiva dos Tribunais de Contas e, ao contrário do que se imagina, trazem um retrocesso para a Administração Pública.

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Lei nº 13.655/2018, no curso da sua sanção, sofreu 08 (oito) vetos, por entender o Presidente da República, após ouvir os Ministérios do Planejamento e Gestão, da Fazenda, da Justiça, da Transparência e Controladoria-Geral da União e a Advocacia-Geral da União, que a referida lei trazia alguns dispositivos inconstitucionais e contrários ao interesse público.

Um dos vetos que chamou a atenção foi o artigo 25, que previa a chamada ação declaratória de validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa por razões de segurança jurídica de interesse geral, entendendo neste caso que, ao invés de se aprimorar o sistema, em verdade, a dita ação traria, na prática, maior insegurança jurídica e, ainda, acabaria por violar o princípio constitucional da independência e harmonia entre os poderes.

Apesar do veto, foram preservados dispositivos importantes que, agora em vigor, trarão uma mudança significativa na postura de todos os envolvidos na tomada de decisões na esfera administrativa, controladora e judicial.

Em razão da recente publicação da Lei nº 13.655/2018, questionamentos foram feitos por vários juristas do nosso país, o que anima a pesquisa pelo tema, tendo por escopo maior demonstrar o acerto ou não das inovações trazidas para a tomada de decisões nos órgãos de controle e os reflexos práticos daí decorrentes na Administração Pública, ou seja, se a lei, ao incluir mudanças significantes na atividade decisória dos órgãos de controle, trará avanços para a Administração Pública.

A segurança jurídica serve como pilar nesse cenário, seja porque é tratada pela lei como algo impositivo aos tomadores de decisão em processos na esfera administrativa, controladora e judicial, seja porque será nela que se chegará ao acerto ou não dessa nova sistemática estabelecida para se atingir melhores resultados na Administração Pública e o aprimoramento da gestão.

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O grande desafio da dissertação está justamente em demonstrar em que medida essa lei veio para aprimorar o ambiente decisório nos órgãos de controle e conferir segurança jurídica a todos os envolvidos. Tal percepção exigirá o exame de decisões das Cortes de Contas para se aferir o real sentido dessas mudanças e, acima de tudo, se essas alterações acabam por trazer melhoria para as relações firmadas com a Administração Pública e, conseqüentemente, para a eficiência do serviço público.

O assunto é novo, visto somente em artigos e comentários à nova lei, o que demonstra a necessidade de aprofundamento do tema. Foi sob essa perspectiva que nasceu a hipótese de trabalho: as inovações trazidas pela Lei nº 13.655/2018 melhoram a atividade decisória dos órgãos de controle e trazem reflexos diretos na Administração Pública.

O problema de pesquisa, nessa direção, é saber em que medida as inovações trazidas pela Lei nº 13.655/2018 podem aprimorar a atuação dos órgãos de controle e da administração pública.

O objetivo geral é analisar as alterações promovidas pela Lei nº 13.655/2018, os impactos na atividade decisória dos órgãos de controle decorrentes desta lei e os reflexos práticos daí decorrentes para a Administração Pública.

Na linha dos objetivos específicos estão inseridos: a) explicar a base motivacional que gerou a Lei nº 13.655/2018; b) analisar a importância da segurança jurídica dentro do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro e nos órgãos de controle; c) analisar as principais alterações trazidas pela Lei nº 13.655/2018 no tocante à atividade decisória dos órgãos de controle; d) avaliar os reflexos práticos trazidos para a Administração Pública decorrentes das mudanças promovidas pela citada lei, fazendo, inclusive, dentro desse cenário, um estudo de casos antes e depois da vigência da citada lei justamente para atestar essa avaliação.

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

No capítulo II são indicados o referencial teórico e a metodologia da pesquisa, ocupando-se o capítulo III com a contextualização da Lei nº 13.655/2018 e os órgãos de controle, em que é exposta a motivação que levou à sua aprovação e as premissas construídas pelo legislador infraconstitucional, descortinando-se assim a *mens legis* e a mensagem deixada para os órgãos de controle.

O capítulo IV, por sua vez, vem tratar do princípio da segurança no direito brasileiro e sua aplicação também aos órgãos de controle. A intenção é demonstrar o fundamento constitucional do princípio da segurança e seu significado, projetando-o para o ambiente dos órgãos de controle e da Administração Pública.

Em seguida, o capítulo V traz as mudanças trazidas pela Lei nº 13.655/2018 no tocante à atividade decisória dos órgãos de controle, iniciando com a vedação de utilização de valores jurídicos abstratos sem consideração às consequências práticas. Aqui o que pretende demonstrar é que decisões específicas, fundamentadas e trabalhadas caso a caso, geram campo fértil para a criação de um ambiente de segurança jurídica, de previsibilidade das decisões, diversamente do que ocorre quando se adota parâmetros e valores jurídicos abstratos, onde reina a situação de indefinição absoluta diante da abertura e alto grau de subjetividade dos conceitos empregados que possibilitam a aplicação em diversos vetores.

O item seguinte versa sobre a invalidação de atos, contratos e a necessidade de indicação das consequências jurídicas e administrativas dessa decisão, a fim de revelar a preocupação existente quanto aos efeitos das medidas adotadas no âmbito dos órgãos administrativos, de controle e judiciais, em que a *novel* legislação implementa uma sistemática de processo estrutural, mormente diante da situação de complexidade das relações que envolvem o controle da Administração Pública, que, por atingir situações e direitos diversos, necessitam invariavelmente de uma análise mais abrangente para fins de compatibilização dos interesses e necessidades, principalmente da própria Administração Pública.

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Outro item a ser trabalhado é a interpretação sobre normas de gestão pública e a necessidade de observar os obstáculos e dificuldade do gestor, tendo por finalidade demonstrar uma preocupação com o intérprete no mecanismo de interpretação das normas, exigindo-se dele quando se tratar de “normas sobre gestão pública” considere “os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrativos”.

Aspecto de igual relevância para o tema é tratado logo após no item regime de transição na tomada de decisão, impondo que, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, evitem-se percalços nas relações jurídicas já produzidas, estabelecendo-se que o novo padrão seja colocado sem malferir direitos ou causar prejuízo aos interesses gerais.

Ainda no capítulo das alterações trazidas pela lei também é tratada a revisão do ato ou contrato à luz da segurança jurídica, tendo por finalidade demonstrar que o regime de revisão de validade de ato ou contrato deve respeitar as situações jurídicas que tenham seu círculo de produção já encerrado.

O capítulo V encerra com o tópico sobre Celebração de Compromisso como saída consensual em conflitos gerados entre a Administração Pública e particulares, sendo um instrumento eficiente para a autocomposição dentro dos órgãos de controle, sob a perspectiva de eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, servindo de utilidade para que os órgãos de controle assumam uma postura de prevenção e diálogo na busca por serviços e políticas públicas eficientes.

No desenrolar no capítulo V também são trazidas as críticas ao novo modelo de decidir instituída pela referida lei, estabelecendo-se assim as duas visões sobre as alterações estudadas, como também são retratados aspectos da nova lei que

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

sinalizam uma abertura para o estímulo e preservação dos bons gestores que desejam inovar na Administração Pública.

Em seguida, propõe-se no capítulo VI um estudo de casos dos Tribunais de Contas, fazendo-se um confronto de decisões tomadas antes e depois da vigência da lei em casos semelhantes, para se averiguar os possíveis impactos gerados para a Administração Pública com as alterações trazidas pela Lei nº 13.655/2018 e de que modo suas disposições estão sendo efetivamente trabalhadas dentro dos órgãos de controle.

2. Metodologia e referencial teórico

Nos estudos desenvolvidos nos capítulos sobre a contextualização da Lei nº 13.655/2018, o princípio da segurança jurídica e as alterações introduzidas pela referida norma, utilizou-se a metodologia qualitativa, tendo como técnica de pesquisa a análise de livros e artigos que embasaram todas as inovações trazidas pela citada lei, fixando-se assim a base encontrada para as mudanças no plano da atividade decisória dos órgãos de controle, sem perder de vista as críticas geradas contra as novas disposições trazidas pela lei em referência.

Na parte central da dissertação alcançada no capítulo VI foi realizado um exame qualitativo de estudos de casos dos Tribunais de Contas da União e de alguns Estados da Federação, adotando-se a metodologia do contra factual para estudar possíveis impactos da nova norma.

Através dessa metodologia, buscou-se examinar e comparar casos que trazem a mesma questão decididos antes e depois da vigência da lei. Na comparação realizada entre os casos trazidos no capítulo VI da dissertação foi estabelecido como ponto diferencial (para análise contra factual) apenas e tão somente a utilização das alterações promovidas pela Lei nº 13.655/2018.

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A finalidade almejada, com o uso dessa ferramenta metodológica, foi justamente saber se com as alterações promovidas pela Lei nº 13.655/2019 houve impactos na Administração Pública diferentes daqueles gerados em casos que versaram sobre a mesma questão analisados antes da sua vigência.

Como a dissertação vem tratar de possíveis impactos da lei em destaque na atividade dos órgãos de controle, a Análise Econômica do Direito surge como referencial teórico na pesquisa, trazendo, como dito por Ivo Gico Jr.¹:

instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico.

Segundo Antônio José Maristrello Porto², a Análise Econômica do Direito pretende responder duas perguntas:

- a) Como o comportamento dos indivíduos e das instituições é afetado pelas normas legais?
- b) Em termos de medidas de bem-estar social definidas de forma rigorosa, quais são as melhores normas e como se podem comparar diferentes normas legais?

Dentro desse cenário, para o exame empreendido no estudo de casos objeto da pesquisa, o que se apresenta de interessante na Análise Econômica do Direito é o manuseio do conceito de eficiência no trato com as normas jurídicas, sob a perspectiva de que as decisões devem examinar ou correlacionar as normas jurídicas com o uso dos recursos públicos, de modo a ser estabelecer em que grau de atingimento as normas jurídicas trazem para a sociedade, seja quanto aos custos e

¹ GICO JR., I. Introdução ao Direito e Economia. In: Timm, L.B. Direito e Economia no Brasil. São Paulo, SP: Editora Atlas, 2012.

² PORTO, Antônio José Maristrello. Disponível em: <<https://docplayer.com.br/22122187-Analise-economica-do-direito-aed.html>>. Acesso em: abril.2019.

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

benefícios (eficiência objetiva), seja quanto aos sujeitos prejudicados e beneficiados (eficiência subjetiva).

Nessa temática, Fernando Meneguim e Pedro Felipe de Oliveira Santos³ oferecem valiosa contribuição quanto à adoção do critério de eficiência a ser trabalhado:

Para superar essa dificuldade, quando se discutem políticas públicas, adota-se outro critério de eficiência, o de Kaldor-Hicks, em que se reconhece a existência de ganhadores e perdedores nas modificações, sendo apenas exigido que o ganho total seja maior que a perda total para a alteração seja considerada eficiente. Em essência, essa é a técnica da análise de custo-benefício, ou seja, vale empreender uma mudança se os benefícios excederem os custos.

Em suma, uma lei é dita eficiente se os benefícios oriundos da norma compensam os custos impostos por ele, além desses custos serem os menores possíveis. Esse é o conceito que será utilizado a seguir, focando no fato de que a norma jurídica e decisões jurídicas, ao buscarem eficiência, devem procurar propiciar uma estrutura de incentivos adequada de forma a não acarretar desperdício de recursos.

É preciso destacar, dentro desse critério, que não se pretende substituir ou igualar o critério de eficiência com as balizas normativas que animam a busca pela justiça. Neste particular, Bruno Meyerhof Salama⁴ já adverte que:

A questão, portanto, não é tanto se eficiência pode ser igualada à justiça, mas sim como a construção da justiça pode ser beneficiar da discussão de prós e contras, custos e benefícios. Noções de justiça que não levem em conta as prováveis consequências de suas articulações práticas são, em termos práticos, incompletas.

O que se quer afirmar com isso é que a Análise Econômica do Direito pode servir de farol para se entender melhor como as questões imbricadas no sistema normativo serão solucionadas na prática dentro de uma compreensão mais racional e voltada para o exame também dos custos e benefícios da sociedade. Ou seja, a busca

³ MENEGUIM, F. B.; SANTOS, P. F. O. Há Incompatibilidade entre Legalidade e Eficiência? Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, ago/2013. Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em: abril.2019.

⁴ SALAMA, B. M. O que é “Direito e Economia”? Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/2793/2033>. Acesso em: abril.2019.

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

pela eficiência da norma deve ser norteadada por essa matéria, mas antes disso devem ser preservados os valores e princípios jurídicos (boa-fé, dignidade da pessoa humana, etc.) que deitam raízes na Constituição Federal e se irradiam por todo sistema jurídico.

As disposições da Lei nº 13.655/2018 estão alicerçadas na segurança jurídica e num olhar mais efetivo e proativo daqueles que exercem a atividade de decidir, controladoria ou judicial. O caminho para persecução dos seus objetivos, como será demonstrado em capítulo específico da dissertação, pode ser muito bem aproveitado com a utilização da Análise Econômica do Direito, notadamente quando dados expostos anteriormente a vigência da lei demonstram que⁵:

Na pesquisa “Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF”, Daniel Wang demonstra empiricamente a superficialidade argumentativa em decisões judiciais envolvendo direitos sociais, pois os julgadores praticamente não se atentam à escassez de recursos e aos custos do direito ... O fato de o controlador assumir a competência administrativa e de fato a exercer, sem esboçar grandes preocupações com as consequências de seus atos, foi bem endereçado por Eduardo Jordão, em estudo sobre a dinâmica de intervenção do TCU editais de licitação não publicados.

A lei trouxe inovações que buscam superar uma visão muitas vezes passiva dos órgãos de controle no âmbito da atividade decisória, agora exigindo dos Tribunais de Contas que adotem uma postura que considere os obstáculos e as dificuldades vivenciadas pelos gestores públicos, de modo a aquilatar melhor a gestão pública na suas mais variadas vertentes, abrindo-se portas para soluções mais eficientes em políticas e serviços públicos.

⁵ PALMA, Juliana Bonacorsi de. A proposta de Lei da Segurança Jurídica na Gestão e do Controle Público e as Pesquisas Acadêmicas. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/PALMA-Juliana-A-proposta-de-lei-da-seguran%C3%A7ajur%C3%ADdica.pdf>> Acesso em: fev.2019.

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

3. A contextualização da Lei nº 13.655/2018 e os órgãos de controle

As mudanças implementadas pela Lei nº 13.655/2018 tem ampla aplicação no âmbito de decisões administrativas, judiciais e também controladoras, surgida a partir de proposta acolhida e transformada no Projeto de Lei nº 349/2018 pelo eminente Senador Antônio Augusto Junho Anastasia. Explicando os motivos, o parlamentar mencionou que “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 assunto apenas para profissionais do Direito, mas para toda a sociedade.”⁶

A proposta, por sua vez, teve origem em pesquisa acadêmica da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP e do Grupo Público da FGV Direito SP⁷. Um dos entusiastas e responsáveis, Carlos Ari Sunfeld, fala da necessidade de um conjunto normativo com abrangência para todos os Poderes e órgãos constitucionais autônomos, e que também valesse para todos os entes da Federação, daí porque se pensou, em suas palavras, na lei nacional e geral de direito público.

No fundo, a instigação do legislativo provém da necessidade de acompanhar a evolução da sociedade, em que “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.”⁸. Isso tem gerado um quadro de

⁶ SUNDFELD, CARLOS ARI. Uma Lei Geral Inovadora para o Direito Público. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniaoe-analise/colunas/controle-publico/uma-lei-geral-inovadora-para-o-direito-publico-01112017>. Acesso em: abril.2019.

⁷ SUNDFELD, CARLOS ARI. Uma Lei Geral Inovadora para o Direito Público. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniaoe-analise/colunas/controle-publico/uma-lei-geral-inovadora-para-o-direito-publico-01112017>. Acesso em: abril.2019.

⁸ MARQUES NETO, Floriano Azevedo; MOREIRA, Egon Bockmann. Uma Lei para o Estado de Direito Contemporâneo. Disponível em: <http://antonioaugustooanastasia.com.br/wp-content/uploads/2015/09/segurancajuridica.pdf>. Acesso em: abril.2019.

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

insegurança jurídica que provoca inquietação, principalmente no meio jurídico e empresarial.

E, portanto, a intenção de criação da referida lei é, a partir de fragilidades verificadas no sistema jurídico atual, e notadamente quanto ao modo, por vezes, inconsequente, de agir dos órgãos encarregados de exercer o controle das atividades estatais, criar uma dinâmica de observação dos atos, contratos, e situações de modo geral, mais abrangente e não limitado apenas à letra fria da lei, exteriorizando as razões e fundamentos, assim como as consequências e possíveis soluções.

