



REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO - FDRP

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO- USP

Seção: Artigos Científicos

As novas disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público sob o enfoque da jurisdição administrativa

New provisions on legal security and efficiency in Public Law legislative process and enforcement under the administrative jurisdiction

Marco Aurélio Souza Mendes

Resumo: O artigo pretende abordar as modificações introduzidas pela Lei 13655/18 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). O enfoque do artigo será realizar na primeira seção uma compilação de argumentos favoráveis e contrários aos institutos trazidos pela novel legislação. Doutrinas de renomados autores nacionais foram consultadas para o embasamento de algumas posições, tendo em vista que os institutos da lei já eram objeto de estudo desde a época do projeto legislativo. Posteriormente, far-se-ão comentários conclusivos sobre retrocessos e incompatibilidades dos novos institutos com base no estudo da Jurisdição Administrativa, nas disposições do Código Modelo Euro-americano de Jurisdição Administrativa e em legislações correlatas de processo administrativo de países da América-latina.

Palavras-chave: direito administrativo; jurisdição administrativa; LINDB; Lei 13655/18.

Abstract: The article approaches the changes in LINDB by Law 13.655/18. First section summarize favorable and unfavorable arguments to the new provisions. Doctrines of renowned national authors were consulted on the basis of some positions, since law institutes were already under study by the time of the legislative project. After, second section intend to conclude about backlashes and incompatibilities of the new articles. Administrative Justice studies, the Euro-American Model Code of Administrative Jurisdiction and latinamericancountries administrative process legislation served as a basis for the comments.

Keywords: Administrative Law; administrativejustice; LINDB; Law 13655/18.

Disponível no URL: www.revistas.usp.br/rdda

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v7n1p226-251>

AS NOVAS DISPOSIÇÕES SOBRE SEGURANÇA JURÍDICA E EFICIÊNCIA NA CRIAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO PÚBLICO SOB O ENFOQUE DA JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA

Marco Aurélio Souza MENDES*

Sumário: 1 A proposta de debate e contextualização temática; 2 O problema da competência da autoridade julgadora: análise dos artigos 20 a 24; 3 Flexibilização do princípio da legalidade e a contratualização do Direito Administrativo; 4 Notas sobre o artigo 28 e a responsabilidade do gestor público; 5 Delimitação das insuficiências e incongruências da alteração legislativa; 5.1 O problema da competência nas causas administrativas poderá se agravar; 5.2 O problema da ausência de um órgão de Jurisdição Administrativa para aplicação das compensações e acordos; 5.3 A adoção do conceito de “erro grosseiro” pela legislação pode afetar o espectro das punições por improbidade; 6 Conclusão; 7 Referências bibliográficas

1. A proposta de debate e contextualização temática

O tema de Reforma Administrativa e desburocratização institucional da Administração Pública não é um objeto de pesquisa recente. Na realidade, o conteúdo que o circunda é um desejo antigo da sociedade e endossado por gerações de administrativistas. Quando se fala em construção de instituições que operam com o Direito Público, com especificidade para a modernização, um marco histórico importante no Brasil é o ano de 1995 com Bresser Pereira e o *Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado*.

Desde aquela época, inúmeras mudanças já foram implementadas em nosso ordenamento jurídico, como a perpetuação das atividades de organização do Terceiro Setor em substituição à figura do Estado em diversos setores de prestação de serviços públicos ou de serviços privados de interesse público. Este movimento de publicização de institutos privados e de abertura de espaço para que entidades privadas encampem setores públicos é o cerne do movimento de transformação da Administração Pública Burocrática em Gerencial.

Economicidade, eficiência e legitimidade democrática no controle das instituições públicas são balizas argumentativas que subsidiam a maior parte das propostas de reformas da Administração Pública. Mas não é apenas na parte estrutural da Administração Pública que os problemas se encontram.

* Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Mestre em Justiça Administrativa pelo Programa de Pós-graduação em Justiça Administrativa da Universidade Federal Fluminense.

Notadamente, vivenciamos na atualidade um grande momento de protagonismo do Poder Judiciário na pacificação de conflitos políticos ou na consecução de políticas públicas. Principalmente após o advento da Constituição de 1988, em que inúmeros compromissos sociais foram estipulados em patamar constitucional, o Judiciário vem se sobrecarregando de demandas particulares que exigem uma resposta do Estado frente aos problemas concretos da sociedade.

A massificação de demandas contra a Fazenda Pública enseja um importante questionamento: estes processos são efetivamente individuais ou na realidade são demandas coletivas com aparência de individual? A partir do paradigma *gerencialista* e da adoção de primados do processo coletivo, novas alternativas de modernização da Administração Pública surgem com o intuito de realizar pacificação social e homogeneidade na aplicação do direito público.

A Lei 13.655/18 surge exatamente neste cenário de debates. Ela alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) e divide posições no mundo jurídico sobre sua real intenção: modernização com incremento de agilidade e segurança jurídica na Administração Pública ou mecanismo de burla de responsabilidade travestido de legalidade?

Há um respaldo da doutrina nacional na defesa da legislação recém-publicada, como Alexandre Aragão, Carlos Ari Sundfeld, Floriano de Azevedo Marques Neto, dentre outros. Aliás, cabe um parêntese para constar que os dois últimos citados participaram ativamente com o Senador Anastasia (PSDB - MG) na elaboração do anteprojeto que originou a supracitada legislação.

De outro lado, tem-se uma forte corrente crítica no modelo de inserção de conceitos privados e limitação da decisão administrativa, como as posições de Irene Nohara e Fernando Facury Scaff, ou ainda de diversas opiniões institucionais como a do Tribunal de Contas da União, da Justiça do Trabalho e do Ministério Público Federal. Há ainda literaturas acadêmicas recentes que debruçam com maior profundidade nos aspectos negativos das mudanças, como os trabalhos da professora Maria Helena Diniz.

É evidente a relevância do debate, visto que não há um consenso quanto à real eficácia das medidas inseridas em nosso ordenamento jurídico. No intuito de fomentar o debate que já se acirra, o artigo propõe analisar os dispositivos da nova legislação sob dois vieses:

- 1) analisar diversas inserções de modelos de atuação contratual e do direito privado no campo da relação particular e administração, notoriamente no caso de impugnação de sanções; e
- 2) analisar os dispositivos de limitação da forma de interpretação e julgamento das autoridades administrativas na resolução de casos idênticos.

Portanto, a hipótese principal desta pesquisa é levantar os principais elementos de possíveis incongruências e insuficiências que a alteração legislativa traz a nosso sistema jurídico.

A proposta de trabalho adotada é a de revisar em um primeiro momento diversos conceitos jurídicos e estruturas de sistemas, como o da Jurisdição una e da Jurisdição Administrativa, entendendo como modificações na estrutura Administrativa impactam o sistema jurídico de uma maneira global. Além disso, esta revisão de literatura servirá de substrato para avaliar se existe ou não compatibilidade dos novos institutos como a nossa fórmula constitucional do modelo de Jurisdição una.

Como base bibliográfica, a pesquisa trará diversos conceitos e propostas da Jurisdição Administrativa, inclusive trazendo à baila dispositivos de legislações latino-americanas semelhantes sempre que possível, pois os conceitos trabalhados no campo da Jurisdição Administrativa servirão de base para as críticas que surgirão. Este estado da arte é o quesito de inovação da pesquisa, tendo em vista que não há ainda (até o momento de finalização da elaboração deste artigo) pesquisas que relacionam os argumentos críticos das mudanças com a relação institucional da Jurisdição Administrativa.

Além da revisão bibliográfica, o artigo trabalhará com diversas análises hipotéticas da nova hermenêutica trazida pela legislação em comparação com a legislação base de responsabilização da Administração Pública: a Lei 8429/92. Já que há forte corrente que defende o impacto da modificação legislativa na forma de controle e responsabilização dos Administradores, o artigo abordará algumas situações práticas indicadas na lei e sua compatibilização com a nova interpretação, implicações que vão além do direito público material e se refletem em institutos processuais como o conceito de Jurisdição ou o alcance da coisa julgada. Nesta seção, caberá um apêndice de referência à *Lei Geral Anticorrupção do México*, pois seu sistema é interessante ao adotar uma base de responsabilidade objetivo-subjetiva e servirá de modelo comparativo para algumas ideias futuras de aplicação das mudanças trazidas pela novel legislação.

Novamente, é necessário fazer essa advertência: a proposta de trabalho não é analisar artigo por artigo da alteração legislativa. O intuito é realizar o agrupamento temático dos institutos e confrontá-los com as premissas de construção da Jurisdição Administrativa, tanto sob seu aspecto teórico quanto na revisão prática de institutos de legislações latino-americanas.