A ideia de capacidade de resolução de todas as demandas sociais apenas a partir da aplicação da lei tem se mostrado ineficiente, sobretudo no mundo moderno, em que se conta com uma “máquina administrativa” enorme, a quem se incumbe dar cabo a uma infinidade de obrigações, sob os contornos de múltiplos regulamentos legais, que, por vezes, alteram-se ao bel prazer do momento, além da constante fiscalização dos órgãos que a integram, cuja atuação, também, promove direcionamentos e gera expectativas.

Tudo isso vai ao ensejo da dinâmica do mundo moderno e constante mutabilidade das relações sociais, como bem diz os já mencionados juristas⁹:

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), plurissubjetivo (relações multilaterais, coletivas e difusas) e diacrônico (as futuras gerações). Nesse cenário, assumem forte relevância a segurança e a eficiência.

É convergente a ideia de que “inovar no Brasil para gestores públicos não é apenas difícil, é também extremamente perigoso e desafiador, diante de modelos

⁹ MARQUES NETO, Floriano Azevedo; MOREIRA, Egon Bockmann. Uma Lei para o Estado de Direito Contemporâneo. Disponível em: <<http://antonioaugustoanastasia.com.br/wp-content/uploads/2015/09/segurancajuridica.pdf>>. Acesso em: abril.2019.

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

jurídicos inflexíveis e da insegurança jurídica instaurada muitas vezes por aqueles que detêm poder de controle — o que torna essa tarefa um encargo para poucos e corajosos.”¹⁰. Thiago Priess Valiati diz o seguinte¹¹:

Como dito, um dos principais pressupostos da Nova Lei de Introdução consiste na confiança no gestor público de boa-fé para inovar na Administração. Assim, a Lei reflete a necessidade de se conferir maior segurança para a atuação dos gestores, que atualmente temem serem alvo de responsabilização pessoal por mero entendimento divergente do controlador, sobretudo diante da intensa proliferação legislativa no que toca à possibilidade de incidência de sanções aos servidores públicos. Hoje, no Brasil, gestores frequentemente percebem sua capacidade de inovar na Administração ser tolhida por orientações de controladores que simplesmente discordem de sua interpretação.

Tem-se, assim, a chamada paralisia decisória: gestores públicos não decidem e não tomam medidas mais ousadas porque possuem o medo (ou seria pavor?) de que o controlador enquadrará a conduta como ilegal, ou como ímproba, em face do amplíssimo artigo 11 da LIA. Trata-se do denominado “Direito Administrativo do Medo”, temática que foi exaustivamente abordada no XIX Congresso Paranaense de Direito Administrativo e que instigou a elaboração deste ensaio, sobretudo diante de algumas injustas críticas que a Lei n.º 13.655/2018 recebeu de alguns palestrantes.

Exige-se, a partir dos ditames da nova lei, por parte de todos os órgãos encarregados de exercer o controle das atividades estatais, seja na própria esfera interna do órgão respectivo, ou no âmbito judicial e órgãos de controle, uma atuação voltada a proporcionar um ambiente de segurança jurídica aos administrados, que não apenas reconheça a irregularidade do ato, mas aponte consequências e até soluções, bem como que sinalize de forma clara os resultados de determinada forma de agir e mantenha coerência e constâncias nas atuações futuras, num ambiente que exale previsibilidade.

¹⁰ RODRIGUES, Lucas de Faria. As confluências entre a nova Lindb e o marco regulatório da ciência e tecnologia. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-01/lucas-rodrigues-lindb-marco-regulatorio-ciencia-tecnologia>. Acesso em: abril.2019.

¹¹VALIATI, Thiago Priess. O impacto da Nova Lei de Introdução (L. 13.655/18) na aplicação da LIA: o desestímulo ao direito administrativo do medo. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colonistas/thiago-priess-valiati/o-impacto-da-nova-lei-de-introducao-l-13655-18-na-aplicacao-da-lia-o-desestimulo-ao-direito-administrativo-do-medo>>. Acesso em: abril.2019.

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

É exatamente nesse contexto que se situam os Tribunais de Contas, enquanto órgãos responsáveis por exercer o controle das atividades estatais, de relevante papel no âmbito da administração pública, cujas atribuições contam inclusive com disposição constitucional, averbada nos artigos 70 a 75, da Carta Maior. Não há dúvida da importância que possuem, cuja função é explicitada por Jorge Ulisses Jacoby Fernandes¹² nos seguintes termos:

A função que exerce é, como ensina o Ministro Ivan Luz, de “jurisdição fiscal e judicante, por soberana decisão constitucional”. Embora ainda se discuta sobre a natureza das funções, sem dúvida é essa a síntese que mais se adequa ao direito constitucional positivo. É a função de fiscalização, exercida com esteio na legalidade dos atos e com capacidade de julgar definitivamente questões no âmbito de sua competência privativa. Após apreciar os atos com base na lei, essa especialíssima corte ainda o submete a um exame de economicidade e legitimidade. Por esse motivo, embora discreto na sua atuação, tantas vezes se aproxima mais da Justiça almejada pelo povo na aplicação dos recursos públicos, muito se afina com os princípios da ética no bom emprego dos impostos.

Dentre as competências dos órgãos de controle constam a fiscalizatória, judicante, sancionadora, consultiva, informativa, corretiva, normativa, e a de ouvidoria¹³.

Nessa perspectiva de gerar confiança e previsibilidade das ações estatais, a Lei nº 13.655/2018 traz um conjunto de dispositivos com exigências direcionadas, no mais das vezes, aos órgãos responsáveis pela apreciação das ações administrativas. Tenta-se implementar um sistema jurídico que se preocupe em analisar o caso de forma específica, em todos os seus contornos, e considerando inclusive os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo,

¹² FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência. 1ª ed. 2ª tiragem. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

¹³ CAPOBIANCO, Juan Marcello. Composição e atribuição dos tribunais de contas no Brasil. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6965/Composicao-e-atribuicoes-dos-tribunais-de-contas-no-Brasil>>. Acesso em: abril.2019.

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

considerando inclusive as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

Acerca disso, digno de nota citar a aplicação, pelo Egrégio Tribunal de Contas da União, da previsão existente na nova lei de que o agente público só responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro. É o que se observa do Acórdão nº 1.628/2018 – Plenário do Tribunal de Contas da União -, em que o Ministro Benjamin Zymler utilizou tal conceito para deixar de sancionar um servidor municipal, levando em consideração, dentre outros motivos, a situação fática que permeava a prática da conduta supostamente irregular.

4. Princípio da Segurança Jurídica

4.1 O princípio da Segurança Jurídica no direito brasileiro

Na atualidade, tem-se um panorama fático de franca evolução das relações sociais havidas entre os cidadãos, muito disso em decorrência das peculiaridades do mundo moderno, cuja dinâmica e multiplicidade de acontecimentos dão ensejo à produção em larga escala de novas legislações, decisões e regramentos em geral, tendentes a acompanhar o intenso ritmo do mundo globalizado.

Esse contexto vem a reforçar cada vez mais o amplo protagonismo do princípio da segurança jurídica no mundo jurídico vigente, mormente quando, a todo instante, novos padrões são estabelecidos, e, não raras vezes, completamente diversos de outros anteriormente estatuídos, tornando extremamente complexa a relação dos cidadãos, tanto entre si, como principalmente perante o Poder Público.

Todo esse contexto vai ao ensejo de uma demanda cada vez maior por estabilidade e previsibilidade das ações estatais, para que isso irradie por todo o sistema jurídico e assim possam ser estabelecidas sólidas relações sociais, comerciais e patrimoniais, sem maiores temores, ou receio de surpresas futuras.

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O raciocínio que se tem no direito brasileiro atual é que o sistema jurídico não pode ser algo fechado e imutável, voltado apenas a fazer cumprir cegamente a lei, sem considerar os comportamentos havidos no seio do comando estatal, mas algo dinâmico e em sintonia com a mutabilidade das relações sociais, pois só assim se alcançará, com êxito, o intento maior do direito voltado a proporcionar a paz social.

Portanto, o sistema jurídico brasileiro partiu de uma visão estabelecida na atenção irrestrita aos comandos da lei, para outra mais ampla, que não se contenta com isso apenas, mas também com as relações sociais e situações fáticas perpetradas no decurso do tempo, responsáveis, naturalmente, por criar expectativas, que, por sua vez, não podem ser simplesmente desprezadas, principalmente quando geradas a partir de atuação do próprio órgão público.

Hodiernamente, parte-se do pressuposto de que a atuação dos entes estatais representados por seus órgãos regularmente constituídos repercute no mundo dos fatos, traz consequências, gera expectativas, e não pode ser simplesmente ignorada ao alvedrio de modificações legislativas ou até mesmo decisórias, tão comuns, e cada vez mais intensas na atualidade. Ao contrário, deve ser considerada e ponderada por ocasião da análise do caso em si.

Aí se insere o princípio da segurança jurídica no direito pátrio.

Não em vão, assim como princípio da legalidade o é, também se considera a segurança jurídica como subprincípio Estado de Direito, possuindo importância fundamental à boa evolução das relações comerciais e sociais como um todo. Nesse particular, cite-se o saudoso Hely Lopes Meirelles¹⁴, a saber:

O princípio da segurança jurídica é considerado como uma das vigas mestras da ordem jurídica, sendo, segundo J. J. Gomes Canotilho um dos subprincípios básicos do próprio conceito do Estado de Direito. Para Almiro

¹⁴ MEIRELES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro / Hely Lopes Meirelles, José Emmanuel Burle Filho. 43 ed. / atual. até a Emenda Constitucional 99, de 14.12.2017. São Paulo: Malheiros, 2018.

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

do Couto e Silva, um “dos temas mais fascinantes do Direito Público neste século é o crescimento da importância do princípio da segurança jurídica, entendido como princípio da boa-fé dos administrados ou da proteção da confiança. A ele está visceralmente ligada a exigência de maior estabilidade das situações jurídicas, mesmo daquelas que na origem apresentam vícios de ilegalidade. A segurança jurídica é geralmente caracterizada como uma das vigas mestras do Estado de Direito. É ela, ao lado da legalidade, um dos subprincípios integradores do próprio conceito de Estado de Direito” (RDA 204/24 e 237/271). A Lei 9.784, acima referida, determina a obediência ao princípio da segurança jurídica (art. 2º).

Não por outro motivo, ainda que não esteja de forma explícita, é possível verificar a presença do referido princípio dentre as disposições da Carta Maior, como é o caso do artigo 5º, inciso XXXVI, ao exercer expressa proteção à coisa julgada e o ato jurídico perfeito, como também noutras legislações federais espaçadas, a exemplo do que consta no artigo 2º, inciso XII, da Lei nº 9.784/1999.

A sua aplicação, no entanto, não fica limitada apenas a esse viés de produção e inovações legislativas, expandindo-se perante todo o sistema jurídico vigente, inclusive no âmbito das decisões judiciais, estas que, a partir de uma determinada orientação ou interpretação, também assumem o condão de gerar expectativas, padrões de atuação e comportamentos aos administrados. Não se pode supor que fiquem ao alvitre subjetivo do julgador ou do momento da tomada de decisão.

Na verdade, há um clamor cada vez mais intenso da sociedade jurídica pátria por um sistema em que os poderes públicos constituídos, em todas as suas esferas, atuem de forma coerente, principalmente com as suas próprias ações. Encampa-se a ideia de que a previsibilidade das atividades estatais é essencial ao bom funcionamento da máquina administrativa, notadamente a se entender que as pessoas, em seus diversos ramos de atuação, sejam lá como gestores públicos ou empresários, sentir-se-ão mais encorajadas a inovar, a investir, a arriscar, e assim a sociedade tende a evoluir rumo à garantia da paz social.

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Atualmente, o princípio da segurança jurídica tem amplo reconhecimento e aplicação perante o sistema jurídico pátrio, havendo julgados do próprio Supremo Tribunal Federal, já nos idos do ano de 2003, por ocasião do julgamento de ação cautelar (Pet.-MC n^o 2.900), quando decidiu pela impossibilidade de anulação do ato em homenagem à boa-fé e à segurança jurídica. Ou ainda, mais adiante, no julgamento de mandado de segurança (MS n^o 24.268/MG), em que o Eminentíssimo Ministro Gilmar Mendes, designado a lavrar o voto, após citar diversos excertos doutrinários, concluiu (pág. 19): “Como se vê, em verdade, a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria ideia de justiça material.”

De tal modo, segundo essa sistemática jurídica cada vez mais em evidência, a análise deve partir do entendimento não mais limitado, de obediência irrestrita à legalidade, mas, ao reverso disso, deve exercer ponderação sobre os interesses jurídicos envolvidos, considerando-se também a atuação adotada pelos órgãos estatais no decurso do tempo. É dizer, o olhar do sistema jurídico vigente deve ser amplo, adotando-se o entendimento que melhor compatibilize os valores jurídicos envolvidos, visando proporcionar estabilidade e coerência à atuação estatal.

E, portanto, a visão moderna da atuação estatal, fincada no Estado de Direito, parte da concepção da impossibilidade de se alcançar os fins sociais tão almejados a partir da mera reprodução de leis e entendimentos, ao sabor do momento e contexto em que forem confeccionados, para dar lugar aos resultados e efeitos dos atos no mundo dos fatos, respeitadas a boa-fé e a legítima confiança dos administrados, tanto em suas relações entre si como perante o Poder Público.

4.2 Princípio da Segurança Jurídica nos órgãos de controle

Atividades de controle para exame, averiguação, inspeção, dentre outras mais específicas, são funções típicas da administração pública, exercida não apenas pelos

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

órgãos de controle em essência, mas também no âmbito interno dos próprios órgãos. E, aliás, numa visão *latu*, a própria separação dos poderes exprime a ideia de controle mútuo dos poderes regularmente constituídos.

Mas, como característica própria, têm-se os Tribunais de Contas como órgãos direcionados a tal mister, cujos poderes e atuação foram sensivelmente ampliados a partir da Constituição de 1988, constantes na seção IX – Da Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária. Enquanto órgão independente e com competências bem definidas, desvinculados de quaisquer dos poderes constituídos, tem a importante missão de auxiliar o regular funcionamento das atividades estatais.

O artigo 70 apresenta a sistemática de controle interno e externo a ser exercido sobre os poderes, assim como o artigo 71, onde estão estabelecidas as competências do Tribunal de Contas da União. No exercício dessas atividades, como não poderia deixar de ser, os órgãos de controle se deparam com situações das mais diversas, próprias, e decorrentes da atual conjuntura de rápidas e constantes mudanças sociais, as quais, não custa reiterar, ensejam efervescente produção legislativa e também de decisões.

E, nesse contexto, os órgãos de controle vêm conferindo relevância cada vez maior ao princípio da segurança jurídica, muito disso também a partir do amplo reconhecimento e importância que se dá na sistemática jurídica vigente, atualmente propagada pelo próprio Supremo Tribunal Federal. Diversos os julgados em que os órgãos de controle, em especial o Tribunal de Contas da União, fazem menção aos entendimentos reiterados da Corte Suprema acerca da relevância e necessidade de se considerar o princípio da segurança jurídica, evidenciando que vem sendo aplicado com vistas a propiciar estabilidade às relações havidas.

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Nesse sentido, interessante julgado do Tribunal de Contas da União¹⁵:

PESSOAL. APOSENTADORIA CONSOLIDADA. DEFERIMENTO DE UMA APOSENTAÇÃO HÁ MAIS DE 13 ANOS, CONTADOS DA AUTUAÇÃO DE PROCESSO ESPECÍFICO NO ÂMBITO DESTA CORTE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA EM SUA DIMENSÃO SUBJETIVA CONSAGRADA PELO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA. PRECEDENTES DO STF E DO TCU. CONSOLIDAÇÃO DE SITUAÇÕES FÁTICAS, IRREGULARES, EM FACE DO LONGO TEMPO TRANSCORRIDO ENTRE A PUBLICAÇÃO DOS ATOS E A APRECIÇÃO POR PARTE DO TCU. MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. ATOS CONSIDERADOS LEGAIS. REGISTRO DO ATO. CONSIDERAÇÕES. ANALOGIA AO ART. 5º, § 4º, DA IN TCU Nº 56/2007. ALTERNATIVAS.

1. Constatada em ato concessório de aposentadoria ou de pensão ilegalidade que o macule, mas decorrido longo lapso temporal entre a data de publicação e a sua apreciação por parte do TCU, e desde que o beneficiário não tenha, de algum maneira, contribuído para a ocorrência, tendo se limitado a agir na esteira da boa-fé, é possível, no caso concreto, a aplicação dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança em favor do interessado a fim de julgar o ato legal e conceder-lhe o registro, objetivando evitar a sua reversão à ativa e/ou redução de seus proventos.

2. Na hipótese de demora, por parte da Administração, do envio, por meio do sistema informatizado competente, do ato de pessoal de admissão e/ou de concessão sujeito à apreciação do TCU, para fins de registro, cabe o exame de eventual desídia do gestor que deu causa, deliberadamente, à irregularidade, objetivando a apuração da responsabilidade para fins da aplicação das sanções previstas na Lei n.º 8.443/2002.