2. O problema da competência da autoridade julgadora: análise dos artigos 20 a 24

Este conjunto de artigos iniciais disciplina o modelo de decisão das autoridades administrativas. Os pontos mais relevantes concentram-se na vedação para as decisões baseadas em conceitos abstratos, necessidade de o agente público sopesar as

consequências práticas (jurídicas e administrativas) da decisão, bem como o procedimento da revisão de orientações gerais e possibilidade da instituição de um regime de transição.

Notadamente, a Administração Pública em juízo resguarda-se muitas vezes sob o manto do campo obscuro da reserva do possível. O debate já desgastado da ambivalente judicialização em confronto à realidade orçamentária parece ter sido uma das centrais preocupações para a redação dos arts. 20, 21 e 22. Importante frisar: o art. 20 menciona expressamente as esferas administrativa, controladora e judicial. Portanto, a técnica da proibição quanto à decisão em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão, ao que parece, é a real guinada hermenêutica para a realidade da judicialização das políticas públicas.

Ricardo Perlingeiro (2013, p. 173), ao escrever sobre a reserva do possível como um limite à intervenção jurisdicional nas políticas públicas, propõe um questionamento se ela é realmente uma medida limitadora, afirmando que os direitos subjetivos previstos em lei ou créditos oriundos da responsabilidade civil do Estado devem ser cumpridos sem maiores questionamentos ou com restrições do legislador orçamentário, desde que se refiram a um mínimo existencial. Esta posição, de argumentação prática para a judicialização, pode incorrer em realidades absurdas, como o caso de fragilização das entidades de maior debilidade orçamentária. A finitude dos recursos públicos é uma variável que deve ser levada em conta no debate social.

A conclusão de Perlingeiro encontra respaldo na técnica do *judicial self-restraint* (autocontenção judicial) adotada pelo Tribunal Constitucional Alemão, em que o núcleo mínimo e existencial garantido pela Constituição ao cidadão não pode ter sua prestação esquivada sob o manto da reserva do possível. Demais prestações excedentes ficam ao crivo do legislador orçamentário.

A ideia do núcleo duro de prestação compulsória não é corriqueira. A questão atual da judicialização exacerbada possui íntima relação com o modelo de Estado Social proposto. Uma característica fundamental da proposta de *Welfare State* é direcionar a regulação e intervenção do Estado em múltiplos aspectos que anteriormente eram relegados para a regulamentação direta da iniciativa privada. Pollicino (2004, p. 287) determina que a judicialização das demandas neste modelo de Estado é fruto da necessidade de que exista um papel ativo das Cortes Judiciais em definir os li-

mites, extensão e o modelo de concretização no mundo prático da intervenção do Estado¹.

Irene Nohara (2016, p. 05), ao abordar aspectos das consequências jurídicas para o julgamento do art. 20, utiliza a linha da autocontenção judicial para que a decisão do juízo não substitua o mérito da decisão administrativa, caso ela tenha sido tomada dentro das margens de discricionariedade fornecidas pelo ordenamento jurídico.

A inclusão de uma técnica de reserva do possível foi claramente buscar uma maior segurança jurídica para os três atores administrativos. Quanto aos juízes, um campo de certeza sobre como controlarem políticas públicas; para a Administração uma forma de objetivamente justificarem a não efetivação de uma política pública; por fim, para os órgãos controladores, um meio de não responsabilização por omissões genéricas e abstratas. Esta seria uma visão reducionista do preceito normativo sobre somente se preocupar com a questão procedimental (garantia de uniformidade) e material (criação de pressupostos objetivos para o controle de políticas públicas através do mínimo existencial).

Por outro lado, a posição institucional de diversos setores (ANAMATRA, AJUFE, ANPR, SINAIT, CONAMP e ANPT) foi contrária a esta previsão de redução do campo de decisão. O Parecer da recomendação de veto integral afirmou ser uma consolidação do subjetivismo, ainda que haja previsão de proibir decisões com base em conceitos genéricos. Em seu Parecer contrário ao que ainda à época era projeto de lei, mencionou:

A proposta prevê que não serão tomadas decisões baseadas em valores jurídicos abstratos, sem consideração das consequências práticas da decisão. Mas a própria norma, no seu conjunto, introduz diversos valores jurídicos abstratos, tais como "interesses gerais" ou "segurança jurídica de interesse geral" ou "interesses gerais da época". Aliás, a análise do conjunto dos dispositivos revela que a quase totalidade das novas disposições contam justamente com termos genéricos, enunciados abertos, caracterizados por nível de abstração jurídica que indica caminho reverso da justificativa da proposta, permitindo diversos subjetivismos. ... [continuando] Na hipótese

¹ Neste sentido, Pollicino publicouse estudo no *German Law Journal* afirmando a seguinte conclusão: "With regard to the radical transformation of the role of law and government in modern "welfare" societies, it is not the right place to discuss the reasons for and effects of this transformation. What is relevant for us is that the significant growth of State intervention in fields previously left to private self-regulation has led to a corresponding increase in judicial activity. In particular, the Welfare State, by nature, cannot simply exercise a traditional repressive function, but must, on the contrary, ensure active protection for citizens. Such a policy involves planning for future development, and affirming broadly formulated social aims and principles, leaving the Courts with the task of concretising, in real-life cases, the meaning, extension and limits of these aims and principles. It is evident that this kind of legislation encourages judges' creativity and freedom of choice". POLLICINO, Oreste. *Legal Reasoning of the Court of Justice in the Context of the Principle of Equality Between Judicial Activism and Self-restraint*. **German Law Journal**, Frankfurt, v. 05, n. 03, p.283-317, jan. 2004.

vertente, o art. 22 cria uma modalidade de interpretação casuística, arbitrária, ao exigir consideração sobre os "obstáculos e as dificuldades reais do gestor". Que dificuldades reais seriam essas? O dispositivo autoriza, em tese, uma lógica de que "os fins justificam os meios", à qual é incompatível com a Administração Pública. (ANAMATRA *et al.* 2018).

O conteúdo do art. 24 delimita que a revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, declarem-se inválidas situações plenamente constituídas. Continua ainda o parágrafo único a delimitar o que são orientações gerais, adotando a legislação a posição de que são 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.

Em continuidade, o artigo 24 da LINDB complementa as disposições anteriormente apresentadas para referendar a necessidade da Administração observar sua própria construção de precedentes obrigatórios. Existe uma preocupação *prima facie* com a segurança jurídica e com a expectativa de confiabilidade entre Administrador e Administrado.

Alexandre Aragão (2018, p. 02) defende que as mudanças apresentadas não impedem que administradores, juízes e controladores possam interpretar o direito dentro de suas respectivas competências. Contudo, ressalva que as suas interpretações não podem prejudicar particulares que confiaram em interpretações anteriores do próprio Estado e que o próprio Estado modifique esta interpretação de maneira negativa ao particular².

Em que pese o prestígio jurídico dos autores e a boa fundamentação, não se pode comemorar com o grande entusiasmo apresentado as alterações propostas nos artigos. Evidentemente, há uma carência de adequação metodológica na apreciação administrativa de suas contendas, o que leva muitas vezes à excessiva judicialização.

A segurança jurídica com modernização, defendida pelos autores apresentados, jamais será alcançada se não houver uma redefinição da competência, bem como da unificação em uma única Corte, das causas administrativas, mediante exposição

² A ideia foi apresentada por Alexandre Aragão em seu artigo publicado no Conjur: Com esse, objetivo, de diminuir a insegurança jurídica diante de tantas posições jurídicas cogitáveis, o PL cria, por exemplo, a ação declaratória de validade de atos e contratos administrativos, ação que, naturalmente, cabendo ao Poder Judiciário a última palavra em interpretação do direito, será decidida no âmbito deste Poder, e com efeitos gerais. Todos aqueles que lidam com a Administração Pública sabem como suas portarias, resoluções, editais de licitação, fixação de tarifas, decretos são questionados, gerando várias decisões judiciais, inclusive liminares, contraditórias entre si. Com o instrumento proposto, será unificada em apenas uma ação a decisão do Poder Judiciário a respeito (ARAGÃO, 2018, p. 02-03).

mais detalhada na seção de conclusões. Neste mesmo sentido, Maria Helena Diniz (2018, p. 310-311) questiona como a apreciação valorativa, ética e sociológica pelo crivo subjetivo do julgador, baseando-se ainda estritamente em circunstâncias práticas, poderia levar à segurança jurídica³.

Ainda sobre o assunto, a citada autora observa que o espaço subjetivo fornecido pela redação do art. 20 supracitado abre margem para criar múltiplas soluções casuísticas aos problemas da Administração Pública⁴. Notoriamente, este subjetivismo irá carregar para a solução administrativa aspectos de personalidade na relação entre autoridade julgadora e objeto julgado, o que nos faz questionar a qualidade ética do conteúdo desta norma.

3. Flexibilização do princípio da legalidade e a contratualização do Direito Administrativo: análise dos artigos. 26 e 27.

A redação do art. 26 da Lei 13.655/18 dispõe sobre a possibilidade de celebração de compromisso entre particular e o Poder Público para eliminar irregularidade ou evitar uma situação de litígio. A lei, para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, confere a possibilidade à autoridade administrativa, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, de celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

Já o art. 27, em linhas gerais, trata da compensação por prejuízos e benefícios em sede administrativa, tratando como escopo principal na possibilidade da celebração de compromissos entre particular e Administração Pública para arbitrar os valores devidos e a modalidade de pagamento.

Dentre todos os dispositivos da alteração legislativa, este aparenta ser o que possui o maior número de problemas práticos. A proposta de agilidade na reparação de danos e na flexibilização do procedimento em prol da celeridade e ganhos de eficiência e economicidade faz sentido. Estipular acordos entre Administração e Administrado não deve ser visto como algo sempre promíscuo, com uma presunção natural de locupletamento do patrimônio público e da indisponibilidade de interesses da Fazenda Pública.

³Neste sentido: “Qual o sentido e o alcance do art. 22? Esse dispositivo conduz ao casuismo e subjetivismo pois requer juízo valorativo. Como um juízo baseado em circunstâncias práticas poderia conduzir à segurança jurídica, se envolve apreciação valorativa, ética ou sociológica dos resultados, mas também análise daquelas circunstâncias que condicionaram a ação do agente, ou seja, das particularidades concretas do caso?” (DINIZ, 2018, p. 310).

⁴A autora analisa com maior rigor o art. 20 em trabalho de sua autoria. Para Maria Helena Diniz (2018, p. 311), a norma abre margem para que o julgador administrativo aplique sua “mundividência” nas decisões, gerando um cenário de amplitude consequencial para a prática da decisão. A rigor, isso não se alinha com o modelo de Administração Pública proposto pela Constituição.

Entretanto, encampando opinião mais radical, o Ministério Público Federal adota em nota técnica a posição da presunção de irregularidade do ato, defendendo que a aludida mudança pode ocasionar um cenário de "campo fértil para a impunidade" (*ipsis literis*):

Ao dispor sobre o compromisso e a transação quanto a sanções, lança-se o administrador em campo fértil para a impunidade. O instituto da transação, como é sabido, impõe concessões recíprocas. No caso em comento, a falta de qualquer referência a quais seriam as concessões possíveis, que benefícios poderia a Administração Pública obter do agente público e em que condições o acordo seria celebrado, resulta em perigosa trilha para eximir o gestor da responsabilidade no trato da coisa pública (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL 2018).

A advertência do *parquet* federal tem um fundo de razoabilidade que deve ser considerado, apesar de radical. Ainda que os dispositivos citados tragam uma agilidade e modernização, as ressalvas sobre como este acordo deve ser formulado no âmbito administrativo são fundamentais. Outro aspecto importante a ser considerado é a natureza jurídica do órgão de formação desta decisão. Como o sistema brasileiro não adota as premissas da Jurisdição Administrativa, adota-se aqui o modelo da inafastabilidade da Jurisdição, conferindo então ao Judiciário a palavra final com a determinação de coisa julgada, aspectos incoerentes com nosso sistema constitucional podem surgir desta decisão de compensação e acordo.

No modelo brasileiro de Administração, alguns problemas são evidentes quando trazemos soluções consensuais para dentro da nossa Administração Pública, o que será apresentado de maneira conclusiva utilizando-se como contraponto argumentativo dispositivos do Código Modelo de Jurisdição Administrativa. Criar ferramentas de soluções consensuais sem os critérios técnicos da Jurisdição Administrativa pode levar a um cenário de maior retrocesso e incoerência.

4. Notas sobre o artigo 28 e a responsabilidade do gestor público

A alteração na LINDB promoveu uma redefinição da responsabilidade do agente público na hipótese de "erro grosseiro", a chamada *culpa grave* pelos Tribunais Superiores. Esta alteração possui reflexos intrínsecos com a lei de improbidade administrativa, pois nos remete para discussões de outrora acerca da possibilidade culposa do ilícito administrativo.

Rafael HamzeIssa defende que a mudança é um importante passo para privilegiar a conduta de boa-fé dentro da Administração Pública, eis que a análise do dispositivo demonstra "*a sua total pertinência no atual cenário, servindo como importante mecanismo para conferir segurança jurídica aos agentes públicos e membros da advocacia pública, sem qualquer prejuízo ao correto manejo da ação de improbidade administrativa*" (ISSA, 2018, p. 02-03).

O citado autor ainda continua na defesa da modificação legislativa como uma ferramenta de aprimoramento no manejo da ação de improbidade administrativa, já que:

[...] traz, portanto, uma importante evolução no sistema de responsabilização pública, ao separar as ideias de invalidade jurídica do ato da de punição por improbidade administrativa. Evita-se que o administrador público fique constantemente na berlinda da responsabilização pessoal, mesmo nas hipóteses em que tenha agido de boa-fé, o que tem sido uma das principais razões de inação e paralisia da administração pública (ISSA, 2018, p. 03).

Há um fundo louvável de preocupação quanto à necessidade de se delimitar melhor o espectro de responsabilidade do gestor administrativo no país. Se fizermos uma rápida pesquisa em algumas decisões dos Tribunais de Contas espalhados no país, muitas de suas interpretações possuem um grau de rigidez formidável. Não é difícil encontrarmos decisões administrativas das Cortes de Contas estaduais que, ao se basearem na estrita legalidade, imputam alicerces que na realidade se desvinculam de uma exequibilidade prática.

O que na verdade ocorre é que entre escolher um critério de rigidez maior da lei em detrimento de uma flexibilização casuística, órgãos de controle como o Tribunal de Contas preferem adotar critérios de maior grau de rigidez no controle para evitar eventuais privilégios pessoais na aplicação as medidas sancionatórias. Esta consequência é uma prática de resguardo institucional, e sendo positiva sob o aspecto do controle, pode ser negativa quanto à metodologia de modernização por engessar a burocracia. Mas é necessário realizar um apêndice: este comportamento ocorre justamente pela ausência de um órgão em separado da Jurisdição Comum para discutir e criar, sob metodologias próprias de direito público, a interpretação e alcance dos institutos da norma. Desta maneira, o primeiro problema da tentativa de desburocratizar a Administração dando a ela mesma o encargo de definir seus critérios de contenção pode ser a prejudicialidade do alcance do controle externo.

Apresentam-se agora comentários sobre o aspecto subjetivo da prática do ato. A responsabilização por "erro grosseiro" não parece ser o caminho mais adequado. A responsabilização pela culpa grave possui uma limitação interna dentro da responsabilização subjetiva⁵. Nosso sistema administrativo indubitavelmente adota a fórmula de responsabilização subjetiva ampla do servidor público, deixando somente para os casos de imputação direta de responsabilidade ao Estado os casos da objetivação.

⁵ O erro grosseiro juridicamente é uma categoria de culpa: a culpa grave. A melhor definição que encontrei na doutrina foi a utilizada por Pontes de Miranda: Refere-se a esta modalidade de culpa como "a culpa crassa, magna, nímia, como se dizia, que tanto pode haver no ato positivo como no negativo, é a culpa ressaltante, a culpa que denuncia descaso, temeridade, falta de cuidados indispensáveis. Quem devia conhecer o alcance do seu ato positivo ou negativo incorre em culpa grave (MIRANDA, 1958, p. 72).

A fórmula do erro grosseiro, em aparência, causa uma incompatibilidade entre a LINDB, CC02 e a Constituição, visto que limita o espectro de responsabilização do gestor. Ademais, é possível ainda que o conteúdo de “erro grosseiro” possa levar a pontuais responsabilizações que até então eram retiradas do campo de irregularidades, como o caso de advogados públicos pareceristas e irregularidades na Licitação.

Conforme será apresentado mais detidamente em remissões finais conclusivas, adequando-se a base da responsabilidade subjetiva administrativa do agente público na Constituição, é possível inclusive arguir parcela de inconstitucionalidade deste dispositivo.