(Tribunal de Contas da União, TC nº 007.028/2009-7, Acórdão nº 868/2010, Relator Augusto Nardes, Data da Sessão 28/04/2010, Ata nº 13/2010)

Nesse mesmo acórdão, no decorrer do voto proferido, tem-se:

Outro trecho bastante interessante, que afirma a necessidade de esta Corte ponderar o princípio da segurança jurídica, ao apreciar atos sujeitos a registro, destaquei do Voto Revisor do atual Ministro-Presidente Ubiratan Aguiar, proferido no Acórdão nº 1.306/2003-TCU-Plenário, quando assim se manifestou em relação à segurança jurídica e o princípio da legalidade:

“10. Observo, contudo, que a necessidade de observância de circunstâncias específicas, inerentes a cada um dos concretos examinados por esta Corte autoriza o aplicador do direito - sempre trafegando dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico - a considerar a forma como se vinha

¹⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/pesquisa/acordao-completo/702820097.PROC>> Acesso em: fev.2019.

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

interpretando determinada norma, em momento pretérito. Tal faculdade encontra amparo na busca da preservação da segurança jurídica (por vezes o intérprete enfrenta o desafio de conciliar, em sua decisão, o valor da segurança jurídica e o princípio da legalidade).

11. Nunca é demais observar que o valor segurança jurídica pode ser identificado, com bastante clareza, no comando contido no inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal, onde se estipulou que ‘a lei não prejudicará o direito adquirido o ato jurídico perfeito e a coisa julgada’. Impõe-se, por esse motivo, reconhecer que o ato de levar em conta o modo pelo qual vinha o Tribunal deliberando acerca de dada matéria não configura afronta ao modelo jurídico vigente em nosso país. É bem verdade, contudo, que a tal fator não se pode pretender conferir caráter imperativo. Consubstancia-se apenas como um dos elementos a serem considerados pelo aplicador do direito, ao apreciar cada um dos casos que lhes são submetidos.”

O Eminentíssimo Relator Augusto Nardes, em voto complementar, após divergência apresentada pelo Exmo Ministro Walton Alencar Rodrigues, enfatizou:

2. Ela se caracteriza numa inquietude quanto ao suposto ônus que poderá recair sobre a Seguridade Social, a ser suportado pela sociedade, caso esta Corte sufrague o entendimento que estou sugerindo no sentido da possibilidade de julgamento, com base nos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança do beneficiário, pela legalidade dos atos de pessoal sujeitos a registro que, apesar de eivados de vício, tenha decorrido desde a sua publicação longo lapso temporal até sua apreciação por parte do TCU, e desde que o beneficiário não tenha, de alguma maneira, contribuído para a ocorrência, tendo se limitado a agir na esteira da boa-fé.

3. Sem embargo de igual modo me preocupar com tal questão, até pelo fato de assim como Sua Excelência tomar assento neste Colegiado, o qual tem por missão constitucional zelar pela boa e regular aplicação dos recursos federais, julgo que o argumento da saúde das finanças públicas não deve servir de balizamento para se afastar o princípio da segurança jurídica, tantas vezes consagrado em nosso ordenamento jurídico-constitucional, quando justamente apreciamos casos concretos relacionados com cidadãos, os quais devem ser os destinatários da ação do Estado, cuja existência justifica-se senão para atender o bem público, cristalizado este, muitas vezes, na análise dos casos individualizados.

Desses excertos, constantemente reiterados, especialmente na apreciação desses casos envolvendo aposentadoria, constata-se entendimento reiterativo por parte da Egrégia Corte de Contas, citando-se, no mais das vezes, precedentes do Supremo Tribunal Federal, todos sinalizando a necessidade de proporcionar segurança jurídica às relações, principalmente perante o próprio Poder Público.

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Por oportuno, é muito importante que os órgãos de controle estejam cada vez mais alinhados a essa perspectiva moderna de prestígio à segurança das relações, mormente enquanto órgãos encarregados de exercer fiscalizações, formular recomendações e inclusive julgamentos, pois só assim se efetivará a real sensação de confiança, especialmente nas relações com, e entre, os Poderes Públicos, através de atuações coerentes e que evidenciem uma constância, a dar ensejo à necessária situação previsibilidade capaz de gerar confiança.

5. Aspectos relevantes da Lei nº 13.655/2018 no regime decisório dos órgãos de controle

5.1 A vedação de utilização de valores jurídicos abstratos

Dentro desse contexto de implantação de um sistema jurídico capaz de gerar um ambiente de confiança, através da Lei nº 13.655/2018, o legislador estabeleceu a necessidade de apreciação ampla e individualizada por ocasião das análises levadas a efeito pelos órgãos incumbidos, inclusive com a avaliação das consequências práticas da decisão, caso utilizados valores jurídicos abstratos¹⁶.

Necessário enfatizar que a garantia de motivação das decisões judiciais possui natureza de direito fundamental, e a própria Constituição Federal, em seu artigo 93, IX, estabelece-a como dever. E ainda que não houvesse, o princípio da motivação não deixaria de ser um direito fundamental do jurisdicionado; é consectário do devido processo legal e manifestação do Estado de Direito.¹⁷

¹⁶ Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

¹⁷ DIDIER JR. Fredie. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/sobre-a-fundamentacao-da-decisao-judicial.pdf>>. Acesso em: fev.2019.

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Sobre a importância da motivação, Juarez Freitas¹⁸:

Em primeiro lugar, só uma motivação consistente oferece razões aceitáveis, isto é, universalizáveis e satisfatórias, para além do formalismo. (...) Portanto, *motivar é oferecer razões imparciais, universalizáveis e aceitáveis, em vez de sucumbir ao culto das emoções autocentradas.* Em segundo lugar, a motivação impõe-se para eficácia do princípio da impessoalidade. O dever de motivar propicia a inversão do predomínio das vontades particulares e a afirmação de uma era na qual o complexo interesse público experimente chances reais, não retóricas, de primazia na eleição das premissas de gestão estatal. “Em terceiro lugar, a motivação tende a impedir que prejuízos e danos juridicamente injustos afetem direitos de terceiros. (...) Em quarto lugar, o dever de motivação *ampara as expectativas legítimas e se mostra útil à criação de ambiente seguro e confiável para as relações administrativas de longo prazo.*” Planejamento combina com racionalidade dialógica, não com pressões do imediato; motivação tende assegurar continuidade e estabilidade das políticas públicas. Motivação adequada estabelece postura pluralista, dialética e não-adversarial, em lugar da imposição odiosa e arbitrária, indiferente ao cidadão. (...) Por tudo, a não-fundamentação, apesar da presunção (cada vez mais) relativa de legitimidade dos atos administrativos, traduz-se como erro suficiente a ensejar a anulação.

Nessa pegada, a ideia da nova legislação é consolidar um sistema que privilegie a segurança das relações havidas, capaz de ensejar a previsibilidade da atuação estatal. Impõe-se aos órgãos julgadores, assim abrangidos também os de controle, a observância dos detalhes do caso apreciado, e inclusive as consequências que, da declaração de nulidade, possam advir, vedada a utilização isolada de preceito jurídico abstrato, dissociado da realidade vivenciada.

De um lado, se o órgão fiscalizatório entende que determinado ato foi irregular, haverá de se ter um amparo para tal conclusão, e, portanto, dificuldade nenhuma haveria quanto à exposição das consequências, necessidade e adequação da medida eventualmente imposta ou da invalidação do ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, dentre outras situações, enquanto outros, contrários à inovação, falam

¹⁸ FREITAS, Juarez. Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

das incertezas que disso decorrerão, a pretexto de impor desarrazoado exercício de futurologia aos órgãos controladores, suficiente a propiciar mais insegurança jurídica.

Em alinhamento aos desejos dos proponentes da legislação, e acreditando que proporcionará grandes benefícios, Juliana Bonacorsi de Palma¹⁹ expõe o seguinte:

O PL da Segurança Jurídica reconhece que a Administração Pública interpreta e confere “peso” a essa interpretação. Argumentos “superficiais e leves” – fundamentados em valores jurídicos abstratos ou com motivação insuficiente – não podem, desse modo, afastar a interpretação administrativa. Na medida em que apenas uma decisão controladora “pesada” pode afastar a interpretação administrativa, o PL prevê ônus argumentativos ao controlador.

Ônus argumentativos não se confundem com vedações ou proibições. O controlador pode tomar a decisão que julgar ser a mais acertada, mas, para fazê-la validamente, terá que demonstrar os elementos do raciocínio empregado que o PL especifica. Os ônus argumentativos que o PL da Segurança Jurídica apresenta se encaixam em dois blocos de cenários argumentativos:

[...]

Uma segunda reflexão corresponde à lógica dos ônus argumentativos: por que o PL da Segurança Jurídica cria essa ordem de sujeições aos controladores? A preocupação aqui está no fato, constatado empiricamente, que não raro o controlador assume a competência administrativa. O deslocamento da competência da esfera administrativa para a esfera controladora implica não apenas na transferência de poderes decisórios e suas prerrogativas, mas também de todas as sujeições que incidem sobre o gestor público. Todos os ônus acima relacionados são operacionalizados na gestão pública. Quando o controlador se coloca na posição de gestor para revisar o conteúdo de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, é oportuno que esteja na exata posição em que se encontra o gestor público. Do contrário, perde a sociedade: a ação administrativa pode ser desconstituída sem o mesmo peso de sua construção ou a interpretação qualificada do gestor é substituída pela controladora sem as mesmas características de tecnicidade e aplicação que fez com que o Legislador originalmente conferisse a competência e a preferência interpretativa à Administração. Em síntese, o Brasil precisa de decisões de peso.

[...]

O art. 20 e o art. 21 do PL da Segurança Jurídica devem ser lidos como testes de deferência. Se diante de uma concessão de serviço público o controlador não conseguir indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e

¹⁹ PALMA, Juliana Bonacorsi de. A proposta de Lei da Segurança Jurídica na Gestão e do Controle Público e as Pesquisas Acadêmicas. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/PALMA-Juliana-A-proposta-de-lei-da-seguran%C3%A7a-jur%C3%ADdica.pdf>> Acesso em: fev.2019.

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

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 a 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.

Em sentido contrário, entendendo-se que a inovação legislativa propiciará mais prejuízos que benefícios, alguns põem em dúvida a efetividade e êxito do dispositivo legal. Um deles é Fernando Leal²⁰, que faz as seguintes ponderações:

Trabalhar com consequências em processos de tomada de decisão jurídica envolve dois tipos distintos de incerteza. O primeiro se localiza na dimensão positiva ou descritiva do raciocínio. Em tese, o que o PL sugere é que tomadores de decisão devem ser capazes de antecipar os efeitos futuros de alternativas de decisão. A questão aqui é como controlar essas prognoses. Como torná-las confiáveis, e não produtos de especulações intuitivas sobre o futuro?

O segundo tipo de incerteza diz respeito à dimensão normativa do raciocínio. Uma vez identificadas as consequências vinculadas a cada alternativa decisória, o tomador de decisão deve indicar um critério com base no qual ordenará as consequências para, só então, justificar a sua preferência por determinado curso de ação. No caso do artigo 20, não está claro se esse critério de valoração é o princípio vago que o decisor pretende adotar ou algum outro, como segurança jurídica, igualdade ou eficiência. E, não estando claro o critério de valoração, o problema é que o tomador de decisão segue livre para ranquear as consequências à sua maneira. Além disso, ainda que os critérios de valoração estejam fixados na lei (esses poderiam ser os casos de “proporcionalidade” e “interesses gerais” quando olhamos para o art. 26), como são termos vagos, nada impede que a indeterminação das suas prescrições reabra exatamente os problemas com os quais o PL pretende, no fundo, lidar. Finalmente, o projeto de lei não apresenta qualquer proposta para domesticar as incertezas que possam eclodir quando diferentes critérios de valoração de estados do mundo podem sustentar decisões opostas para o mesmo caso.”

²⁰ LEAL, Fernando. Considerar as consequências das decisões resolve? Uma análise crítica do PL 349/15. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-leal/considerar-as-consequenciasdas-decisoes-resolve-uma-analise-critica-do-pl-34915>>. Acesso em: abril.2019.

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Também relutante às alterações introduzidas pela nova legislação, o consultor jurídico do Tribunal de Contas da União, Odilon Cavalcanti de Oliveira, em obra conjunta²¹, aponta as seguintes impressões:

Com fundamento no que se afirmou até aqui, é correto concluir que dar ênfase às consequências práticas como critério principal de decisão nas esferas controladora e judicial traz o risco de produzir um cenário de profunda insegurança jurídica para todos. Disso decorre a importância de se proceder a uma leitura do art. 20, no tocante às consequências práticas, que harmonize esse comando normativo com a Constituição Federal, de modo a se evitar a produção de resultado inverso ao que se proclamou como justificativa para a sua edição, ou seja, insegurança jurídica.

Não é razoável admitir que cada julgador, seja na esfera controladora ou judicial, faça sua avaliação subjetiva e pessoal sobre quais seriam as melhores consequências práticas para cada caso concreto, o que certamente provocaria enorme insegurança jurídica. Proceder dessa maneira seria retornar ao jusnaturalismo, período no qual cada juiz aplicava o seu critério de justiça, o que favoreceu o surgimento de um cenário de alta insegurança jurídica e, por esse motivo, provocou, como reação, o surgimento do positivismo jurídico.

Na atual quadra, seria um retrocesso admitir o uso da discricionariedade do julgador, seja o de contas ou o judicial, para decidir de acordo com as consequências práticas que lhe aprouvesse ou, pior, segundo a pauta do governo da ocasião. Adotar aludida técnica de decisão implicaria jogar no lixo, sem cerimônias, a própria Constituição Federal e toda a deferência que, após longos anos de luta, o Constituinte originário teve a oportunidade de aplicar em relação aos direitos fundamentais e à força normativa dos princípios que, conforme defendido por Ronald Dworkin, são importantes instrumentos para a integridade do direito.

Enfim, a novel legislação nasce nesse cenário em que, como de se esperar, dúvidas são postas acerca da efetividade e alcance dos objetivos que lhe motivaram, mormente a segurança jurídica e fomento à inovação.

Mas, independentemente dessas discussões, é certo que a iniciativa legislativa ocasionará, no mínimo, um zelo maior por parte dos órgãos controladores por ocasião das apreciações realizadas, e essa perspectiva de preocupação com todo o entorno da tomada de decisão gera campo fértil para um ambiente de segurança jurídica, de

²¹ PINTO, Élica Graziane et. al. Política Pública e Controle: um diálogo interdisciplinar em face da Lei nº 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. et. at. Belo Horizonte: Fórum, 2018. Pág. 47.

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

previsibilidade, diversamente do que ocorre quando adotados parâmetros e valores jurídicos abstratos, onde reina a situação de indefinição absoluta.

5.2 A invalidação de atos e contratos e a necessidade de se indicar expressamente as consequências jurídicas

A novel legislação, conhecida por trazer disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, traz ainda a necessidade de se indicar as consequências jurídicas e administrativas por ocasião da decretação de nulidade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, indo ao ensejo da moderna tendência de busca pela eficiência da atividade estatal²².

Nesse sentido, a tônica estabelecida é propiciar a máxima eficiência administrativa, no sentido de que a decretação não leve ao ensejo de uma paralização indefinida da situação alvo da invalidação, e, por corolário, proporcione a segurança jurídica tão almejada na moderna sistemática jurídica.

A convergência quanto ao amplo aparelhamento e participação dos órgãos controladores no âmbito das relações administrativas havidas trouxe algumas disfuncionalidades, mormente diante da ideia amplamente difundida de que quanto maior a incidência de controles, maior a certeza de que a administração pública atue dentro da legalidade, sem que se atribua ao órgão controlador qualquer dever de preocupação com os efeitos práticos, e futuros, de suas deliberações. E, diante disso, dificilmente se enxerga uma deliberação de viés prospectivo.

²² Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, 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.

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

É a expressão de um viés de administrativo contemporâneo, voltado a analisar as situações sob o panorama consequencialista, de análise de resultados e busca incessante da máxima eficiência administrativa. Não se pode negar a interferência do fator econômico na questão, o que se alinha à moderna sistemática jurídica de busca por resultados, com influência significativa. Sobre o assunto, pertinentes as considerações de Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas:²³:

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 comparar os 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 *common law*, denominada Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*). Cuida-se de uma análise consequencialista, na medida em que ela leva em consideração as consequências futuras (em termos probabilísticos), com um viés prospectivo. Mais especificamente, ela tem por objetivo racionalizar as escolhas dos agentes para que sejam tomadas decisões que produzam eficiência. Todo esse ferramental vem, cada vez mais, sendo objeto de estudos doutrinários no Brasil.

Sobre o assunto, Ergon Bockmann Moreira²⁴:

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

²³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Jurídica). Belo Horizonte: Fórum, 2019. Pág. 46-47.