5. Delimitação das insuficiências e incongruências da alteração legislativa

Nas seções seguintes, agrupam-se as observações fundamentais sobre as insuficiências e incongruências da nova lei, conforme a temática apresentada anteriormente. Mediante os argumentos favoráveis e desfavoráveis apresentados, a partir de agora a legislação será analisada de maneira crítica com base nos fundamentos da Jurisdição Administrativa e com legislações latinas que trazem preceitos semelhantes.

Diante dos diversos entendimentos conflitantes que foram apresentados, impossível cravar uma conclusão unívoca sobre a lei conter unicamente aspectos positivos ou negativos. A melhor análise é feita por institutos, conforme adotou-se na metodologia de exposição dos fundamentos das doutrinas apresentadas, bem como dos posicionamentos institucionais.

5.1 O problema da competência nas causas administrativas poderá se agravar

A técnica de julgamento dos arts. 20 a 21, exigindo uma motivação mais concreta e congruente com a realidade vivenciada pelos gestores é um olhar crítico para o cenário orçamentário atual. Como já mencionado no início deste artigo, apesar de haver concordância de que o legislador orçamentário não possui uma competência material em limitar a realização de direitos fundamentais pela reserva do possível, o orçamento tem e deve ter um peso fundamental nas decisões administrativas.

Pela atual complexidade da atual Administração Pública moderna, o Orçamento Público passa de peça meramente contábil para instrumento de força de realização material de políticas públicas, tese defendida pela moderna doutrina como em Giacomoni (2015, p. 100). Recordando alguns fundamentos de como funciona a sistemática orçamentária na Constituição brasileira, nosso orçamento, via de regra, não é impositivo, ainda que recentes Emendas tenham dado caráter cogente para algumas parcelas.

O Administrador, possuindo faculdade de execução de determinadas despesas, possui implicitamente um leque de discricionariedade dentro do espectro da legalidade para fundamentar a escolha de determinada política pública. Este aspecto, a meu ver particular, foi a maior preocupação do conteúdo dos arts. 20 a 23.

Quando o art. 21 determina que a decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas, há clara intenção do legislador em estabelecer o conteúdo obrigatório da fundamentação jurídica, tanto no momento de concessão do ato quanto de sua revisão. Incluiu-se a preocupação de uma boa governança na Administração Pública, um dos primados de nossa Lei de Responsabilidade Fiscal, como uma das possíveis fundamentações para acolher ou não acolher pretensões administrativas.

O Código Modelo Euro-americano de Jurisdição Administrativa trabalha com a hipótese de que o alcance do controle de legalidade e a atuação administrativa recaí sobre o exame da correta aplicação e interpretação de conceitos jurídicos indeterminados. Ao que parece, haveria uma compatibilidade entre a ideia do Código Modelo de Jurisdição Administrativa e a técnica dos arts. 20 e 21.

Por outro lado, adverte-se quanto a uma incongruência deste modelo de julgamento com uma das bases da Jurisdição Administrativa: a unificação e afetação de competência jurisdicional. Causas administrativas são, somente em aparência, demandas individuais.

As pretensões dos administrados, na essência, são demandas coletivas. Neste sentido, há a explanação de Perlingeiro (2008, p. 256) de que a norma deve evitar que órgãos distintos tenham competência de uma mesma causa. Em linhas gerais, a natureza geral e individual dos atos, bem como a extensão de seus efeitos, devem ser critérios norteadores da competência. Nesta linha, o Código Modelo citado apresenta esta estrutura de competência em seu art. 14⁶.

Para título de ilustração, alguns de nossos vizinhos latinos possuem estruturas jurisdicionais pautadas no modelo de competência exposto, como o caso da Guatema-

⁶ Art. 14 (Corte Suprema): Uma corte suprema assegurará, por suas decisões, a uniformidade da jurisprudência.

⁷ Lei do contencioso administrativo da Guatemala. Artículo 24. Acumulación. Cuando se hubieren planteado varios contenciosos administrativos en relación al mismo asunto, se acumularán de oficio o a solicitud de parte, a fin de resolverlos en una misma sentencia.

Tradução livre: Artigo 24. Acumulação. Quando se ajuizarem diversos contenciosos administrativos em relação ao mesmo assunto, deverão se acumular de ofício ou por solicitação da parte, a fim de que se resolvam todos os processos em uma mesma sentença.

la⁷, de El Salvador⁸ e do Equador⁹. Todos estes países adotam um sistema de contencioso administrativo que admite que somente um único órgão afete a competência de resolução em uma única decisão casos semelhantes para todas as demais instituições administrativas do país.

Apesar desta alteração da LINDB corrigir alguns aspectos da fundamentação e readequar o aspecto de decisão dos órgãos administrativos através de realidades orçamentárias palatáveis, há ainda uma grave desconformidade com o perigo de surgirem diversas decisões individuais "pendulares".

A metáfora de apreciação da Administração seria equiparada a um pêndulo no âmbito da discricionariedade: diferentes critérios podem basear a concessão ou dene-

⁸DECRETO Nº 81, DE 24 DE NOVIEMBRE DE 1978. Atribuições Da Corte Suprema de Justiça de El Salvador.

Artículo 1º. Erígese la jurisdicción contencioso administrativa como atribución de la Corte Suprema de Justicia. La potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en esta materia corresponde a la Sala de lo Contencioso Administrativo.

Tradução livre: Art. 01º. Erige-se na Jurisdição Administrativa o contencioso como atribuição da Corte Suprema de Justiça. O poder-dever de julgar e executar os julgados nesta matéria corresponde à Sala de Contencioso.

⁹ Ley 35 de 1968 do Equador (Organização da Jurisdição Administrativa contenciosa) Artículo 10. Son atribuciones y deberes jurisdiccionales del Tribunal de lo Contencioso - Administrativo: a) Conocer y resolver en única instancia de las impugnaciones a los reglamentos, actos y resoluciones de la Administración Pública, o de las personas semipúblicas o de derecho privado con finalidad social o pública y decidir acerca de su legalidad o ilegalidad; b) Conocer y resolver en única instancia de las resoluciones de la Contraloría General de la Nación que establezcan responsabilidad en la gestión económica estatal o municipal o de otras instituciones sometidas al control o juzgamiento de aquélla;

Tradução livre: Art. 10. São atribuições e deveres jurisdicionais do Tribunal de Contencioso Administrativo: a) Conhecer e resolver em única instância as impugnações aos regramentos, atos e resoluções da Administração Pública ou das pessoas semipúblicas de direito privado com finalidade social ou pública e decidir sobre sua legalidade ou ilegalidade; b) Conhecer e resolver em única instância as resoluções da Controladoria Geral da Nação que estabelecem a responsabilidade na gestão econômica estatal, municipal ou de outras instituições submetidas ao controle ou julgamento da Corte;

gação de benefícios individuais homogêneos, o que geraria um descompasso sistemático de violações ao princípio da igualdade¹⁰.

Ressalta-se ainda, por fim, que a própria redação confusa e abstrata dos arts. 20 e 21 abre margem para a adoção de discricionariedades e arbitrariedades no momento da decisão administrativa, uma cabal contradição com o próprio objetivo da alteração legislativa¹¹.

5.2 O problema da ausência de um órgão de Jurisdição Administrativa para aplicação das compensações e acordos propostos pela alteração legislativa

O Código Modelo de Jurisdição Administrativa traz em seu art. 38 a disciplina sobre os requisitos para a celebração de acordos extrajudiciais no âmbito da Jurisdi-

¹⁰A violação da proporcionalidade e igualdade em casos da Jurisdição Administrativa já foi muito bem observada por Perlingeiro em seu artigo **Contemporary Challenges in Latin American Administrative Justice**. Destacorelevantetrecho que fundamenta a conclusãoexposta:One of the main causes of administrative claims that are repetitive is that individuals file separate claims regarding matters of general interest. The Judiciary should not be instrumentalized to circumvent the duties of the public administrative authorities to treat all claimants equally.¹²¹ Since a decision involving a question of general interest can only benefit the individual claimant, the other citizens in the same factual circumstances will naturally feel encouraged to file identical court claims. In administrative law cases, however, neglecting the concept of proportionality sometimes leads the courts to violate the principle of equal treatment under administrative law on the grounds that judges are free to decide differently and that the litigants are entitled to seek out the best procedural channels to support their arguments and claims. In cases in which a constitutionally legitimized judge rules on an individual claim based on a question of general interest, it would be incompatible with the principle of the judge predetermined by the law (predetermined objective rules of procedural jurisdiction) for a different court to rule on the same question, whether concurrently or subsequently, even in reference to different litigants (PERLINGEIRO, 2016).

Tradução livre: Uma das principais causas de reclamações administrativas que são repetitivas é que os indivíduos compartilham alegações distintas em relação a questões de interesse geral. O Poder Judiciário não deve ser instrumentalizado para contornar os deveres das autoridades administrativas públicas de tratar todos os requerentes igualmente. Uma vez que uma decisão envolvendo uma questão de interesse geral só pode beneficiar o requerente individual, os outros cidadãos na mesma circunstância de fato sentir-se-ão naturalmente encorajados para fugir de reclamações judiciais idênticas. Em casos de direito administrativo, contudo, negligenciar o conceito de proporcionalidade leva, por vezes, os tribunais a violar o princípio da igualdade de tratamento ao abrigo da lei administrativa, alegando que os juízes são livres de decidir de forma diferente e que os litigantes têm o direito de procurar os melhores canais processuais e apoiar seus argumentos e reivindicações. Nos casos em que um juiz constitucionalmente legitimado decida sobre um pedido individual com base em uma questão de interesse geral, seria incompatível com o princípio do juiz predeterminado pela lei (regras objetivas predeterminadas de jurisdição processual) para um outro tribunal decidir sobre a mesma questão, seja concorrente ou subsequentemente, mesmo em referência a diferentes litigantes.

¹¹ Nota Técnica das 1ª, 2ª, 3ª, 4ª, 5ª e 7ª Câmaras de Coordenação e Revisão e da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão pelo veto integral ao PL 7448/2017 (PLS 349/2015). Chama a atenção, num primeiro momento, que para enfrentar o que rotula de incerteza e imprevisibilidade decorrentes do aumento de regras sobre processos e controle da administração, o Projeto de Lei tenha, precisamente, se socorrido de termos abertos, passíveis de ampla margem para interpretações e subjetivismos. Nesse sentido, as referências expressas a modo proporcional e equânime, interesses gerais, ônus ou perdas anormais ou excessivos (art. 21), orientações gerais da época (art. 24), segurança jurídica de interesse geral (art. 25), solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais (art. 26), prejuízos anormais ou injustos (art. 27) e interpretação razoável (art. 28).

ção Administrativa¹². O dispositivo faz remissão ao art. 37 do mesmo Código quanto aos requisitos intrínsecos deste acordo¹³.

Mediante a aplicação destes dispositivos, e considerando a ausência de uma construção de um órgão específico de Jurisdição Administrativa no Brasil, é possível pontuar as seguintes falhas do método de acordo proposto nos arts. 26 e 27:

1) Independência. Não pode existir um vínculo de dependência entre julgador e autoridade que está julgando em um modelo de Jurisdição Administrativa. A imparcialidade objetiva (o exercício independente dos órgãos julgadores sob o olhar da sociedade) é uma característica primordial da Jurisdição Administrativa. Esta independência repercute em reflexos econômicos importantes para a celebração do acordo, pois em uma estrutura de julgamento e realização de decisões consensuais que não está desvinculada dos demais poderes, pode ocasionar uma deturpação e desvinculação do interesse público na celebração dos acordos. Uma estrutura viciada pelos interesses internos do próprio órgão pode ocasionar em acordos cooptados por influências não técnicas.

2) Critérios prévios bem delimitados para a celebração do acordo. A alteração na LINDB trouxe a técnica dos argumentos amplos e vagos para definir os critérios de celebração dos acordos, visto que o inciso I do §1º do art. 26 menciona que o compromisso firmado buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais. Diante da pluralidade de sujeitos que atuam perante a Administração, a solução "proporcional", "equânime" e "eficiente" será celebrada mediante o grau de influência que cada particular conseguir exercer perante uma autoridade que carece de independência.

3) Órgão externo para a celebração do acordo. Mais uma vez, o fato de a celebração ser feita dentro da Administração, em um local com intensas vinculações subjetivas e administrativas, viola o conteúdo da imparcialidade como elemento necessário para a celebração de um acordo.

4) Necessidade da observância do duplo grau de jurisdição. Ainda que o acordo seja celebrado entre um particular restrito e a Administração, os reflexos exter-

¹² Art. 38 (Homologação de acordo extrajudicial). (1) O tribunal pode também, sob as mesmas condições do parágrafo primeiro do art. 37, homologar o acordo com o qual as partes ponham fim a uma controvérsia nascida ou por nascer, celebrado antes ou durante a instância judicial, porém sem a intervenção do Tribunal, cada vez que sua execução encontre dificuldades particulares. (2) Os terceiros lesionados pelo acordo podem recorrer da decisão de homologação nas condições do parágrafo segundo do art. 37. (3) O parágrafo terceiro do art. 37 é aplicável à homologação do acordo não judicial.

¹³ Art. 37 (Homologação do acordo e vias de recurso)(1) Sempre que o acordado não for contrário ao ordenamento jurídico nem manifestamente lesivo do interesse público ou de terceiros, o tribunal homologará o acordo e proferirá decisão, declarando concluído o processo sobre os pontos do acordo.(2) A decisão de homologação citada no parágrafo precedente tem a mesma autoridade que as sentenças do tribunal. Os terceiros lesionados pelo acordo que não forem partes no procedimento podem recorrer da decisão de homologação dentro de um prazo de dois meses, ante o mesmo tribunal.(3) As medidas de execução previstas pelos arts. 57 a 59 do presente código lhe são aplicáveis.

nos da compensação adotada podem afetar interesses de terceiros. Neste sentido, seria viável que a legislação houvesse adotado um critério semelhante ao previsto no item 2 do art. 37 do Código Modelo, permitindo que os terceiros lesionados pelo acordo que não forem partes no procedimento pudessem recorrer da decisão de homologação dentro de um prazo (o Código Modelo adota expressamente o prazo de 02 meses), ante o mesmo Tribunal. O que acontecerá no nosso sistema é que, eventualmente existindo um terceiro violado, haverá necessariamente a judicialização da demanda em face do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição. Além disso, pelo próprio alcance do que é a coisa julgada em nosso sistema, o próprio particular não será obrigado a seguir o acordo firmado no campo da Administração, pois haverá instrumento judicial para que leve a questão ao Poder Judiciário. A única conclusão que pode ser tirada desta aberração jurídica é que a ferramenta consequentemente aumentará o grau de judicialização das demandas administrativas.

5.3 A adoção do conceito de "erro grosseiro" pela legislação pode afetar o espectro de punições por improbidade administrativa e a questão da inconstitucionalidade do compromisso administrativo

Em primeiro lugar, é necessário frisar que se adota neste trabalho uma filiação perante a corrente doutrinária da responsabilização subjetiva dos atos de improbidade administrativa com base em axiomas constitucionais.

Fábio Osório Medina defende que existe respaldo constitucional na necessidade de se aplicar a responsabilidade por improbidade administrativa somente na modalidade subjetiva com base no § 6º do art. 37 da CF88. O autor utiliza-se dos princípios do devido processo legal, da legalidade, proporcionalidade e proibição ao excesso como escopos fundamentais do modelo de responsabilização adotado nacionalmente¹⁴.

Castanheira Menicucci (2012, p. 05) possui posição semelhante à anteriormente apresentada, defendendo que *a ação em desacordo com a lei não pode, só por só, configurar ato de improbidade administrativa*. A classificação objetiva da conduta, bem como a limitação do grau de culpa em âmbito de responsabilidade subjetiva, poderia incidir, portanto, em inconstitucionalidade.

O argumento de um sistema de responsabilização, que deriva da Constituição e desemboca nas demais legislações, é adotado em diversos países da América Latina. Mediante uma rápida pesquisa, pode-se constatar que no México existe uma construção de base de princípios para a responsabilização do agente público com fundamento na *Ley General de Responsabilidades Administrativas (LGRA)*, que expres-

¹⁴Fábio Medina defende esta hipótese em sua obra Teoria da Improbidade Administrativa.

samente adota um modelo misturado de responsabilidade subjetiva e objetiva com relação ao agente público.

No modelo mexicano, a falta administrativa e a suposta responsabilidade do servidor público ou do indivíduo é o pressuposto processual para dar origem ao procedimento das responsabilidades administrativas dos servidores públicos ou privados, através da ação de responsabilidade contida na LGRA, sendo que a análise isolada de cada um desses pressupostos pode levar à inadmissibilidade do procedimento, de acordo com o artigo 196 do LGRA, no caso de uma falta administrativa ou demissão (artigo 197 LGRA) se for a inexistência do alegado autor¹⁵.