²⁴ MARQUES NETO, Floriano Azevedo; MOREIRA, Egon Bockmann. Uma Lei para o Estado de Direito Contemporâneo. Disponível em: <<http://antonioaugustooanastasia.com.br/wp-content/uploads/2015/09/segurancajuridica.pdf>> Acesso em: fev.2019.

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

em terceiros (presentes e futuros; locais, regionais, nacionais e globais). Pode agravar outras situações jurídicas, as quais darão nascimento a feixes descontínuos de direitos subjetivos (ou à configuração objetiva de direitos coletivos e/ou difusos).

Noutro trecho, acrescenta o seguinte:

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.

Por outro lado, há quem diga que a inovação tenha que ser encarada com temperamentos, como bem destaca o eminente Cláudio Ricardo Silva Lima Júnior²⁵:

Evidentemente, ambas as normas contemplam certo idealismo. Em casos complexos, e, mormente, naqueles com repercussão geral, aptos a alcançar uma multiplicidade de sujeitos de direito e, por vezes, toda a coletividade, é pueril esperar que a autoridade seja capaz de vislumbrar, de antemão, todos os possíveis efeitos da decisão. Assim como o legislador não consegue antever todos os fatos e circunstâncias passíveis de regulação jurídica, tanto que, precisamente por isso, apela ao uso de conceitos jurídicos abertos e indeterminados, não se pode esperar do aplicador e intérprete que seja capaz dessa façanha. Na prática, os novos artigos 20 e 21 do LINDB tentam transferir para o aplicador – e, sobretudo, para o Judiciário, que detém a última palavra sobre as interpretações – a responsabilidade pela insegurança jurídica, a qual, em verdade, é um problema que decorre da incompletude do ordenamento – questão espinhosa de cunho filosófico-jurídico, que atinge todos os sistemas jurídicos do mundo, não se revelando exclusividade do caso brasileiro. É ilusório pensar que, com uma simples “penada do legislador”, transferindo-se ao intérprete o ônus de antever as consequências da decisão, se possa solucionar o problema da segurança jurídica. Sem dúvida, a medida é louvável, porquanto representa um esforço no sentido de racionalizar as decisões e promover a cultura da segurança jurídica. Seria fantasioso, contudo, imaginar que, doravante, as decisões não mais produzirão impactos imprevistos. A pretensão de revelação antecipada dos efeitos da decisão, nesse sentido, equivale à expectativa de identificação totalizante dos fatos jurídicos pelo direito, revelada impossível após a ampla

²⁵ LIMA JR. Cláudio Ricardo Silva Lima. A Lei nº 13.655/2018 e as alterações na Lei de Introdução Às Normas de Direito Brasileiro: o novo regime de motivação das decisões judiciais e outras questões processuais nas esferas judicial e administrativa – percepções iniciais. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-lei-no-136552018-e-as-alteracoes-na-lei-de-introducao-as-normas-do-direito-brasileiro-o-novo-regime-de-motiv,591452.html>. Acesso em: maio.2019.

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

codificação do século XIX. A tentativa de regulamentação exaustiva da fundamentação pós-positivista conduz, pois, ao retorno da problemática vivenciada sob a égide da hermenêutica clássica, que, ao fim e ao cabo, resume-se ao problema da incompletude do ordenamento.

Nesse contexto, a única interpretação possível para os dispositivos é a de que a autoridade julgadora tem o dever jurídico de levar em consideração na fundamentação e explicitar no dispositivo os efeitos ou consequências práticas mais evidentes, entendidos como tais como os que decorrem diretamente da decisão, vinculando as partes e terceiros por consectário lógico do julgado, bem como os efeitos gerais à sociedade e ao Estado perceptíveis em seus aspectos essenciais pelo homem médio, além daqueles que, a despeito de não se revelarem aparentes, tenham sido suscitados pelas partes nos debates ocorridos no processo. Não há como esperar do julgador, magistrado ou administrador, uma visão abrangente da totalidade dos fatos sociais, inclusive porque, nas relações jurídicas de trato continuado e nos casos de formação de precedente administrativo ou judicial, os efeitos da decisão alcançam fatos futuros, cujas especificidades poderão contemplar circunstâncias impensáveis por ocasião da edição do julgado. Ainda no que se refere aos fatos presentes, porém, é impossível ao julgador-intérprete identificar, a priori, todos os possíveis efeitos de sua decisão.

Sobre isso, os já mencionados Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas²⁶, na obra conjunta já mencionada, fazem as seguintes ponderações:

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 inexecutível. 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. Cite-se, por exemplo, uma decisão que venha anular um contrato de concessão de serviço público. Nessa hipótese, temos que o decisor deverá responder às seguintes indagações: Como será prestado o serviço para população no dia seguinte? Quais são os prejuízos que serão experimentados pelos usuários (considerando o dever de continuidade dos serviços públicos)? O Poder Concedente terá condições (econômicas, técnicas e operacionais) de retomar o serviço ou de relicitar-lo? O Poder Concedente terá recursos para indenizar o concessionário pelos investimentos ainda não amortizados?

Em conclusão aos comentários aos arts. 20 e 21 da Lei nº 13.655/2018, temos que se trata de artigos que pretendem contribuir para que as decisões sejam permeadas por um viés de realidade. Que considerem os efeitos que serão produzidos a após a sua prolação. No atual quadrante do Direito Público brasileiro, “o papel não aceita mais tudo”. A decisão alheia à realidade não produz mais um ato jurídico lícito, nem, muito menos, justo.

²⁶ Pág. 50-51.

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

No particular, interessante citar ainda recente decisão proferida nos autos da Tutela Antecipada Antecedente nº 5044495-17.2018.4.04.7000/PR, perante a 1ª Vara Federal de Curitiba, movida pelo Estado do Paraná e pelo DER em face das concessionárias daquele estado, objetivando a redução da tarifa de pedágio. Ao apreciar o pleito de primeira instância, o juiz titular destacou:

A petição inicial não enfrenta os comandos dos arts. 20 a 24, da LINDB, que escolheram o modelo hermenêutico do consequentialismo para decisões sobre a invalidação ou modificação dos atos/contratos administrativos. Questões essenciais para a ponderação sobre os efeitos reversos de eventual decisão pela redução dos padrões tarifários. Caso ocorra a redução do valor da tarifa em sede liminar e a reforma posterior da decisão, para a manutenção do equilíbrio financeiro do contrato seria necessário: a) cobrança de tarifas maiores a hoje praticadas; b) redução das obras previstas; ou c) aumento do prazo das concessões. Essas soluções podem gerar maiores danos à população paranaense, que há muito almeja pelo termo dos contratos de concessão, e realização de nova licitação em que a modicidade das tarifas e a qualidade das obras de melhoramento e manutenção das rodovias sejam o foco principal.

Portanto, não se trata de ônus desarrazoado e de difícil atendimento, mas, como visto, passível de cumprimento, sendo certo que, a partir dessa nova sistemática de apuração, proporcionar-se-á um ambiente mais racional, capaz de alcançar o objetivo maior da Administração Pública com maior efetividade e eficiência.

5.3 A interpretação sobre as normas de gestão pública e a necessidade de se observar os obstáculos e dificuldades do gestor

Na mesma direção, consta a necessidade de se considerar “os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados”²⁷, como expressão da consciência

²⁷ 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.

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

contemporânea de impossibilidade de tipificação de todas as situações ocorridas no mundo dos fatos, abrindo margem para a interpretação individualizada.

Tais incumbências ganham ainda mais relevância no âmbito do direito administrativo, mormente considerando ser a Administração Pública a maior intérprete do direito, como bem diz Juliana Bonacorsi de Palma²⁸:

É a Administração Pública a maior intérprete do Direito. A afirmação é verdadeira não no sentido de ultima ratio interpretativa, mas considerando a extensão da máquina pública e suas múltiplas atribuições. É inigualável o tamanho da burocracia e a quantidade de funções públicas que o legislador a impõe, tanto que a função administrativa apenas é definível residualmente. Administrar não é aplicar a lei de ofício. Administrar é interpretar normas públicas para aplicação em casos concretos. Especialmente no caso brasileiro, em que as leis dirigidas à Administração são pouco detalhistas e prenes de indeterminação jurídica, a interpretação é uma tarefa indissociável da implementação.

Nesse sentido é que vem a se implementar uma sistemática de aplicabilidade do direito administrativo sancionador de forma mais personalizada e cuidadosa, no sentido de que o órgão controlador não se satisfaça apenas com a letra fria da lei, mas também, e principalmente, com o contexto dos fatos perpetrados no decurso do tempo, avaliando-os não de acordo com a realidade do momento do julgamento, mas sim com aquela vigente ao tempo da prática dos atos analisados.

Assim é que, tanto na interpretação das normas jurídicas quanto na avaliação das situações já consolidadas, pretende-se, amplamente, estimular uma dinâmica de aplicação do direito sob um viés pragmático, de acordo com a realidade havida, justamente na perspectiva de criar um ambiente de segurança jurídica e inovação,

²⁸ PALMA, Juliana Bonacorsi de. A proposta de Lei da Segurança Jurídica na Gestão e do Controle Público e as Pesquisas Acadêmicas. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/PALMA-Juliana-A-proposta-de-lei-da-seguran%C3%A7a-jur%C3%ADdica.pdf>> Acesso em: fev.2019.

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

mormente diante da realidade vigente, em que muito se diz sobre o medo do gestor de tentar criar novas soluções ante ao receio das análises dos órgãos controladores.

No particular, interessante a pesquisa realizada por Maurício Bugarin e Fernando B. Meneguim, denominada de “Incentivo à corrupção e à inação no serviço público: uma análise de desempenho de mecanismos”, dentre outros relevantíssimos apontamentos, destaca que um procedimento de não punir os gestores públicos que adotarem condutas inovadoras, ainda que não previstas em lei, que contribuam para o aumento do bem-estar social, e, também, premia-lhes, devem ser encaradas como medidas com potencial de atingir o estímulo à inovação e o desestímulo à corrupção²⁹.

Um dos trechos da conclusão do estudo traz as interessantes considerações:

No que diz respeito à rigidez da legislação, a principal contribuição do modelo teórico de incentivos aqui estudado é que, se por um lado, o Brasil encontra-se no caminho certo ao reforçar o controle do gasto público, por outro lado, maior abertura e flexibilização à atuação do gestor, permitindo que este comprove o resultado socialmente superior de certas condutas não previstas originalmente na norma legal, podem trazer grandes benefícios à sociedade. Inicialmente, tal flexibilização estimularia gestores honestos a inovarem sem medo de serem futuramente punidos pela inovação. Como consequência, mais gestões honestas inovando em prol do bem estar social significam melhores resultados com o mesmo orçamento, gerando, portanto, aplicação mais eficiente dos recursos públicos. Nesse sentido, os achados deste trabalho contribuem para a literatura conhecida por "Nova Gestão Pública".

De fato, é consectário lógico de uma apuração mais cuidadosa e preocupada em analisar o contexto dos fatos, não limitada apenas ao texto frio da lei, a promoção de mensagem direcionada a estímulo à inovação e às boas práticas destinadas a alcançar o bem social comum, e atingir as finalidades do Poder Estatal.

²⁹ BUGARIN, Mauricio and MENEGUIM, Fernando B.. Incentivos à corrupção e à inação no serviço público: Uma análise de desenho de mecanismos. *Estud. Econ.* [online]. 2016, vol.46, n.1, pp.43-89. ISSN 0101-4161. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/0101-416146142mbf>> Acesso em: maio.2019.

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Ao comentar a disposição legal respectiva, Eduardo Jordão³⁰ diz o seguinte:

No caso do art. 22, objeto específico deste texto, é particularmente relevante esta segunda trilha, referente à contextualização. Daí ser comum que se afirme que ele consagra o “primado da realidade”. Nele, a exigência de contextualização produz uma espécie de “pedido de empatia” com o gestor público e com suas dificuldades. Esta é outra lógica bastante presente no projeto: se o controlador quer se colocar na posição de tomar ou substituir decisões administrativas, é preciso que enfrente também os ônus que o administrador enfrenta. Esta circunstância vai na linha das afirmações de parte da doutrina, mencionadas acima, no sentido da necessidade de maior atenção às agruras e aos dilemas do gestor público.

Raquel Urbano de Melo Carvalho complementa³¹:

Especificamente quanto ao “caput” do artigo 22, o objetivo é impedir que se qualifique como “ilícito” de qualquer natureza (improbidade, disciplinar ou outra esfera) algo que, no momento da atividade administrativa, não admitia decisão diversa, tendo em vista as dificuldades enfrentadas pelo gestor. De fato, não é raro que atos de controle realizados anos depois do comportamento público considerem alternativas que, no momento da ação do Estado, não existiam, nem eram cogitáveis. Trata-se do famoso “profeta do acontecido” que julga impiedosamente no futuro atividades que, quando realizadas, sujeitavam-se limites reais que obstaculizavam outras hipóteses de ação. A LINDB prescreve que a realidade a se considerar quando da definição da regularidade ou ilicitude do comportamento do Estado é a do momento em que se atuou e não a do futuro, à época do controle posterior.

Mas, por outro lado, lançando críticas à inovação legislativa, o já citado Odilon Cavallari de Oliveira³² faz os seguintes apontamentos:

Ora, a proposta do art. 22 subverte essa lógica, condicionando a interpretação de normas de direitos fundamentais a circunstâncias absolutamente casuísticas que, em muito, se afastando rigor metodológico de aplicação do princípio da proporcionalidade e de suas máximas ou testes da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, tão bem delineados por Robert Alexy, pois dá margens à criação de válvulas de escape para a interpretação criativa e casuística, além de particularizar, ao extremo, e em favor de cada gestor de modo individualizado, o exame das

³⁰ JORDÃO, Eduardo. O art. 22 da LINDB: acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo – RDA*. Edição especial. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro, Editora FGV, 2018, Pág. 69-70.

³¹ CARVALHO, Raquel de Melo. A Lei 13.655/2018 e o dever de motivação pela Administração Pública na LIND. Disponível em: <<http://raquelcarvalho.com.br/2018/08/12/a-lei-13-655-2018-e-o-dever-de-motivacao-pela-administracao-publica-na-lindb/>>. Acesso: fev.2019.

³² Pág. 58-59.

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

possibilidades fáticas de concretização de políticas públicas, em detrimento de uma análise sistêmica e estrutural.

Não quer isso dizer que estejamos a defender a desconsideração da realidade, mas não se pode condicionar a efetivação de direitos fundamentais e os respectivos princípios a eles umbilicalmente relacionados que, segundo Alexy, são mandados de otimização a circunstâncias absolutamente particulares. Circunstâncias particulares podem e devem ser consideradas na avaliação da conduta do gestor, para fins de responsabilização ou não, quando, então, poderão ser reconhecidas exculpantes que o eximem de uma sanção, como, aliás, acertadamente prevê a primeira parte do §1º desse mesmo art. 22, mas não podem ser consideradas para fins de interpretação das normas.

A propósito, o Tribunal de Contas da União já possui julgado aplicando o referido dispositivo por ocasião do afastamento de penalidades a gestores públicos, nos autos do Processo TC nº 011.884/2016-9 (Acórdão nº 3.001/2016-TCU-Plenário), ocasião em que disse o seguinte: “aplicação de multa aos titulares das Pastas do Planejamento e da Educação parece-me medida de extremo rigor, ante as dificuldades reais dos referidos gestores. Para fundamentar minha posição, lanço mão, ainda, da recente alteração do Decreto-Lei 4.657/1942 promovida pela Lei 13.655/2018, que incluiu o art. 22 naquele primeiro normativo”.

Efetivamente, as particularidades do caso não podem ser simplesmente desprezadas, sobretudo quando da análise e imposição de sanções em desfavor dos agentes envolvidos, devendo-se analisar as condições de ocorrência, as motivações, mormente quanto se sabe que nem sempre a realidade vivenciada, decorrentes das grandes demandas sociais, cada vez mais intensas e diversas, condiz com a previsão estabelecida no dispositivo legal previsto para o caso.

5.4 Necessidade de regime de transição para decisão administrativa que trata de interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado

Como já manifestado, a modificação das regras e até de entendimentos acerca da interpretação, por vezes, completamente contrários ao que antes vinha se

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

adotando, é comum no fluxo das atividades administrativas e cada vez mais efervescente no mundo moderno dada intensa mutabilidade das relações sociais.

Embora a previsão constitucional estampada no artigo 5º, inciso XXXVI, preveja a impossibilidade da retroatividade da lei, nada incomum verificar a alteração de posicionamentos por parte dos poderes legalmente constituídos, e respectiva aplicação retroativa, surpreendendo os administrados que já praticaram os seus atos a partir dos entendimentos até então vigentes à época da prática.