¹⁵Artículo 196. Son causas de improcedencia del procedimiento de responsabilidad administrativa, las siguientes:

I. Cuando la Falta administrativa haya prescrito; II. Cuando los hechos o las conductas materia del procedimiento no fueran de competencia de las autoridades substanciadoras o resolutoras del asunto. En este caso, mediante oficio, el asunto se deberá hacer del conocimiento a la autoridad que se estime competente; III. Cuando las Faltas administrativas que se imputen al presunto responsable ya hubieran sido objeto de una resolución que haya causado ejecutoria pronunciada por las autoridades resolutoras del asunto, siempre que el señalado como presunto responsable sea el mismo en ambos casos; IV. Cuando de los hechos que se refieran en el Informe de Presunta Responsabilidad Administrativa, no se advierta la comisión de Faltas administrativas, y V. Cuando se omita acompañar el Informe de Presunta Responsabilidad Administrativa.

Tradução livre: Artigo 196. São as seguintes as causas de inadmissibilidade do procedimento de responsabilidade administrativa: I. Quando a falha administrativa prescreveu; II. Quando os fatos ou condutas objeto do procedimento não eram da competência das autoridades substantivas ou de resolução do assunto. Nesse caso, por meio de ofício, a questão deve ser comunicada à autoridade que se considera competente; III. Quando as infrações administrativas alegadas contra o suposto autor do crime já tenham sido objeto de uma decisão que tenha sido exequível pelas autoridades de resolução, desde que o alegado responsável seja o mesmo em ambos os casos; IV. Quando os fatos referidos no Relatório de Alegada Responsabilidade Administrativa, não notar a comissão de infrações administrativas, e V. Ao omitir acompanhar o Relatório de Alegada Responsabilidade Administrativa.

O aspecto da subjetividade recai no momento da aplicação da sanção, pois a penalidade irá variar em grau de gravidade e possibilidades de diferentes sanções a depender de fatores que estão vinculados ao aspecto subjetivo do servidor público¹⁶.

Na visão mexicana de responsabilização administrativa, o conteúdo do art. 28 da modificação da LINDB estaria acertado. Perante nossa sistemática constitucional, a previsão da responsabilidade do servidor por "erro grosseiro", além de afrontar a delimitação constitucional, não está alinhada com os entendimentos consolidados do Superior Tribunal de Justiça sobre a necessidade do elemento subjetivo amplo na análise das tipificações por improbidade administrativa.

Corre-se o risco, com a nova previsão, de algumas teses protetivas encampadas pelo Superior Tribunal de Justiça se tornarem a regra, como o caso emblemático da responsabilização do parecerista por culpa grave. Segundo a tese do relator, ministro Benedito Gonçalves, no REsp 1.454.640, "a existência de indícios de irregularidades no procedimento licitatório não pode, por si só, justificar o recebimento da petição inicial contra o parecerista, mesmo nos casos em que houve a emissão de parecer opinativo equivocado", afirmou em seu voto (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2015).

No acórdão supracitado, o STJ admite a possibilidade do erro grosseiro mediante uma ressalva imprescindível de constatação de vinculação direta entre ato ímprobo e a atitude grosseira ou de má-fé do servidor público, no caso o advogado público parecerista. A Colenda Corte concluiu que é abusiva a responsabilização do pare-

16 Artículo 80. Para la imposición de las sanciones a que se refiere el artículo 78 de esta Ley se deberán considerar los elementos del empleo, cargo o comisión que desempeñaba el servidor público cuando incurrió en la falta, así como los siguientes: I. Los daños y perjuicios patrimoniales causados por los actos u omisiones;

II. El nivel jerárquico y los antecedentes del infractor, entre ellos la antigüedad en el servicio; III. Las circunstancias socioeconómicas del servidor público; IV. Las condiciones exteriores y los medios de ejecución; V. La reincidencia en el incumplimiento de obligaciones, y VI. El monto del beneficio derivado de la infracción que haya obtenido el responsable.

Artículo 82. Para la imposición de las sanciones por Faltas de particulares se deberán considerar los siguientes elementos: I. El grado de participación del o los sujetos en la Falta de particulares; II. La reincidencia en la comisión de las infracciones previstas en esta Ley; III. La capacidad económica del infractor; IV. El daño o puesta en peligro del adecuado desarrollo de la actividad administrativa del Estado, y V. El monto del beneficio, lucro, o del daño o perjuicio derivado de la infracción, cuando éstos se hubieren causado.

Tradução livre: Art. 80. Para a imposição das sanções a que se refere o art. 78 desta Lei, devem ser considerados os elementos de emprego, cargo ou comissão que o servidor público realizou quando incorridos no delito, bem como os seguintes: I. Os danos e perdas causados por atos ou omissões; II. O nível hierárquico e o histórico do ofensor, incluindo a antiguidade no serviço; III. As circunstâncias sócio-econômicas do servidor público; IV. As condições externas e os meios de execução; V. Reincidência na violação de obrigações e VI. O valor do benefício derivado da infração obtida pelo responsável. Art. 82. Para a imposição de penalidades por faltas pessoais, devem ser considerados os seguintes elementos: I. O grau de participação do (s) sujeito (s) na falta de particularidades; II. A reincidência no cometimento das infrações previstas nesta Lei; III. A capacidade econômica do infrator; IV. O dano ou a ameaça ao desenvolvimento adequado da atividade administrativa do Estado, e V. A quantia do benefício, lucro, ou o dano ou ainda o dano derivado da infração, quando estes foram causados.

cerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário.

Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa. Mas esta limitação só é possível devido a uma proteção legal pela função do Parecerista, sob pena de alargamento infundado da responsabilização de terceiros em atos de improbidade administrativa.

Diante do amplo espectro hermenêutico em que as condutas inseridas como "erro grosseiro", não se mostra compatível com nosso ordenamento a previsão. Existe uma margem discricionária que poderá levar para interpretações negativas no momento de responsabilizar o servidor pelos seus atos dentro da Administração Pública, o que causaria uma limitação funcional do pleito indenizatório com base em premissas sancionatórias.

Cruz e Borges (2018, p. 03), ao analisar as disposições do art. 28 com base no método de divisão de responsabilização reparatória e sancionatória pelo Tribunal de Contas da União, afirmou que a mudança legislativa poderá causar uma confusão na aplicação dos conceitos e limitar a responsabilização para ressarcimento ao erário:

O artigo 28 da LINDB adentra precisamente no campo da culpabilidade administrativa, pois traduz perfeitamente a posição de Ferrajoli ao atribuir à culpabilidade a noção de exigibilidade e de inexigibilidade de conduta diversa¹⁷. Com efeito, entendemos que a capacidade sancionadora do Estado restou ainda mais reduzida com tal dispositivo. Doravante, caso não se configure a ocorrência de dolo ou erro grosseiro, a responsabilidade do agente público restará afastada no âmbito do emancipado Direito Administrativo sancionador, ao passo que o ressarcimento ao erário estará sujeito à demonstração do dano, do nexos causal e da conduta do agente consubstanciada na culpabilidade em sentido amplo, tomando como parâmetro o proceder de um gestor público que atua com o zelo, a competência e a responsabilidade exigidos pelo cidadão (CRUZ; BORGES, 2018, p. 03).

Em suma, a maior crítica ao dispositivo é o risco que o conteúdo aberto de "erro grosseiro" poderá gerar na aplicação do ressarcimento ao erário, visto que existe uma fundamental diferença entre pretensão ressarcitória para pretensão punitiva (sancionatória).

17 No artigo, os autores citam a obra de Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón – Teoría Del garantismo penal*, p.487-505, como fundamento.

A forma de culpabilidade adotada no direito sancionatório administrativo não deve ser a mesma do ressarcimento ao erário, sob o risco imediato de que condutas que dilapidam o patrimônio, porém não são suficientemente negligentes ou imprudentes para serem classificadas como culpa grave, escapem do espectro indenizatório.

Conforme já citado, o art. 27 da LINDB traz a possibilidade do compromisso administrativo para impor compensação aos benefícios indevidos ou prejuízos anormais. Mediante a explicação já adotada nesta seção e na anterior deste artigo, questiona-se a devida constitucionalidade desta previsão. Dois motivos são clarividentes para embasar a proposição: 1) O modelo de inafastabilidade da Jurisdição que levaria à hipótese da não formação de coisa julgada pelo compromisso firmado em sede administrativa e 2) A indisponibilidade do interesse público para esses casos de ressarcimento, o que implicaria consequências negativas para futuras ações de improbidade.

O primeiro motivo possui ainda uma fundamentação vinculada ao modelo de Jurisdição Administrativa trabalhado neste artigo. Sendo o Brasil um país que adota o modelo unitário de Jurisdição, o aspecto da compensação pretendida na norma esbarra em critérios da Jurisdição Administrativa que não são adotados no modelo constitucional do país. Há ainda autores, como Raul Miguel e Dirceu Giglio (2017, p. 102) que mencionam argumentos processuais para esta impossibilidade. Segundo os autores, ao se adotar a teoria administrativista, a decisão que autoriza a celebração do compromisso não produziria coisa julgada material.