Para conferir maior racionalidade ao cumprimento dos novos condicionamentos, compreende-se indispensável a construção de um regime de transição, mesmo porque mudanças de interpretação não podem lançar situações anteriores em regime de incerteza. A implementação de um regime de transição passa a ser dever indispensável a quem cria a nova regulação, suficiente a propiciar um grau mínimo de previsibilidade para as modificações interpretativas³³.

Trata-se, como bem diz Marilda de Paula Silveira³⁴, de uma visão acerca dos reflexos das alterações de entendimentos, senão vejamos:

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 (raciocínio 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

³³ Art. 23. 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 e sem prejuízo aos interesses gerais.

³⁴ SILVEIRA, Marilda de Paula. Artigo 22. In: PEREIRA, Flavio Henrique Unes (Coord.). Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática. Brasília: Senado.

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

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.

Na mesma linha, Cláudio Ricardo Silva Lima Junior³⁵ denomina de mudança de paradigma:

A previsão parte da premissa de que a concretização de princípios fundamentais, valores jurídicos ou normas jurídicas abertas e indeterminadas, por força da maleabilidade dos conceitos, exige tratamento semelhante ao do juízo de constitucionalidade, precisamente porque, em ambos os casos, é sempre necessário interpretar o ordenamento jurídico em sua integralidade, havendo que se ponderar valores contrapostos assimilados pela lei e pela constituição. É uma mudança de paradigma, o reconhecimento expresso pelo direito positivo da necessidade de utilização, em caráter geral, inclusive na esfera administrativa, de métodos de interpretação pós-positivistas, que pressupõem o dever de integração e criação do direito.

O fato inegável é que a medida implementada traz reflexos sensíveis à segurança jurídica em favor dos jurisdicionados, mormente em se considerando as constantes alterações de entendimentos por parte dos órgãos administrativos, não raras vezes com de forma completamente contrária a posicionamentos já sedimentados, de modo que as partes não podem ficar à mercê do momento, sem que se possam programar as suas atividades.

5.5 A revisão de ato ou contrato e a observação da segurança jurídica

Ainda seguindo esse mesmo viés dos efeitos provocados pela constante mutabilidade das relações sociais, a refletir na constante alteração da produção legislativa e também das interpretações levadas a efeito pelos órgãos constitucionais incumbidos, especialmente no âmbito judicial e dos órgãos de controle, clama-se cada

³⁵ LIMA JR. Cláudio Ricardo Silva Lima. A Lei nº 13.655/2018 e as alterações na Lei de Introdução Às Normas de Direito Brasileiro. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/69967/a-lei-n-13-655-2018-e-as-alteracoes-na-lei-de-introducao-as-normas-do-direito-brasileiro/2>>. Acesso em: maio.2019.

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

vez mais por uma atuação racional, capaz de gerar confiança e segurança aos administrados.

Os entendimentos não são estanques e imutáveis no decurso do tempo, e, aliás, nada mais normal que variem no decurso do tempo, como bem destaca o ilustre Adilson Abreu Dallari³⁶:

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

Nesse panorama, interessante mencionar que Lei nº 9.784/99, em seu art. 1º, parágrafo único, inc. XIII, já veda a aplicação retroativa de nova interpretação de matéria administrativa já anteriormente avaliada.

Seguindo do mesmo ponto de partida, tendente a propiciar a segurança jurídica quando da aplicação do ordenamento jurídico pátrio, traz-se a situação de estabilização daquela situação levada a efeito a partir de interpretação considerada como a correta, sem que ulteriores alterações de entendimento possam mais repercutir, em alinhamento à confiança legítima e boa-fé das relações travadas³⁷.

³⁶ DALLARI, Adilson Abreu. Artigo 25. In: PEREIRA, Flavio Henrique Unes (Coord.). Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática. Brasília: Senado.

³⁷ 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.

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Um sistema jurídico em que o administrado tenha seus direitos fluando ao sabor de interpretações variáveis no tempo, às vezes até por conveniência, é totalmente avesso à promoção de confiabilidade das relações, e, mais ainda, não se coaduna com o Estado Democrático de Direito.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁸ diz o seguinte:

O princípio se justifica pelo fato de ser comum, na esfera administrativa, haver mudança de interpretação de determinadas normas legais, com a conseqüente mudança de orientação, em caráter normativo, afetando situações já reconhecidas e consolidadas na vigência de orientação anterior. Essa possibilidade de mudança de orientação é inevitável, porém gera insegurança jurídica, pois os interessados nunca sabem quando a sua situação será passível de contestação pela própria Administração Pública.

Assim como é o caso da lei em si, cuja aplicação ocorre a partir do brocardo *tempus regit actum*, é importante que a mesma sistemática seja adotada no caso das interpretações jurídicas, notadamente diante dos efeitos que possui.

5.6 A Celebração de Compromisso como saída consensual para solução de conflitos entre particulares e a Administração Pública

Sabe-se que os órgãos de controle externo, exercidos pelos Tribunais de Contas dos Estados, Municípios (ainda existentes) e da União, receberam tratamento específico pela Constituição Federal, seja quanto ao regime de competência, seja quanto a sua autonomia, seja quanto a sua estrutura administrativa e financeira, tudo isso a possibilitar um ambiente de independência em relação ao exercício de sua atividade.

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.

³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2001.

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

De igual modo, a partir de 1988 houve também um avanço significativo no ambiente interno de controle por parte do Poder Executivo. Destaca-se, nessa direção, a existência da Controladoria da União que passou a ter estatua de Ministério e uma estrutura administrativa de carreira com servidores concursados que possibilita uma atuação desarraigada de ingerências políticas.

Há também um terceiro pilar do sistema de controles sobre a atuação do Estado, que é exercido através dos conselhos, instituições privadas, orçamento participativo e eventos promovidos pelas três esferas de governo que contam com a participação e deliberação da sociedade civil organizada.

Todo esse aparato de controle instituído desde a Constituição Federal de 1988 trouxe inegável avanço para o controle de gastos públicos e por conta disso começou a se descortinar vários casos de corrupção em todos os níveis.

Entretanto, é preciso dizer que a nova roupagem conferida pela Constituição Federal de 1988 ao Estado, enquanto organizador e executor de políticas públicas, passou a ter dimensões variadas na área social, sendo colocado em xeque a sua capacidade de transpor suas barreiras internas na solução dos grandes problemas nacionais.

É justamente aí que surge um dilema.

De um lado, temos um Estado que se propõe a ser desenvolvimentista, porém com reconhecida limitação de suas capacidades institucionais. D'outro lado, temos órgãos de controle fortes, ávidos pelo exercício pleno de suas competências em prol do efetivo controle dos gastos públicos.

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Como dito por Pires e Cardoso³⁹: “A “hipertrofia” das capacidades institucionais do controle associada ao novo ímpeto desenvolvimentista tem provocado “fricções” importantes entre, por um lado, a necessidade de implementar e efetivar ações e políticas públicas voltadas para o desenvolvimento socioeconômico e, por outro, o controle da legalidade e probidade destas iniciativas”.

À vista desse dilema, não há dúvida que se deve buscar um maior equilíbrio entre as exigências impostas pelos órgãos de controle, muitas vezes fundadas em normativos extremamente densos e não condizentes com a real capacidade estatal vigorante.

Ou seja, a partir do momento que o Estado pretende evoluir nas suas mais variadas áreas, os obstáculos impostos muitas vezes pela sua capacidade devem encontrar um ponto de equilíbrio também por parte daqueles que fiscalizam sua atividade, de modo a propiciar um ambiente de construção evolutiva e não de paralisação. Na verdade, o papel do controle “não pode ser um fim em si mesmo” (Pires e Cardoso), deve ele (controle) enxergar mais longe com vistas ao aprimoramento da gestão e da efetiva realização da política pública em questão.

A base para superação desse dilema passa, primeiro, por um modelo de planejamento governamental em diálogo com a gestão e controle das políticas públicas.

Além disso, é preciso também que os órgãos de controle adotem mudança no seu *modus operandi*, elegendo procedimentos preventivos e pedagógicos, não se resumindo somente ao caráter de fiscalização e repressão.

³⁹ PIRES, R.; CARDOSO Jr., J.C. Dilemas entre controle e autonomia de gestão: alternativas e possibilidades de superação. Gestão pública e desenvolvimento. Brasília: Ipea, 2011. P.248.

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Existem iniciativas adotadas pela CGU dentro dessa nova linha de atuação, a exemplo do Portal da Transparência, Observatório da Despesa Pública, Programa Olho Vivo no Dinheiro Público e do Programa de Fortalecimento da Gestão Pública.

No âmbito do controle externo, também se destacam dentro dessa ótica as auditorias operacionais conduzidas pelo Tribunal de Contas da União, cuja finalidade está voltada mais para identificar os erros e corrigir distorções em prol da melhoria da gestão pública, sendo relevante anotar que essas auditorias geram recomendações justamente para que o gestor possa adotar medidas administrativas que possibilitem, dentro da sua margem de atuação, a regularidade do serviço ou obra pública.

Percebe-se que a atividade do controle estatal deve passar por mudanças no seu modo de agir e algumas práticas, como já dito, vêm sendo adotadas pela Controladoria Geral da União e pelo próprio Tribunal de Contas da União.

Essas mudanças também devem chegar à atividade decisória desses órgãos de controle quando se deparam com situações de obras e serviços que não podem ser decididas sem aferições práticas de gestão enfrentadas pelo Administrador e consequências geradas para a população.

Há vários exemplos que demonstram a existência de obras paralisadas, licitações que estão viciadas, e tantos outros. Ocorre, porém, que muitas vezes, entre a paralisação de uma obra por algum óbice ambiental quando já decorridos anos de construção da obra, ou mesmo sustação de licitação pelo não atendimento do convite de três licitantes, onde há urgência no fornecimento de medicamentos, ou ainda a suspensão de concurso por denúncia infundada de sindicato, constituem medidas que podem gerar mais prejuízos para a Administração e sociedade.

Daí porque a nova lei impõe aos órgãos de controle que se atentem também a determinadas dificuldades enfrentadas pela Administração Pública e expressem

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

motivadamente os obstáculos existentes e qual a melhor solução para atendimento daquele problema, devendo ter como farol a segurança jurídica.

Ou seja, na atividade de decidir, os órgãos de controle, seguindo as balizas determinadas pela Lei nº 13.655/2018, deverão adotar medidas que superem barreiras formais e dialoguem e observem a prática vivenciada pela Administração Pública.

É o nítido reconhecimento de que as capacidades institucionais agora devem ser medidas pelos órgãos de controle na sua atividade decisória, criando-se um ambiente de construção de resultados mais eficazes para a Administração Pública.

Percebe-se, assim, que aquilo que se expôs quanto à necessidade de se buscar um equilíbrio entre a atuação do controle com a atividade desenvolvimentista do estado e as suas limitações institucionais dentro desse modelo, também deve ser equacionado no âmbito decisório dos órgãos de controle, contando agora com um instrumento normativo importante _ Lei nº 13.655/2018_ para tornar isso realidade e que pode trazer de alguma forma melhoria de resultados para a Administração Pública e para a própria sociedade.

E, dentro dessa nova roupagem, a Lei nº 13.655/2018 traz um instrumento importante no âmbito da autocomposição de conflitos e da efetiva busca pelo diálogo entre os órgãos públicos e a sociedade em tema de segurança jurídica e transparência, conforme retrata seu artigo 26:

Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

§ 1º O compromisso referido no caput deste artigo:

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

- I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;
- II – (VETADO);
- III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;
- IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

Juliana Bonacorsi de Palma traz algumas considerações sobre a atitude de privilegiar o acordo como resolução mais célere e efetiva dos conflitos, dizendo o seguinte⁴⁰:

Os acordos firmados entre Poder Público e particulares se desenvolveram significativamente desde suas primeiras regulamentações na esfera ambiental e concorrencial ainda na década de 1990. Hoje são vastos os exemplos: acordos substitutivos de processo sancionador ou de sanção por compromissos (notadamente de investimento); acordos integrativos, por meio dos quais se negocia o conteúdo da decisão unilateral final da Administração Pública; acordos processuais, análogos à figura do negócio jurídico processual previsto no novo Código de Processo Civil; acordos de colaboração, destinados à obtenção de provas e informações que melhorem os processos punitivos, como o acordo de leniência; acordos de rescisão contratual, como os recentemente disciplinados na Lei de Relicitações (Lei 13.448/2017) etc. O PL não endereça todos os acordos administrativos, mas restringe-se a criar um permissivo genérico para que a Administração Pública Direta e Indireta de qualquer dos entes federados celebre acordos integrativos e substitutivos, bem como qualquer outro compromisso para resolução de controvérsias. Trata-se simplesmente de conferir um tratamento jurídico mais adequado ao permissivo genérico já existente na Lei da Ação Civil Pública, em seu art. 5º, §6º35, trazendo maior segurança aos gestores sobre a viabilidade jurídica do consenso em sua repartição pública e segurança aos particulares quanto às cláusulas negociadas.

Noutro trecho, tratando dos tortuosos caminhos a se seguir diante de tramitação comum, novamente, Juliana Bonacorsi de Palma esclarece:

O primeiro foco de atenção corresponde ao bom funcionamento da máquina pública. As decisões públicas são diretamente impactadas pelo modo como o Direito disciplina a responsabilização dos gestores. Todo o processo decisório torna-se mais burocrático, custoso, demorado e complexo. A autoridade decisória precisa “construir a sua segurança jurídica” e, para tanto,

⁴⁰ PALMA, Juliana Bonacorsi de. A proposta de Lei da Segurança Jurídica na Gestão e do Controle Público e as Pesquisas Acadêmicas. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/PALMA-Juliana-A-proposta-de-lei-da-seguran%C3%A7a-jur%C3%ADdica.pdf>> Acesso em: fev.2019.

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

irá movimentar diversos órgãos com pedidos de análises, pareceres e demais documentos, mesmo para decisões mais simples. Os pareceres e as peças técnicas, por sua vez, tendem a se limitar a indicar qual é o comportamento esperado do controlador diante da decisão a ser tomada. A gestão pública é pautada pelo controlador, quando, na verdade, deveria se orientar para a construção de soluções mais criativas, céleres e eficientes a partir da literatura e dos documentos que os gestores considerem mais apropriados.

Tratando do tema, nas considerações acerca das críticas do Tribunal de Contas da União em face da novel legislação, doutrinadores apontam os seguintes comentários acerca das vantagens do novo instituto⁴¹. Vejamos:

Em primeiro lugar, lembre-se o dito acima sobre a convivência harmônica, no Texto Constitucional, entre as competências dos Tribunais de Contas e a garantia individual da inafastabilidade da jurisdição. Ou seja, as atividades a cargo das Cortes, no sentido da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da Administração Pública não excluem obviamente a competência do Judiciário para dar a última palavra em matéria jurídica. Repita-se: inexistente legitimidade em se pretender qualquer tipo de isenção do controlador face às competências do Poder Judiciário.

Pois dito isto, também fica claro que não há qualquer incompatibilidade do § 2º do artigo 26 do texto com a Constituição. A norma cria um mecanismo de controle administrativo prévio via Judiciário, o qual afasta o risco de responsabilização futura do agente. E, de fato, seja prévia ou posterior, a declaração expedida pelo Judiciário sobre a legitimidade ou não de determinado compromisso em hipótese alguma poderia ser contestada pelos órgãos de controle. Nada há de inconstitucional neste ponto.

Em segundo lugar, o dispositivo busca claramente evitar o risco de responsabilização futura do agente, por conta de eventuais visões diferentes de controladores. Isso, em certos casos, pode lhe conferir a segurança e a tranquilidade necessárias para desempenhar suas funções a contento. Daí que a autorização aqui analisada configura um autêntico processo de justificação judicial, dependente da decisão do juiz de direito.

Portanto, ao contrário do que entendeu o TCU, não se trata de um mecanismo criado para garantir impunidade, pela óbvia razão de que, ao reconhecer a regularidade da atuação do agente público na solução de um assunto difícil, o Judiciário não protege infratores. Há aqui novamente uma espécie de suposição de que o juiz pode ser mais condescendente com práticas que o TCU censuraria, o que não faz sentido do ponto de vista institucional ou mesmo material.

De fato, são enormes as vantagens obtidas a partir da resolução dos problemas advindos no âmbito da administração pública a partir da celebração de termos de

⁴¹ SUNDFELD, CARLOS ARI et. al. Resposta aos comentários tecidos pela consultoria jurídica do TCE ao PL nº 7.448/2017. Disponível em: < <http://anastasia.com.br/documentos/PL7448/Parecer-Resposta-TCU.pdf>>. Acesso em: maio.2019.

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

compromisso, ensejando solução de maneira mais eficaz e célere que a tramitação comum que teria um processo, geralmente moroso e desagregador, em que sempre uma das partes sairá descontente.

Uma demonstração clara de como esse instrumento pode resultar em algo eficiente para a solução de conflitos internos dentro da Administração, inclusive com a participação ativa dos Tribunais de Contas, está em recente diagnóstico do Tribunal de Contas de Sergipe em relação às obras paralisadas no Estado⁴².