Quanto ao segundo motivo, os citados autores mencionam que a exclusão da responsabilidade pretendida encontra óbice no princípio republicano. Correta a análise. Mais uma vez, é imprescindível explicar que o modelo de jurisdição adotado pela nossa Constituição não permite que haja o encerramento da discussão de intensidade da responsabilidade administrativa dentro da própria Administração. Conforme esmiuçado neste artigo, para que houvesse coerência e constitucionalidade neste modelo, seria necessário ressignificar o conceito de Jurisdição em nossa Constituição e construir um modelo de dualidade que encampasse a formulação prático-teórica da Jurisdição Administrativa.

6. Conclusão

Mediante a exposição comentada dos artigos da Lei 13.655/2018 com as conclusões apresentadas, é possível delimitar em um balanço que existem mais incongruências do que benefícios pela mudança legislativa recente.

Diversos institutos inseridos pela lei realmente possuem uma necessidade de existirem na construção de uma moderna Administração Pública, principalmente no caminho de a cada dia superar o paradigma da Administração Burocrática de nosso sistema. A análise de Javier Barnes sobre a governança no moderno processo administrativo de terceira geração é plenamente aplicável quando se analisa o aspecto

interno da Administração, principalmente sua capacidade sancionatória e possibilidade de resolução consensuais de conflitos¹⁸.

Contudo, a falta de um órgão independente e imparcial em sede de Jurisdição Administrativa, a continuidade da adoção de *metacritérios* e conceitos vagos ou discriminatórios para realizar soluções, junto ainda da ausência de um órgão unitário para preencher a almejada uniformização do comportamento administrativo, são elementos que evidenciam a distância entre as alterações legislativas e real eficácia no mundo prático.

Quase 01 ano após a promulgação da Legislação analisada nesta pesquisa, surge o Decreto 9830/2019 com o propósito de regulamentar as disposições novas da Lei de Introdução. Mesmo com a inovação regulamentar, diversos aspectos ainda continuam frágeis e incongruentes no modelo proposto pela nova Lei quanto à segurança jurídica na aplicação do direito público.

O Decreto nº 9830/2019, ao regulamentar as disposições da Lei 13655/18, não trouxe melhores esclarecimentos para o campo obscuro e vago das expressões imprecisas mencionadas anteriormente. Os arts. 02º ao 04º do Decreto, ao tratarem sobre a motivação do ato administrativo, repetem o substrato vago da Lei e delimita ainda uma margem maior de que a discricionariedade administrativa possa servir de suporte para a escusa do Administrador em cumprir suas obrigações constitucionais ou desvirtuar o interesse público na execução de sua função administrativa.

No §3º do art. 03º do supracitado Decreto, a norma explicita que *o decisor apresentará apenas aquelas consequências práticas que, no exercício diligente de sua atuação, consiga vislumbrar diante dos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos*. Esta restrição retórica pode incorrer em consequências práticas do que Helena Elias (2013, p. 102) denomina de *álea* para uma arbitrariedade camuflada de legalidade pela sindicância sobre o juízo de conveniência e oportunidade da Administração

18A definição da terceira geração de processo administrativo do professor Javier Barnes está inserida em uma obra sobre as tendências atuais do processo administrativo na Europa e América Latina. No capítulo de sua autoria, o autor delimita que cuando la magnitud de los problemas excede la talla de una determinada Administración o de la del Estado, y/o cuando las cuestiones que han de afrontarse están marcadas por la incertidumbre, es necesario colaborar y gobernar de un modo diferente al tradicional. Así surge lo que puede denominarse como "gobernanza", en tantos ámbitos y sectores como el medio ambiente, la regulación de los mercados financieros, la salud pública, la energía, la seguridad pública, etcétera (BARNES, 2011, p.119). Tradução livre do trecho: Quando a magnitude dos problemas excede o tamanho de uma Administração ou do Estado, e / ou quando as questões que devem ser enfrentadas são marcadas pela incerteza, é necessário colaborar e governar de maneira diferente da tradicional. É isso que pode ser referido como "governança", em tantos campos e setores quanto em matéria ambiental, regulação dos mercados financeiros, saúde pública, energia, segurança pública, etc. Entendo que este modelo de governança é plenamente aplicável aos procedimentos sancionatórios e disciplinares no âmbito da Administração Pública, bem como em atos consensuais e homologatórios da Administração, pois garante um contraditório mais efetivo, delibera maior espaço de participação do administrado em decisões que podem direta ou indiretamente repercutir na sua esfera de direitos individuais e torna a solução conjuntamente mais aplicável na realidade.

Pública. Nesta toada, a autora deixa claro que a legalidade é insuficiente como única parâmetro para aferição da tutela da discricionariedade. Todo o processo decisório e o resultado prático deve possuir conformidade com princípios constitucionais explícitos e implícitos.

O §3º do art. 05º do Decreto 9830/2019 não satisfaz com efetivo rigor a delimitação clara do que seriam as orientações gerais. A norma explicita que *seconsideram orientações gerais as interpretações e as especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária e as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público*. Conforme se observa pelo dispositivo, a enorme vagueza conceitual possibilita que elementos diversos sejam considerados como orientações gerais para as decisões da Administração Pública. Neste momento, cabe mencionar apenas que há uma incongruência entre considerar que tanto um posicionamento judicial quanto um posicionamento administrativo possam servir como orientações gerais, visto que muitas vezes as posições entre Judiciário e Administração são antagônicas. Neste dispositivo, há um problema maior quanto à afetação de competência para resolução de contendas coletivas e que implicam numa solução uniforme para toda a sociedade.

Demais dispositivos do Decreto repetem com fidelidade a norma regulamentada e possuem os mesmos problemas já comentados anteriormente, como a questão da compensação, interpretação, regime de transição ou acordos de compensação (arts. 07º ao 12). Reitera-se que o maior problema destes dispositivos não se encontra na ideia que eles trazem e sim em sua compatibilização com o sistema de inafastabilidade da Jurisdição que nossa Constituição adota. As ideias encampadas pelos dispositivos, para serem efetivadas com rigor metodológico coerente, necessitariam de uma estrutura dotada de características de Jurisdição Administrativa, o que não se encontra no modelo brasileiro de Administração Pública.

Florianio de Azevedo Marques (2018, p. 01-02) afirma que a indeterminação dos conceitos dos novos dispositivos da LINDB poderá ser preenchida por meio da abdicação discricionária da autoridade julgadora, pois a própria delimitação geral e abstrata criaria uma auto vinculação para a autoridade. O autor defende que é pos-

sível a realização da extração de sentido racional de critérios de vinculação por meio unicamente do aporte intelectual subjetivo do intérprete¹⁹.

Discorda-se do renomado autor, mediante as proposições indicadas neste estudo, pois é impossível existir essa superação subjetiva por *metacritérios* em uma estrutura administrativa como a nossa. Somente com a construção em separado de um órgão de Jurisdição Administrativa é possível realizar por completo essa desvinculação subjetiva do agente julgado para o agente receptor.

Retoma-se conteúdo do novo paradigma da discricionariedade apresentado por Helena Elias. A ideia de efetivar o controle além da legalidade, buscando soluções condizentes com resultados práticos e que estes resultados sejam o novo norte do controle sobre o ato administrativo, é o que se estabelece no conteúdo da atividade discricionária voltada ao interesse público. Entretanto, para que seja possível que a sociedade e os órgãos de controle assumam papel determinante e efetivamente possam buscar o controle sobre a legalidade-resultado, é imprescindível que desde a estrutura em que o processo decisório se encontra já haja características que evitem a tomada do arbítrio sobre a lei. É por isso que se mostra tão importante a discussão dos institutos da nova lei sob o enfoque da Jurisdição Administrativa, pois são estruturas de características de modelos de Jurisdição Administrativa que demonstram o maior alinhamento com o paradigma apresentado.

Soma-se a isso a grave possibilidade de uma deturpação da aplicação dos preceitos da lei de improbidade administrativa com uma possível inconstitucionalidade da adoção de um modelo que foge da plena responsabilização subjetiva em todos os aspectos para abrir margem de ponderações ora relacionadas com a culpa grave com a alcunhada "erro grosseiro".