No trabalho desenvolvido foram analisados os motivos da paralisação de cada obra, os recursos gastos e a situação das etapas executadas, sendo consideradas paralisadas as obras que tinham ordem de suspensão vigente, ou se encontravam sem medições por período superior a 90 (noventa) dias. O resultado das informações obtidas está assim descrito:

Foram catalogadas 259 obras paralisadas em Sergipe, sendo 39 obras sob o controle do Estado e as demais sob o controle dos Municípios. Dos 75 municípios do Estado, 13 informaram que não possuem obras paralisadas e 4 não responderam a solicitação, sendo estes: Monte Alegre de Sergipe, Porto da Folha, Simão Dias e Telha. Dentre os 9 Órgãos Estaduais questionados, todos responderam a solicitação, no entanto somente a CODISE e a Secretaria de Justiça declararam não possuir obras paralisadas. O valor total previsto para execução dessas 259 obras é de quase 310 milhões de reais. Do valor total previsto, já foram executados mais de 120 milhões de reais e pagos aproximadamente 103 milhões. Destes recursos pagos, 22,5 milhões são em obras que hoje encontram-se na situação de inaproveitável ou parcialmente aproveitável.

Os dados e números são alarmantes e o que chama atenção também são as motivações para as paralisações das obras:

Problemas relacionados à contratada (7%); riscos decorrentes de erros e vícios construtivos (3%); Irregularidades/problemas afetos ao meio ambiente (2%); irregularidades nos preços e serviços contratados (2%); atrasos do repasse de convênios (32%); descumprimento de especificações técnicas e prazos (22%); bloqueio de repasse de convênios (2%); suspensão de repasse

⁴² SERGIPE. Tribunal de Contas do Estado de Sergipe. Diretoria de Controle Externo de Obras e Serviços. Relatório de obras paralisadas. Abril.2019.

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

de convênios (3%); caso fortuito ou força maior (8%); questões técnicas que somente vieram a ser conhecidas após a licitação (13%); pendências com desapropriações (1%); inadequação ao plano de trabalho da nova gestão (2%); contingenciamento de recursos próprios (3%).

Percebe-se, facilmente, que o instrumento de compromisso pode servir de utilização em vários casos acima retratados. Questões técnicas que somente vieram a ser conhecidas após a licitação, por exemplo, podem muito bem ser resolvidas através de diálogo com os envolvidos e, neste contexto, há espaço para que os Tribunais de Contas assumam papel importante como mediadores, já que ostentam técnicos preparados que podem muito bem trabalhar no campo preventivo de solução de conflitos.

A utilização desse instrumento pode resultar em medidas que não comprometam os recursos públicos já alocados para determinada finalidade e resgatem a performance de obras e serviços que têm por finalidade trazer melhorias para a população.

6. Estudo de casos antes e depois da vigência da Lei nº 13.655/2018

6.1 A contratação de serviços técnicos especializados sem concurso público

6.1.1 Decisão nº 10088/2018 do Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso do Sul

A decisão trata da prestação de contas referente ao Contrato Administrativo nº 087/2014, celebrado entre o Município de Itaporã e a empresa Barauana, Mangeon e Advogados Associados, tendo por objeto a prestação de serviços técnicos especializados de advocacia e assessoria jurídica, com o escopo de averiguar a regularidade do procedimento licitatório, do contrato e de seus respectivos termos aditivos.

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Apesar do Ministério Público de Contas ter opinado pela irregularidade tanto do certame, como também da relação jurídica travada entre o Município de Itaporã e o escritório de advocacia acima referenciado, sob o enfoque de que o contrato examinado tinha por objeto prestação de serviços advocatícios relativos à área-fim do órgão contratante, o Conselheiro do Tribunal de Contas do Mato Grosso do Sul consignou que a análise da regularidade das licitações e contratos de assessoria e consultoria jurídica não deve ignorar os obstáculos e dificuldades reais experimentados pelo gestor municipal.

Desse modo, amparado no art. 22, caput e §1º, da Lei de Introdução de Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942), que fora inserido no ordenamento jurídico pátrio por meio da publicação da Lei nº 13.655/18, levando em consideração a dificuldade vivenciada por grande parte dos Municípios do Estado do Mato Grosso do Sul em garantir quadro de advogados suficiente para o bom funcionamento do órgão, seja em quantidade, como também em qualificação técnica, fora declarada a regularidade do certame licitatório e o seu subsequente contrato público de assessoria jurídica, haja vista que a contratação de serviços assessoria e consultoria jurídica se revelou, in casu, necessária, não havendo de se falar em desrespeito ao ordenamento jurídico.

6.1.2 Decisão nº 9839/2015 do Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso do Sul

Essa decisão versa sobre a prestação de contas referente ao Contrato Administrativo nº 020/2010, celebrado entre a Câmara Municipal de Itaporã e a empresa Simpa Assessoria e Planejamento Ltda, tendo por objeto a prestação de serviços de consultoria e assessoria, licitações e contratos administrativos.

Após se debruçar acerca da legalidade e regularidade do procedimento licitatório, como também do pacto jurídico firmado dele decorrente, o Conselheiro do

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso do Sul entendeu que o negócio jurídico objeto do contrato se consubstancia em terceirização de atividade fim do órgão contratante e, portanto, deve ser repudiado pela ordem jurídica vigente.

Por essa razão fora declarada a irregularidade e ilegalidade do certame licitatório e, conseqüentemente, do seu subsequente contrato público de assessoria, e, diante da violação ao ordenamento jurídico pátrio, fora determinada aplicação de multa ao gestor.

6.1.3 Análise comparativa

Ao se confrontar as decisões sobre a mesma temática, fica claro que a utilização da Lei nº 13.655/2018 trouxe uma conclusão diferenciada daquela adotada anteriormente a sua vigência.

Antes da sua vigência, o mesmo Tribunal entendeu que esse tipo de contratação, por ser afeto a área-fim, não poderia ser terceirizado, ensejando a anulação da contratação com aplicação de multa.

Já com a Lei nº 13.655/2018, o Tribunal, na fundamentação do caso, mergulhou no cenário da Administração Pública para considerar uma realidade vivenciada por grande parte dos Municípios que não ostentam um quadro desejável de advogados em quantidade e qualidade técnica, sendo melhor terceirizar o serviço.

Trouxe a aplicação plena do previsto no artigo 22, caput, e §1º, da referida lei, e que demonstra, nesse comparativo, nítida vantagem para a Administração Pública. A exigência de concurso, como visto, não traz quantitativo suficiente e técnico para vários Municípios, fazendo inchar a máquina sem retorno da eficiência que se busca para o órgão competente.

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Já a terceirização, nesse particular, resolve um problema crucial vivenciado na grande parte dos Municípios, que é obter uma assessoria de qualidade para atendimento das finalidades precípua da Administração Pública, notadamente quanto a questões de alta indagação que precisam de um direcionamento correto e seguro para o gestor.

Portanto, tomando-se por base a fundamentação trazida na decisão quanto à constatação de dificuldades em obter a quantidade de profissionais necessários e com qualidade técnica para o órgão, resta evidente que os custos e benefícios obtidos com a permanência da terceirização são melhores para a Administração e oportunizam a entrega de um serviço de maior qualidade do que se exigir a contratação mediante concurso público em todo e qualquer Município do Estado.

6.2 O processo de admissão de pessoal e a relação de parentesco com o gestor responsável pelo concurso público

6.2.1 Acórdão n° 591/19 do Tribunal de Contas do Estado do Paraná

O acórdão retrata um processo de admissão de pessoal complementar realizado pelo Município de Mirador, para provimento de cargos de motorista, em decorrência de Concurso Público regulamentado pelo Edital n° 002/01/2009⁴³.

Examinada a admissão de dois concorrentes, os quais restaram devidamente aprovados no certame para o cargo, a Coordenadoria de Gestão Municipal, através da Instrução n° 2537/18, opinou pela negativa de registro à admissão dos aludidos

⁴³ Ementa: Admissão de pessoal complementar. Município de Mirador. Concurso público. Edital n.º 002/01/2009. 2. Nomeação de dois filhos do então prefeito municipal, gestor que conduziu o concurso público. Ausência de provas concretas de beneficiamento desses. Legalidade e registro.

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

candidatos aprovados, em razão da relação de filiação existente entre eles e o prefeito municipal à época.

Ao analisar o caso, o Tribunal de Contas do Estado de Paraná assentou o entendimento de que as admissões analisadas devem ser registradas, uma vez que o simples grau de parentesco não permite concluir indubitavelmente que as admissões dos candidatos aprovados são irregulares.

A Corte de Contas destacou que, inobstante considerar ideal o afastamento do prefeito de todos os atos concernentes à realização do concurso, haja vista a relação de parentesco existente em relação a dois dos concorrentes, o fato de seus filhos terem sido aprovados no cargo de motorista como excedentes, apenas na 12^a e 13^a colocações em um edital que previa duas vagas, e nomeados depois da prorrogação do prazo de validade do concurso, ajuda a afastar a tese de ocorrência de fraude, pois a alteração prévia do número de vagas do cargo de motorista, em relação à nomeação dos interessados, permite presumir que a necessidade de preenchimento dos cargos existia independentemente da aprovação dos filhos do prefeito.

Nesse sentido, restou consignado ainda no acórdão que foram realizadas mais nomeações para o cargo de motorista (dos candidatos aprovados na 16^a a 19^a colocações), pelo Prefeito Municipal subsequente, o que indica a legalidade dos registros das admissões dos candidatos filhos do até então prefeito do Município de Mirador, pois até mesmo os candidatos aprovados após a classificação dos filhos do prefeito foram convocados, não sendo possível imputar que a admissão deles estava imbuída de interesses pessoais do Chefe do Poder Executivo, mas sim motivada na real necessidade vivenciada pela Municipalidade em contratar mais motoristas.

Para corroborar o fundamento lançado no acórdão, o Tribunal Contas aplicou o conteúdo normativo positivado no art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que privilegia a segurança jurídica e a estabilidade das relações jurídicas,

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

levando em consideração os dados da realidade, os efeitos práticos da aplicação das normas ao caso concreto, bem como as decisões já tomadas. Considerou que as admissões controvertidas ocorreram há mais de sete anos e que não há, *in casu*, elementos sólidos a ensejar a negativa de registro.

6.2.2 Acórdão n° 4341/17 do Tribunal de Contas do Estado do Paraná

O acórdão do Tribunal de Contas do Paraná diz respeito a um procedimento de admissão de pessoal realizado pelo Município de Itambé, regulamentado pelo Edital n° 287/2011, para o provimento de cargo de contador⁴⁴.

Examinada a admissão de uma concorrente, a Coordenadoria de Fiscalização de Atos de Pessoal, por intermédio da Instrução n° 18483/16, opinou pela legalidade e registro da admissão.

O Tribunal de Contas do Estado de Paraná, ao apreciar a juridicidade do registro da admissão, decidiu pela negativa do registro, sob o prisma de que esta certamista era cunhada do Prefeito à época da contratação.

Ressaltou o Tribunal que ao tomar conhecimento do parentesco próximo (cunhada), o gestor deveria ter se declarado impedido e se retirado da condução do concurso, a fim de que os atos fossem realizados por autoridade absolutamente imparcial.

Fora destacado que o concurso público deverá obrigatoriamente ser estruturado de modo a impedir qualquer vantagem ou desvantagem relacionada a

⁴⁴ Ementa: Admissão de pessoal. Inocorrência de prescrição ou decadência. Candidata aprovada que possui vínculo de parentesco com o Prefeito Municipal. Violação aos princípios da impessoalidade, isonomia e moralidade. Negativa de registro, com aplicação de multa ao gestor e abertura de tomada de contas extraordinária.

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

fatores pertinentes ao relacionamento do candidato com terceiros ou com instituições políticas e sociais, sob pena de violação aos princípios da isonomia e impessoalidade.

Diante desses argumentos, negou-se o registro de admissão da servidora concursada.

6.2.3 Análise comparativa

O estudo comparativo dos dois acórdãos revela conclusões distintas para casos semelhantes com a aplicação da Lei nº 13.655/2018. Observa-se que na decisão tomada antes da vigência da citada lei, o Tribunal de Contas não fez qualquer análise sobre as circunstâncias fáticas que envolveram o certame, ou mesmo sobre a exposição das consequências jurídicas e administrativas úteis geradas com a decisão tomada.

Negou-se o registro tão somente pelo fato do parentesco, elegendo-se a fundamentação normativa da isonomia e impessoalidade sem indicar, no plano fático, de que modo essa isonomia e impessoalidade foram atingidas pelo ato praticado do gestor.

Diferentemente, o acórdão que decidiu pela legalidade do registro, invocando o artigo 20 da Lei nº 13.655/2018, analisou todos os dados da realidade vivenciados ao tempo da realização do certame até a convocação dos candidatos (excedentes, nomeação pelo sucessor, etc.), que acabaram por relevar de forma mais concreta a inexistência de motivação pessoal entre a nomeação e o gestor, dando validade assim aos atos de investidura.

Isso revela um dado positivo com a advento da Lei nº 13.655/2018, porque a exigência de que não se decida com base em valores abstratos e observe os percalços do Administrador, impõe ao órgão controlador um ônus argumentativo de maior escalão, não se podendo invalidar ato administrativo simplesmente por atingir

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

alguma falha legal sem que se analisem as nuances da administração e as consequências práticas geradas.

Feliz a observação deixada por Juliana Bonacorsi de Palma⁴⁵:

O deslocamento da competência da esfera administrativa para a esfera controladora implica não apenas na transferência de poderes decisórios e suas prerrogativas, mas também de todas as sujeições que incidem sobre o gestor público. Todos os ônus acima relacionados são operacionalizados na gestão pública. Quando o controlador se coloca na posição de gestor para revisar o conteúdo de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, é oportuno que esteja na exata posição em que se encontra o gestor público. Do contrário, perde a sociedade: a ação administrativa pode ser desconstituída sem o mesmo peso de sua construção ou a interpretação qualificada do gestor é substituída pela controladora sem as mesmas características de tecnicidade e aplicação que fez com que o Legislador originalmente conferisse a competência e a preferência interpretativa à Administração. Em síntese, o Brasil precisa de decisões de peso.

Com essas considerações, verifica-se que, no confronto das decisões, o acórdão que mantém o registro do candidatos aprovados no concurso de motorista traz um melhor reflexo para a Administração Pública, notadamente quando se percebe, no âmbito da eficiência, que as consequências práticas do ato foram analisadas, permitindo-se que candidatos melhor classificados exerçam as funções do cargo regularmente.

6.3 A responsabilidade do gestor na execução de programas e obras públicas e a aferição dos obstáculos reais enfrentados

6.3.1 Acórdão nº 1643/2018 do Tribunal de Contas da União

⁴⁵ PALMA, Juliana Bonacorsi de. A proposta de Lei da Segurança Jurídica na Gestão e do Controle Público e as Pesquisas Acadêmicas. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/PALMA-Juliana-A-proposta-de-lei-da-seguran%C3%A7a-jur%C3%ADdica.pdf>> Acesso em: fev.2019.

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O processo administrativo trata de auditoria que tem por finalidade analisar a sustentabilidade do Fundo de Financiamento Estudantil (FIES), assim como a eficácia e vulnerabilidade de seus processos de trabalho⁴⁶.

No bojo das informações nele contidas, observa-se que foi determinada a realização de audiências para inquirição dos responsáveis pela promoção da política de financiamento estudantil (Ministros de Estado no período analisado), com relação a possíveis falhas e deficiências na gestão, planejamento, execução, expansão e avaliação do FIES.

Restou assinalado que as justificativas apresentadas em audiência seriam cotejadas em processo específico de representação a ser autuado pela Secretaria de Macroavaliação Governamental (Semag), autos tombados sob o nº TC-009.110/2017-8, e pela SecexEducação, processo epigrafado sob o nº TC-013.658/2015-8, oportunidade na qual formulariam proposta de encaminhamento posta ao crivo do TCU.

Nesse sentido, a Secretaria da Semag, no âmbito de suas atribuições, opinou pelo parcial acolhimento das razões de justificativas sustentadas, com a consequente aplicação de multa em desfavor dos responsáveis pela gestão e execução do FIES.

Noutro giro, a SecexEducação, em cumprimento ao que lhe fora requisitado, redigiu parecer no sentido de inacolher por completo as razões de justificativas arguidas, também reputando como necessária a imposição de multa em malefício dos responsáveis pela gestão e execução do FIES.

⁴⁶ Ementa: Auditoria. Fundo de financiamento estudantil. Verificação de sustentabilidade, eficácia e vulnerabilidade de processos de trabalho. Audiência dos responsáveis por determinação do Acórdão 3001/2016-TCU-Plenário. Acolhimento parcial das razões de justificativa. Aplicação de multa aos responsáveis cujas razões de justificativa foram rejeitadas.