O supracitado Decreto no art. 12, ao regulamentar as hipóteses de responsabilização do agente público, abre margem para ambiguidade do que seria erro grosseiro, deixando ao arbítrio do intérprete se este modelo se alinharia mais à responsabilidade objetiva ou subjetiva, destoando então do que a própria Constituição de 1988 adota. Ainda que o §3º afirma peremptoriamente que o mero nexo de causalidade não é suficiente para caracterizar responsabilização, o modelo do erro grosseiro pode abrir margem para criar imputações de pretexto subjetivo e eventos que teoricamente seriam de responsabilidade objetiva.

¹⁹“O conceito denorma de conteúdo indeterminado foi muito controvertido quando da sanção da Lei 13.655/18 e imediatamente após, mas de toda sorte não é um conceito de difícil compreensão. [...] Essa indeterminação poderá ser preenchida no caso concreto, na decisão singular ou por deliberação normativa, hipótese em que o órgão ou ente competente abdica de sua discricionariedade balizada (capacidade de preencher de conteúdo a indeterminação do preceito) por uma delimitação geral e abstrata à qual passa a se vincular. Em suma, tem conteúdo indeterminado as normas (v.g. preceitos normativos) cuja extração do seu sentido completo depende do aporte intelectual subjetivo do intérprete. O objeto da prescrição do art. 23 são as decisões que conferem “determinação” ao preceito indeterminado”. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Art. 23 da LINDB - O equilíbrio entre mudança e previsibilidade na hermenêutica jurídica. **Revista de Direito Administrativo**, [s.l.], p.93-112, 23 nov. 2018. FundacaoGetulio Vargas. <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77651>.

Há ainda a consideração de que elementos como complexidade da matéria e atribuições exercidas pelo agente público serão consideradas na responsabilização, o que induz que pode existir uma possível excludente de ilicitude ou uma agravante genérica, a depender do caso. Neste caso, a ausência de órgão externo, dotado de imparcialidade e desvinculado da estrutura hierárquica faz com que este dispositivo possa servir de base para desmesuradas responsabilidades, pois a autoridade administrativa que aplicará o entendimento quanto à complexidade e atribuições do agente para responsabilizar aquele que cometeu um ilícito está inserida dentro da própria estrutura onde o ato foi cometido. É impossível afirmar que haverá uma completa imparcialidade e desvinculações de preconceções subjetivas na análise do caso.

A boa notícia, dentre tudo que foi exposto, é saber que há doutrinadores, operadores do direito e componentes da política com suficiente vontade para debater modernizações na Administração Pública. Entretanto, é preciso cuidado e um necessário rigor metodológico quanto às proposições institucionais. Há sempre uma necessidade de se averiguar a compatibilidade de institutos pretendidos com o sistema em que ele se inclui. No caso da Lei 13.655/18, apesar da ideia de boa gestão e segurança jurídica que norteia seus institutos, diversas disposições destoam do objetivo geral quando se analisa sua implicância prática frente a ausência de características de Jurisdição Administrativa dentro dos órgãos brasileiros. O apelo é que estudos como este sirva de subsídio para manter o que se mostra positivo e aperfeiçoar o negativo.

7. Referências bibliográficas

ARAGÃO, Alexandre. Alterações na LINDB modernizam relações dos cidadãos com o Estado. *Revista Conjur*, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-13/alexandre-aragao-alteracoes-lindb-modernizam-relacoes-estado>>. Acesso em: 22 mai. 2018.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO (ANAMATRA). *Sugestão de veto ao PL 7448/2017 (PLS 349/2015)*, Brasília, 2018. Disponível em: <https://www.conamp.org.br/images/notas_publicas/2018/Oficio_veto_PL%207448_2017.pdf>. Acesso em: 06 mai. 2018.

BARNES, Javier. Tres generaciones de procedimiento administrativo. In: ABERASTURY, Pedro; BLANKE, Hermann-josef (Org.). *Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa : presentación de la traducción de la Ley alemana de procedimiento administrativo*. Buenos Aires: Konrad Adenauer Stiftung, 2011. Cap. 01. p. 119-164. Disponível em:

- <http://www.kas.de/wf/doc/kas_34506-1522-4-30.pdf?130528220040>. Acesso em: 25 mai. 2018.
- CRUZ, Alcir Moreno da; BORGES, Mauro. O art. 28 da LINDB e a questão do erro grosseiro. *Revista Conjur*, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-14/opinioao-artigo-28-lindb-questao-erro-grosseiro#_edn10>. Acesso em: 27 mai. 2018.
- DINIZ, Maria Helena. Artigos 20 a 30 da LINDB como novos paradigmas hermenêuticos do Direito Público voltados à segurança jurídica e eficiência. *Revista Argumentum*, Marília, v. 19, n. 02, p.305-318, 28 ago. 2018. Quadrimestral. Disponível em: <<http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/594/291>>. Acesso em: 13 jan. 2019.
- ISSA, Rafael. Aprovação do PL 7448/17 representará uma melhora institucional. *Revista Conjur*, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-16/rafael-issa-pl-744817-representa-melhora-institucional>>. Acesso em: 25 mai. 2018.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Art. 23 da LINDB - O equilíbrio entre mudança e previsibilidade na hermenêutica jurídica. *Revista de Direito Administrativo*, [s.l.], p.93-112, 23 nov. 2018. Fundação Getúlio Vargas. <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77651>. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77651/74314>>. Acesso em: 13 jan. 2019.
- MENICUCCI, Rodrigo Trindade Castanheira. [Elemento subjetivo como requisito para a constituição de ato de improbidade administrativa: análise doutrinária](#). *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, [ano 17](#), [n. 3145](#), [10fev.2012](#). Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21054>>. Acesso em: 26 maio 2018.
- MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Nota Técnica das 1ª, 2ª, 3ª, 4ª, 5ª e 7ª Câmaras de Coordenação e Revisão e da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão pelo veto integral ao PL 7448/2017 (PLS 349/2015)*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/Nota%20Tecnica%201_2018.pdf>. Acesso em: 25 mai. 2018.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, vol. XXIII, Rio de Janeiro, Borsói, 1958.
- MORAES, Daniel Cardoso de; PINTO, Helena Elias. Entre discricionariedade legítima e a arbitrariedade camuflada: os impactos dos novos paradigmas de juridicidade democrática no exercício da função administrativa. In: MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo e; NOHARA, Irene Patrícia; CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes (Org.). *Sociedade Global e seus impactos sobre o estudo e a afetividade do Direito na contemporaneidade*. Florianópolis,

- lis: FUNJAB, 2013. p. 78-106. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=33edf41c0becd0d5>>. Acesso em: 28 set. 2019.
- NOHARA, Irene. *Proposta de alteração da LINDB (Projeto 349/2015)*. 2016. Documento online. Disponível em: <<http://direitoadm.com.br/proposta-de-alteracao-da-lindb-projeto-349-2015/>>. Acesso em 06 mai. 2018.
- OLIVEIRA, Raul Miguel Freitas de; PEREIRA, Dirceu Giglio. Análise crítica do instituto do compromisso administrativo previsto no artigo 23, do projeto de lei do senado n. 349/2015, que trata da alteração da LINDB. *Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública*, São Paulo, v. 02, n. 01, p.109-126, 01 jun. 2016. Semestral. Disponível em: <<http://www.indexlaw.org/index.php/rdagp/article/view/651/pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2019.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- PERLINGEIRO, Ricardo. É a reserva do possível um limite à intervenção jurisdicional nas políticas públicas sociais? *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, v. 2, p. 163-185, set-out./2013. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2343965>. Acesso em: 06 mai. 2018.
- _____. Contemporary Challenges in Latin-American Administrative Justice. *BRICS Law Journal*, III, 2016, ISSN 2412-2343.
- _____. Princípios fundamentais e regras gerais da Jurisdição Administrativa. *Revista de Processo*, p. 253-263, 2008.
- _____. Los principios de procedimiento administrativo en Brasil y los desafíos de igualdad y de seguridad jurídica. In: ABERASTURY, Pedro; BLANKE, Hermannjosef (Org.). *Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa: presentación de la traducción de la Ley alemana de procedimiento administrativo*. Buenos Aires: Konrad Adenauer Stiftung, 2011. Cap. 02. p. 313-357.
Disponível em: <http://www.kas.de/wf/doc/kas_34506-1522-4-30.pdf?130528220040>.
Acesso em: 06 mai. 2018.
- POLLICINO, Oreste. Legal Reasoning of the Court of Justice in the Context of the Principle of Equality Between Judicial Activism and Self-restraint. *German Law Journal*, Frankfurt, v. 05, n. 03, p.283-317, jan. 2004. Disponível em: <https://static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/56b91d91d51cd446dcd959a4/1454972305990/GLJ_Vol_05_No_03_Pollicino.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2019.