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Uma vez postas tais propostas de encaminhamento acima comentadas ao conhecimento do TCU, a Ministra Relatora acatou em parte as razões de decidir expostas tanto pela Secretário da Semag, como pela SecexEducação, e, por conseguinte, rejeitou as propostas de aplicação de penalidades em prejuízo dos gestores do FIES.

Disse a Ministra Relatora que, em que pese incontroverso que a expansão do Fies, no período de 2010 a 2015, com deficiências na concepção, execução, acompanhamento e avaliação do programa, não contribuiu para que fossem prevenidos riscos sobre as finanças da União e sobre a sustentabilidade do programa, e que as decisões políticas tomadas com relação ao programa deveriam ter sido embasadas em estudos acerca dos impactos fiscais e orçamentários das alterações das regras de concessão de novos financiamentos efetuadas a partir de 2010, evidenciou-se, no caso concreto, que os responsáveis pela gestão e execução do FIES foram vítimas de real tensão entre metas educacionais estruturantes, especialmente em um país de dimensão e carências significativas, e as restrições fiscais impostas pela política econômica.

Utilizando-se do art. 22 da Lei nº 13.655/2018, concluiu que não seria razoável responsabilizar os titulares da Pasta da Educação pela política econômica do Governo e, conseqüentemente, aplicar-lhes penalidades por eventuais deficiências com relação ao crescimento, planejamento, concepção, execução, acompanhamento e expansão do FIES, sobretudo quando se tem em mente que estes devem cumprir, por força de lei, as metas estabelecidas para área de atuação.

Nesse desiderato, o Pleno do TCU, por maioria, acompanhou a fundamentação exposta pela condutora do feito, e, com espeque no art. 22 da LINDB (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), absolveu a sugestão de multa em desfavor dos titulares do Ministério da Educação e do Planejamento em relação à

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

suposta má-gestão dos recursos orçamentários do FIES, sob o prisma da existência de obstáculos reais ao correto manejo e emprego das verbas públicas.

6.3.2 Acórdão nº 10329/2017 do Tribunal de Contas da União

O acórdão versa sobre um Recurso de Reconsideração⁴⁷ interposto pelo ex-Secretário de Desenvolvimento Urbano e Regional do Pará (Sedurd/PA) e pela empresa Estacon Engenharia S/A contra o Acórdão nº 2505/2013 prolatado pela própria 2ª Câmara do TCU, oportunidade na qual, através do procedimento de Tomada de Contas Especial instaurado pela Fundação Nacional de Saúde (Funasa), foram julgadas irregularidades as contas averiguadas, sendo determinada a condenação solidária dos Recorrentes ao ressarcimento do débito arbitrado no montante de R\$ 4.011.586,62 (quatro milhões, onze mil, quinhentos e oitenta e seis reais e sessenta e dois centavos), bem como aplicação de multa no valor individual de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), tudo em razão da não comprovação da boa e regular aplicação de parte dos recursos públicos federais afetos ao Convênio 65/2001, firmado entre a Fundação Nacional de Saúde (Funasa) e a Secretaria Executiva de Estado de Desenvolvimento Urbano e Regional do Pará (Sedurb-PA).

Após o desenvolvimento dos autos, o gestor à época dos fatos foi condenado pela inexecução e(ou) execução em desacordo com as especificações técnicas

⁴⁷ Ementa: Tomada de Contas Especial. Irregularidades na execução do Convênio. Não comprovação da boa e regular gestão de recursos transferidos pela Fundação Nacional de Saúde ao Governo do Estado do Pará. Citações. Inexecução ou má execução dos serviços. Alegações de defesa insuficientes para afastar as ocorrências. Contas irregulares, débito e multa. Recursos de Reconsideração. Conhecimento. Razões Recursais insuficientes para descaracterizar a ocorrência de dano ao erário. Particularidades do caso concreto em estudo que justificam a redução do débito e da multa imputados à empresa contratada pelo Conveniente para executar o objeto conveniado. Provimento ao Recurso dessa responsável apenas.

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

aprovadas pela entidade concedente, o que neste último caso não permitiu atestar pelo aproveitamento das obras/serviços executados no âmbito do contrato firmado.

Ademais, restou configurado que o gestor alterou unilateralmente os projetos e planos de trabalho aprovados pela entidade concedente, sem prévia autorização, e, portanto, assumiu o risco de insucesso na execução do convênio.

Quando da interposição do Recurso de Reconsideração em exame, os recorrentes sustentaram que toda a fundamentação elencada pelo TCU para infirmar a condenação guerreada baseia-se única e exclusivamente no relato fático da Funasa, sendo completamente desconsiderado o relatório elaborado pelo Centro de Perícias Científicas Renato Chaves – CPCRC.

Nesse sentido, arguiram a deficiência probatória que demonstre as irregularidades apontadas e asseveraram que o dever de reparação, bem como imposição de multa aplicados em desfavor dos recorrentes, decorreram de mera suposição, que não restou comprovada no caso.

Argumentaram ainda que os repasses realizados por meio destes pactos devem ser analisados à luz do Decreto Lei 200/67, com o qual a IN-STN 01/97 seria incompatível. Assim, a avença celebrada seria portadora do vício de ilegalidade, devendo, portanto, ser declarada nula de pleno direito e responsabilizados os agentes da concedente.

Elaborada proposta de encaminhamento pela Secretaria de Recursos do TCU (Serur), no sentido de que o gestor e a empresa envolvida na obra não lograram comprovar que os recursos federais afetos ao Convênio 65/2001 impugnados nesta TCE (R\$ 4.011.586,62) teriam sido regularmente aplicados na execução do objeto do Contrato Sedurb-PA 7/2002, o Ministro Relator decidiu por acolher parcialmente o parecer, reconhecendo a responsabilidade do administrador público, eis que, na

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

condição de signatário e gestor do Convênio 65/2001, não poderia ter permitido a execução do Contrato Sedurb/PA 7/2002 com quantitativos ou especificações distintos daqueles previamente autorizados pela Funasa, ensejando, nesse toar, a rescisão da avença após a interrupção do repasse de recursos federais destinados à correta execução do objeto então pactuado e a condenação ao dever de reparação delimitado no acórdão impugnado.

Já em relação à empresa de engenharia, consignou que foi contratada pela Sedurb-PA mediante procedimento licitatório (Concorrência 001/2002; Contrato Sedurb-PA 7/2002) e não estava obrigada a executar o projeto aprovado pela Funasa, motivo pelo qual não pode ser condenada a ressarcir a União valores recebidos por serviços de saneamento executados em desacordo com o projeto aprovado pela Funasa em convênio firmado com órgão público estadual sem qualquer interveniência, anuência ou vinculação da entidade empresarial.

Dessa forma, tendo em vista a inexistência de culpa sua na rescisão do Convênio 65/2001 e do Contrato Sedurb-PA 7/2002, restou reconhecida a ausência de dever de indenizar no que atine aos débitos contraídos perante a União que possa lhe ser imputado, bem como minorada a penalidade de multa que havia sido aplicada em seu desfavor.

6.3.3 Análise comparativa

Os dois acórdãos retratam situações de gestores na condução de programas federais e obras conveniadas com o governo federal apreciadas dentro do Tribunal de Contas da União.

No primeiro acórdão, tomado na vigência da Lei nº 13.655/2018, afastou-se a responsabilidade dos gestores por eventuais deficiências com relação ao crescimento, planejamento, concepção, execução, acompanhamento e expansão do FIES, citando

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

os obstáculos e dificuldades reais enfrentados pelos gestores da pasta e as exigências legais inerentes ao programa.

Já no segundo acórdão, o gestor foi penalizado pela execução de uma obra em desacordo com as especificações técnicas aprovadas pela entidade concedente, entretanto, não se considerando as razões técnicas trazidas pelo gestor, com lastro em estudo especializado.

O que parece evidente nos dois casos é a mensuração do contexto dos fatos perpetrados no decurso do tempo, avaliando-os não de acordo com a realidade do momento do julgamento, mas sim com aquela vigente ao tempo da prática dos atos analisados.

No acórdão que analisou a responsabilidade dos gestores pela deficiência na execução do programa federal e deixou de penalizá-los, o Tribunal de Contas da União reconheceu, de forma expressa, as dificuldades encontradas pelos mesmos à frente da pasta, não se permitindo que se freiem as ações administrativas até então desenvolvidas e que podem trazer avanços futuros ao próprio programa.

Ao comentar a disposição legal aplicado pelo Tribunal de Contas da União, Eduardo Jordão⁴⁸ diz o seguinte:

No caso do art. 22, objeto específico deste texto, é particularmente relevante esta segunda trilha, referente à contextualização. Daí ser comum que se afirme que ele consagra o “primado da realidade”. Nele, a exigência de contextualização produz uma espécie de “pedido de empatia” com o gestor público e com suas dificuldades. Esta é outra lógica bastante presente no projeto: se o controlador quer se colocar na posição de tomar ou substituir decisões administrativas, é preciso que enfrente também os ônus que o administrador enfrenta. Esta circunstância vai na linha das afirmações de

⁴⁸ JORDÃO, Eduardo. O art. 22 da LINDB: acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo – RDA*. Edição especial. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro, Editora FGV, 2018, p. 69-70.

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

parte da doutrina, mencionadas acima, no sentido da necessidade de maior atenção às agruras e aos dilemas do gestor público.

Diferentemente ocorreu no segundo acórdão aqui cotejado, que decidiu penalizar o gestor que descumpriu especificações técnicas aprovadas pela entidade concedente. A decisão afastou as razões expostas no estudo especializado trazido pelo gestor, dando-se prevalência ao formulado pela Funasa.

Muito embora tenha o Tribunal de Contas da União adotado manifestação diversa da que foi proposta pelo gestor responsável, a ausência de uma análise mais profunda das dificuldades enfrentadas pelo administrador ou mesmo a adoção de critérios que não seguiram à risca o projeto da concedente, mas que poderiam levar ao desfecho da obra, parece revelar, quando cotejado com a atividade decisória empreendida no primeiro acórdão, que esse modo de decidir pode conduzir a resultados negativos para a Administração Pública.

Sob o aspecto da eficiência (custos e benefícios para a sociedade), a obscuridade quanto ao enfrentamento desse tema (dificuldades enfrentadas pelo gestor ao tempo da realização do ato) pode trazer sérias consequências para a Administração Pública, já que a existência de obras paralisadas ou suspensas trará maior custo para o Poder Público, prejuízo para a população, e impede, muitas vezes, que o gestor adote medidas que, muito embora em desacordo com instruções normativas, foram necessárias para o implemento do ato administrativo.

Dessa forma, os reflexos práticos trazidos para a Administração Pública com o exame dos obstáculos reais vivenciados pelo gestor são percebidos de forma mais evidente quando utilizada a Lei nº 13.655/2018.

6.4 A alteração de entendimento pelo órgão de controle externo e a fixação de período de transição

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

6.4.1 Parecer Prévio TC – 127/2018 do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo

O acórdão apreciou a prestação de contas anual da Prefeitura Municipal de Linhares, exercício de 2012.

Durante o curso do processo foram evidenciadas duas irregularidades discutidas ao tempo do julgamento: obrigação de despesas contraídas nos dois últimos quadrimestres do mandato sem disponibilidade financeira suficiente para o seu pagamento; não recolhimento das contribuições do IPAS e do INSS retidas dos servidores.

Foi emitido parecer prévio, recomendando-se a aprovação das contas com ressalvas. No tocante ao primeiro item discutido, entendeu o Tribunal de Contas do Espírito Santo, aplicando o artigo 23 da Lei nº 13.655/2018, que a “alteração dos parâmetros interpretativos previstos na nota técnica nº 001/2013 promoveu profunda mudança na metodologia de aferição do art. 42, da Lei Complementar Federal nº 101/2000, impedindo que os gestores públicos se adaptassem às novas diretrizes”.

O órgão julgador entendeu, com base no texto legal, que era necessário estabelecer um “período de transição entre a entrada em vigor de um novo parâmetro hermenêutico quando se tratar de normas de conteúdo indeterminado”.

Considerou que no caso concreto que o regime de adaptação estava inviabilizado porque os novos parâmetros interpretativos ocorreram justamente no último ano dos mandatos.

Já em relação ao segundo item, a Corte de Contas entendeu as que as justificativas apresentadas pelo gestor foram suficientes, demonstrando-se a regularidade dos recolhimentos.

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

6.4.2 Parecer Prévio TC – 018/2016 do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo

O acórdão apreciou a prestação de contas anual da Prefeitura Municipal de Ponto Belo, exercício de 2012.

Durante o processo foram constatadas irregularidades pela Unidade Técnica do Tribunal, a saber: insuficiência de disponibilidades financeiras para arcar com as obrigações de despesas contraídas em final de mandato; movimentações imprecisas em contas contábeis “Valores de INSS a Compensar” e “Créditos a Receber”.

Ao tempo do julgamento foram analisadas as duas irregularidades, sendo decidido pelo reconhecimento da não observância do artigo 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal, em razão da insuficiência de disponibilidades financeiras detectadas para arcar com as obrigações de despesas contraídas em final de mandato.

A segunda irregularidade foi afastada, recomendando-se, ao final, a rejeição das contas.

6.4.3 Análise comparativa

Os dois pareceres tratam de prestação de contas anual com a análise da incidência do artigo 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

No primeiro caso, em razão de nova interpretação conferida pelo Tribunal de Contas ao aludido dispositivo, de maneira mais rígida, inclusive, decidiu a Corte que era necessário um período de transição, de modo a garantir a segurança jurídica quanto aos atos já praticados antes da nova orientação, utilizando-se do artigo 23 da Lei nº 13.655/2018.

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Já no segundo caso, aplicou-se o dispositivo do artigo 42 da LRF dentro do entendimento sufragado pelo Tribunal de Contas, recomendando a rejeição das contas.

Nesse sentido, observa-se que a implementação de um regime de transição passa a ser dever indispensável para quem cria a nova regulação, suficiente a propiciar um grau mínimo de previsibilidade para as modificações interpretativas, homenageando-se a segurança jurídica.

E a ausência de aplicação desse dispositivo pode revelar consequências graves para o gestor e, conseqüentemente, para a própria Administração. Sem a aplicação do regime de transição, os gestores podem ser penalizados com a nova orientação com a aplicação de sanções inadequadas para aqueles que geriram a máquina administrativa na expectativa legítima de lisura dos seus atos, sem contar ainda a possibilidade da própria Administração Pública sofrer limitações impostas pelos órgãos do controle, decorrentes dos atos analisados, com evidentes prejuízos para a população.

6.5 A existência de cláusulas restritivas no pregão eletrônico e a preocupação com o resultado prático da decisão

6.5.1 Decisão 01703/2018-9 do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo

A decisão analisa uma representação, com pedido de suspensão cautelar do certame licitatório, que noticia a existência de indícios de irregularidades no âmbito do pregão presencial 35/2018, realizado para a contratação de serviços de locação de impressoras multifuncionais em atendimento às demandas das diversas secretarias da Prefeitura do Município de Sooretama.

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O autor da representação insurge-se quanto a possível existência de cláusulas editalícias restritivas da competitividade da licitação, especialmente em relação à exigência de comprovação de possuir sede administrativa no Município de Sooretama no prazo de 10 dias após a declaração de vencedor do certame, bem como possível divergência com relação à especificação técnica de características das impressoras.

Os interessados foram notificados para apresentar esclarecimentos e a Unidade de Tecnologia da Informação do Tribunal produziu manifestação, apontando indícios de restrição à competitividade e outras irregularidades, opinando pela concessão da medida cautelar.

Na análise do caso, o Tribunal de Contas analisou todos os itens colocados pelo representante e, entendendo que as irregularidades se restringiam a improbidades formais, não identificando danos financeiros ao erário, aplicou o artigo 20 da Lei nº 13.655/2018, para indeferir o pedido liminar formulado.

Deixou consignado na decisão que “cabará ao julgador demonstrar que a medida imposta em sua decisão se adequa à realidade operacional do órgão, de forma considerar sua repercussão social e as consequências da possível paralização ou o retardamento dos setores e dos serviços públicos ofertados. Busca-se, com isso, evitar que o julgamento seja proferido com base em valores jurídicos abstratos, distanciados dos resultados práticos da decisão.”

Ponderou na decisão que o procedimento licitatório já havia concluído e a suspensão da contratação acarretaria a paralização imediata dos serviços de reprografia no executivo municipal.

6.5.2 Decisão 00850/2018-4 do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo

Essa decisão do mesmo Tribunal de Contas tomada pouco antes da vigência da Lei nº 13.655/2018 versa também sobre uma representação, com pedido liminar,

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

em que se alegaram irregularidades no pregão presencial 47/2017, que trata da contratação de empresa para prestação de serviços de cópia e digitalização com cessão de equipamentos multifuncionais e impressoras, com manutenção corretiva, fornecimento de todas as peças, partes ou componentes necessários, bem como de todos os suprimentos, materiais de consumo, software de gerenciamento de bilhetagem e bobinas de etiquetas.

O representante invocou a existência de “excesso de formalismo” no citado certame com comprometimento a ampla competição, restrição indevida à competitividade e quebra de isonomia, bem como violação ao artigo 41 da Lei de Licitações.

A Unidade de Tecnologia da Informação e Comunicação do Tribunal produziu manifestação, entendendo que a empresa representante foi desclassificada indevidamente e que há indicativo de restrição à competitividade, o que pode possibilitar a contratação por preço maior, ressaindo daí o potencial risco de lesão ao erário.

O Tribunal de Contas, acompanhando a manifestação da Unidade Técnica, decidiu suspender o pregão presencial.

6.5.3 Análise comparativa

As duas decisões tratam de casos bem semelhantes que tiveram rumo diferentes em sua conclusão.

No primeiro caso, o Tribunal de Contas enveredou na realidade operacional do órgão para analisar possíveis impactos de uma suspensão liminar do contrato, notadamente quanto ao comprometimento dos serviços públicos em questão, e decidiu indeferir o pleito urgente.

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Já no segundo, não houve essa análise pelo Tribunal de Contas, que decidiu pela suspensão do certame e contratação.

Nos dois processos a Unidade Técnica apresentou manifestação pela suspensão do certame e contrato, tendo o Tribunal, porém, após a vigência da Lei nº 13.655/2018, adotado uma postura mais ativa no sentido de olhar se os argumentos levantados pelo representante eram maiores que as consequências geradas para a administração pública e os serviços públicos ofertados.

Quando se analisam as duas decisões no âmbito da eficiência, aqui sob a perspectiva de que as decisões devem examinar ou correlacionar as normas jurídicas com o uso dos recursos públicos, de modo a ser estabelecido em que grau de atingimento as normas jurídicas trazem para a sociedade, percebe-se que a decisão trabalhada na incidência da Lei nº 13.655/2018 traz um ambiente mais fértil para que sejam descortinados os aspectos de eficiência objetiva (custos e benefícios) e subjetiva (prejudicados e beneficiados) com reflexos positivos para a Administração Pública.

A primeira decisão coloca de forma expressa a questão operacional da administração, os setores que podem ser atingidos com eventual paralisação e o comprometimento do serviço público ofertado, ou seja, pode-se perceber um quadro mais concreto de eficiência analisado do que a segunda decisão, que se reporta, essencialmente, a valores normativos sem fazer um exame profundo das consequências geradas para a Administração Pública.

7. Conclusão

Diante do que foi trabalhado nesta dissertação, fica evidente que as mudanças trazidas pela Lei nº 13.655/2018 sinalizam para um aprimoramento dos órgãos de controle, da Administração e da própria sociedade. O que se enxerga nos seus

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

dispositivos é a mensagem de proteção à segurança jurídica, transparência e diálogo entre quem decide e os interessados.

Pretende-se, de uma vez por todas, eliminar a prática usual e aberta de aplicação de conceitos abstratos, e adotar, de forma efetiva, a prática de aplicação de regras concretas de modo a ser evitado julgamentos sem motivação quanto à questão posta, combatendo-se assim o arbítrio tão prejudicial para o sistema.

Ao contrário do que vem sendo dito por especialistas de órgãos de controle, a lei não traz limitações à atuação de agentes públicos na gestão, ao inverso, o que se deve compreender é que suas decisões devem mergulhar de forma profunda nos fatos, obstáculos e dificuldades dos gestores, a fim de se averiguar a correta aplicação da norma e, além disso, na deliberação de invalidação do ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, a decisão não pode se limitar apenas a decretação em si, mas, com espírito colaborativo e preocupação com a finalidade maior de consecução do interesse público, deve explicitar os reflexos jurídicos e administrativos, sobretudo com vistas a criar um ambiente de estabilidade, de segurança, dando-se assim um salto sensível em qualidade decisória administrativa.

Na verdade, toda sistemática implementada pela mencionada legislação caminha no sentido de criar um ambiente que não cause tanto prejuízo ao fluxo das atividades administrativas, evitando-se, o quanto possível, a interferência das decisões na rotina da Administração Pública, de modo também a não frear iniciativas inovadoras dos gestores públicos.

Além disso, a lei impõe a quem julga a observância das suas orientações de ontem e hoje, de modo a não esquecer que, em caso de alterações, deve-se preservar situações jurídicas já consolidadas sob o manto de orientações criadas anteriormente, impondo regime de transição que garanta o cumprimento escorreito das novas colocações sem prejuízo de relações jurídicas já produzidas.

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Cria-se, ainda, um regime de diálogo com a sociedade ao estabelecer a previsão para realização de consulta pública, que vai preceder a edição de atos administrativos por parte da autoridade administrativa, o que reforça a transparência tão em voga na gestão pública moderna, sem contar a possibilidade de realização de compromisso com os interessados para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa, num franco alinhamento pela busca de soluções mais rápidas e seguras.

Neste particular, a dissertação trouxe relatório de obras paralisadas no âmbito do Estado de Sergipe envolvendo grande volume de recursos públicos e que podem ser muito bem equacionadas com a utilização do instrumento de compromisso através de diálogo a ser franqueado pelos Tribunais de Contas, inclusive atuando com mediadores na construção de saídas mais rápidas e eficazes, buscando assim salvaguardar melhor a aplicação dos recursos públicos.

O estudo de casos veio a sinalizar que as mudanças trazidas pela Lei nº 13.655/2018 são promissoras. Ao se confrontar as decisões tomadas antes e depois da vigência da referida lei, percebe-se que a atividade decisória trabalhada com o novo modelo trouxe reflexos práticos positivos para a Administração Pública e com um ganho em eficiência, ao mesmo tempo em que não se penalizou o gestor em razão da análise dos obstáculos por ele vivenciados.

Como se trata de uma lei recente, todas essas alterações serão testadas ao longo tempo com a sua aplicação pelos órgãos de controle (e do judiciário), mas fica clara a mensagem de uma atuação por parte desses órgãos voltada a proporcionar um ambiente de segurança jurídica aos administrados, que não apenas reconheça a irregularidade do ato, mas aponte consequências e até soluções, bem como que sinalize de forma clara os resultados de determinada forma de agir e mantenha coerência e constâncias nas atuações futuras, num ambiente que exale previsibilidade, eliminando-se instabilidades jurídico-administrativas vivenciadas a

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

todo instante e que somente contribuem para o fomento do prejuízo, do retardo na execução de políticas e serviços públicos e aumento da corrupção no país.

8. Referências Bibliográficas

ÁVILA, Humberto, Teoria dos Princípios, 9a ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. TC-012.028/2018-5. Parecer sobre o PL 7448/2017, em face do parecer-resposta dos autores do PL e de outros juristas. Disponível em: <https://cdn.oantagonista.net/uploads/2018/04/PL-7448-2017-Inteiro-teor-Altera-LINDB-Parecer-Conjur-2018-04-20.pdf>.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/pesquisa/acordao-completo/702820097.PROC>> Acesso em: fev.2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1643/2018. Plenário. Relatora: Ministra Ana Arraes. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/ac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%25201643%252F2018/%20DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/2/%20>>. Acesso em: abril.2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 10329/2017. Segunda Câmara. Relator: Ministro Aroldo Cedraz. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/10329%252F2017/%20DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOIN>

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

T%20desc/1/%20?uuid=e1d41f20-8805-11e9-a8b8-e9f9aa8ce861>.Acesso em: abril.2019.

BRITO, Carlos Ayres, O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas, in GRAU, Eros Roberto et al. (coords.), Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a José Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BUGARIN, Mauricio and MENEGUIN, Fernando B.. Incentivos à corrupção e à inação no serviço público: Uma análise de desenho de mecanismos. *Stud. Econ.* [online]. 2016, vol.46, n.1, pp.43-89. ISSN 0101-4161. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/0101-416146142mbf>> Acesso em: maio.2019.

CABRAL, Flávio Garcia. O conteúdo jurídico da eficiência administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

CAMPOS, Eduardo Caron de. Segurança Jurídica: surgimento, trajetória e função. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/seguranca-juridica-surgimentotrajectoria-e-funcao/34106/>>. Acesso em: abril.2019.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F; SARLET, Ingo W; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CAPOBIANCO, Juan Marcello. Composição e atribuição dos tribunais de contas no Brasil. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6965/Composicao-e-atribuicoes-dos-tribunais-de-contas-no-Brasil>>. Acesso em: abril.2019.

CARVALHO, Raquel de Melo. A Lei 13.655/2018 e o dever de motivação pela Administração Pública na LIND. Disponível em:

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

<<http://raquelcarvalho.com.br/2018/08/12/a-lei-13-655-2018-e-o-dever-de-motivacao-pela-administracao-publica-na-lindb/>>. Acesso: fev.2019.

DALLARI, Adilson Abreu. Artigo 25. In: PEREIRA, Flavio Henrique Unes (Coord.). Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática. Brasília: Senado.

DIDIER JR. Fredie. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/sobre-a-fundamentacao-da-decisao-judicial.pdf>> Acesso em: fev.2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2001.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Contas do Espírito Santo. Processo nº 05441/2018-9. Decisão nº 01703/2018-9. Relator: Conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: Acesso em: <<https://mapjuris.tce.es.gov.br/Arquivo/Visualizar/12535?extensaoArquivo=Application/pdf.>> maio.2019.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Contas do Espírito Santo. Processo nº 03020/2018-2. Decisão nº 00850/2018-4. Relator: Conselheiro João Luiz Cotta Lovatti. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <<https://mapjuris.tce.es.gov.br/Arquivo/Visualizar/10583?extensaoArquivo=Application/pdf.>>. Acesso em: maio.2019.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Contas do Espírito Santo. Parecer Prévio TC nº 127/2018. Plenário. Relator: Conselheiro Sergio Manoel Nader Borges. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <<https://mapjuris.tce.es.gov.br/Arquivo/Visualizar/6476?extensaoArquivo=Application/pdf.>>. Acesso em: maio.2019.

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Contas do Espírito Santo. Parecer Prévio TC nº 018/2016. 1ª Câmara. Relator: Conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <<https://mapjuris.tce.es.gov.br/Arquivo/Visualizar/6476?extensaoArquivo=Application/pdf>>. Acesso em: maio.2019.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência. 1ª ed. 2ª tiragem. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

FREITAS, Juarez. Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GICO JR., I. Introdução ao Direito e Economia. In: Timm, L.B. Direito e Economia no Brasil. São Paulo, SP: Editora Atlas, 2012.

JORDÃO, Eduardo. O art. 22 da LINDB: acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo – RDA*. Edição especial. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro, Editora FGV, 2018, p. 69-70.

JUSTEN FILHO, Marçal. O art. 20 – dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo – RDA*. Edição especial. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro, Editora FGV, 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. PL 7.448/17 e sua importância para o Direito Brasileiro. 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: abril.2019.

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

LEAL, Fernando. Considerar as consequências das decisões resolve? Uma análise crítica do PL 349/15. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-leal/considerar-as-consequenciasdas-decisoes-resolve-uma-analise-critica-do-pl-34915>> Acesso em: abril.2019.

LIMA JR. Cláudio Ricardo Silva Lima. A Lei nº 13.655/2018 e as alterações na Lei de Introdução Às Normas de Direito Brasileiro: o novo regime de motivação das decisões judiciais e outras questões processuais nas esferas judicial e administrativa – percepções iniciais. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-lei-no-136552018-e-as-alteracoes-na-lei-de-introducao-as-normas-do-direito-brasileiro-o-novo-regime-de-motiv,591452.html>. Acesso em: abril.2019

LIMA JR. Cláudio Ricardo Silva Lima. A Lei nº 13.655/2018 e as alterações na Lei de Introdução Às Normas de Direito Brasileiro. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/69967/a-lei-n-13-655-2018-e-as-alteracoes-na-lei-de-introducao-as-normas-do-direito-brasileiro/2>>. Acesso em: maio.2019.

MARINELA, Fernanda. Direito administrativo. – 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Jurídica). Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo e Egon Bockmann Moreira. Uma Lei para o Estado de Direito Contemporâneo. Disponível em: <<http://antonioaugustooanastasia.com.br/wp-content/uploads/2015/09/segurancajuridica.pdf>> Acesso em: fev.2019.

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso do Sul. Decisão nº 10088/2018. Contrato Administrativo: 90952014 MS 1506948. Relator: Flávio Kayatt. Disponível em: <<https://tce-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/647635692/contrato-administrativo-90952014-ms-1506948/inteiro-teor-647635901?ref=juris-tabs>>. Acesso em: maio.2019.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso do Sul. Decisão nº 9839/2015. Contrato Administrativo: 02/2010. Relator: Conselheiro Jerson Domingos. Disponível em: <http://www.tce.ms.gov.br/storage/docdigital/TC_7386_2013/3480b954-f511-4c6f-ba7e-08e9a80a51e7_assinado.pdf>. Acesso em: maio.2019.

MEIRELES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro / Hely Lopes Meirelles, José Emmanuel Burle Filho. 43 ed. / atual. até a Emenda Constitucional 99, de 14.12.2017. São Paulo: Malheiros, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira, Curso de Direito Constitucional/Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. – São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1996.

MENEGUIN, F. B.; SANTOS, P. F. O. Há Incompatibilidade entre Legalidade e Eficiência? Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, ago/2013. Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em: abril.2019.

MOREIRA, Egon Bockmann. A Nova Lei de Introdução e o Prestígio ao Controle Externo Eficiente. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/justica/colunistas/egon-bockmann-moreira/a-nova-lei-de-introducao-eo-prestigio-ao-controle-externo-eficiente-6133bodkb8lvvkj4hc1knle4o>>. Acesso em: maio.2019.

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. A proposta de Lei da Segurança Jurídica na Gestão e do Controle Público e as Pesquisas Acadêmicas. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/PALMA-Juliana-A-proposta-de-lei-da-seguran%C3%A7a-jur%C3%ADdica.pdf>>. Acesso em: fev.2019.

PARANÁ. Tribunal de Contas do Paraná. Acórdão nº 591/2019. Primeira Câmara. Relator: Auditor Thiago Barbosa Cordeiro. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <<https://www1.tce.pr.gov.br/multimidia/2019/5/pdf/00336308.pdf>>. Acesso em: maio.2019.

PARANÁ. Tribunal de Contas do Paraná. Acórdão nº 4341/2017. Segunda Câmara. Relator: Conselheiro Ivens Zschoerper Linhares. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <<https://www1.tce.pr.gov.br/multimidia/2017/10/pdf/00321626.pdf>>. Acesso em: maio.2019.

PINTO, Élida Graziane et. al. Política Pública e Controle: um diálogo interdisciplinar em face da Lei nº 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. et. at. Belo Horizonte: Fórum, 2018. P. 47.

PIRES, R.; CARDOSO Jr., J.C. Dilemas entre controle e autonomia de gestão: alternativas e possibilidades de superação. Gestão pública e desenvolvimento. Brasília: Ipea, 2011. P.248.

PORTO, Antônio José Maristrello. Disponível em: <<https://docplayer.com.br/22122187-Analise-economica-do-direito-aed.html>>. Acesso em: abril.2019.

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

RODRIGUES, Lucas de Faria. As confluências entre a nova Lindb e o marco regulatório da ciência e tecnologia. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-01/lucas-rodrigues-lindb-marco-regulatorio-ciencia-tecnologia>. Acesso em: abril.2019.

SERGIPE. Tribunal de Contas do Estado de Sergipe. Diretoria de Controle Externo de Obras e Serviços. Relatório de obras paralisadas. Abril.2019.

SILVEIRA, Marilda de Paula. Artigo 22. In: PEREIRA, Flavio Henrique Unes (Coord.). Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática. Brasília: Senado.

SALAMA, B. M. O que é “Direito e Economia”? Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/2793/2033>>. Acesso em: abril.2019.

SUNDFELD, CARLOS ARI. Uma Lei Geral Inovadora para o Direito Público. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniaoe-analise/colunas/controle-publico/uma-lei-geral-inovadora-para-o-direito-publico-01112017>. Acesso em: abril.2019.

SUNDFELD, CARLOS ARI et. al. Resposta aos comentários tecidos pela consultoria jurídica do TCE ao PL nº 7.448/2017. Disponível em: <<http://anastasia.com.br/documentos/PL7448/Parecer-Resposta-TCU.pdf>>. Acesso em: maio.2019.

SERGIPE. Tribunal de Contas do Estado de Sergipe. Obras paralisadas. Diretoria de Controle Externo de Obras e Serviços. Abril.2019.

VALIATI, Thiago Priess. O impacto da Nova Lei de Introdução (L. 13.655/18) na aplicação da LIA: o desestímulo ao direito administrativo do medo. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/thiago-priess-valiati/o-impacto-da->

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

nova-lei-de-introducao-l-13655-18-na-aplicacao-da-lia-o-desestimulo-ao-direito-administrativo-do-medo>Acesso em: abril.2019.

VALM, RAFAEL. O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2010.