

Breves comentários à Lei 13.655/2018 e ao Decreto 9.830/2019

Vitor Kümpel e Fernando Mady

1. Introdução:

Em geral, as normas administrativas nacionais se voltam ao gestor público e não à Administração Pública, à sua função ou ao interesse público. Isso porque, casuisticamente, os abusos de poder e desvios de finalidade deflagram-se a partir dele. As Leis da Ação Popular (Lei n. 4.717/65), de Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/92), de Inelegibilidade e de Lei do Mandado de Segurança (Lei n. 12.016/09) caminham sob esse foco: punir o administrador improbo ou abusador. O gestor é ator principal do controle e fiscalização, malgrado o princípio da impessoalidade e o interesse público primário informem a toda administração, inclusive na atuação punitiva.

Ocorre que, para sociedade e o Estado, em si, a interação dos órgãos públicos de forma coordenada, de entidades e Poderes Funcionais e a correção da mácula são muito mais salutares que a própria punição.

A ausência de recolhimento dos repasses aos fundos de registro civil ao Tribunal de Justiça, ao Estado, Ministério Público, Santas Casas e Prefeituras, nos termos da Lei estadual n. 11.331/2002; ou contribuições previdenciárias e pagamento de tributos não consumados, pesam mais do que responsabilidade do gestor. **O ato de punir sem recuperar é mais lesante que recuperar o emergente e o cessante do infrator.** Dar vida e utilidade aos valores a fim de transformá-lo em serviços públicos de saúde, educação, segurança pública etc.

A despeito disso, não se prega a “anistia” ou esquecimento. Simplesmente se nota a situação e se questiona: não seria mais proveitoso recuperar com lucro do que um moroso processo?

Cadeias não constroem um amanhã. Progresso e proteção à dignidade das pessoas, sim. A compensação e a multa; a segurança jurídica subjetiva, a proteção à confiança dos administrados é fator de evolução. A punição, por si só, mostrou-se ineficaz. A sanha de órgãos de controle em iniciar procedimentos administrativos disciplinares em decorrência de condutas ultrapassadas apenas traz benefícios aos seus perseguidores.

A função legislativa captou esse viés e a judiciária está guinando nessa senda: com a desjudicialização, economicidade, celeridade e consensualismo.

Com a superveniência da Lei n. 13.655/2017, abriu-se uma nova fronteira à atividade controladora, administrativa e judiciária, o que se pretende esmiuçar no presente artigo.

2. Da LINDB

Promulgação da Lei nº 13.655/2018

Em abril de 2018, foi aprovada a Lei nº 13.655/2018, que promoveu profundas alterações no Direito brasileiro ao inserir 10 novos artigos na LINDB.

A Lei nº 13.655/2018 incluiu na LINDB os arts. 20 a 30 prevendo regras sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Vale ressaltar que o art. 25 foi vetado.

A interpretação dos arts. 20 a 30, portanto, deve ser a de que eles se aplicam para temas de direito público, matérias referentes ao Direito Administrativo, Financeiro, Orçamentário e Tributário. São inaplicáveis aos temas de direito privado; esses, porém, são regulados pelos outros postulados do Decreto.

Agora, em 2019, o Presidente da República editou o Decreto nº 9.830/2019 que regulamenta os arts. 20 a 30 da LINDB, inseridos pela Lei nº 13.655/2018.

Esta regulamentação assume grande importância no ordenamento, porque os arts. 20 a 30 da LINDB são repletos de conceitos abstratos ou que foram ainda pouco trabalhados pela doutrina, de forma que o Decreto será essencial para a aplicação das inovações trazidas pela Lei nº 13.655/2018.

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.

Justificativa dos juristas que auxiliaram na elaboração do anteprojeto (Carlos Ari Sundfeld):

“O art. 20 da LINDB tem por finalidade reforçar a ideia de **responsabilidade decisória estatal diante da incidência de normas jurídicas indeterminadas**, as quais sabidamente admitem diversas hipóteses interpretativas e, portanto, mais de uma solução.

O dispositivo proíbe “motivações decisórias vazias, apenas retóricas ou principiológicas, sem análise prévia de fatos e de impactos. Obriga o julgador a avaliar, na motivação, a partir de elementos idôneos coligidos no processo administrativo, judicial ou de controle, as consequências práticas de sua decisão.”

“Quem decide não pode ser voluntarista, usar meras intuições, improvisar ou se limitar a invocar fórmulas gerais como 'interesse público', 'princípio da moralidade' e outras. É preciso, com base em dados trazidos ao processo decisório, analisar problemas, opções e consequências reais. Afinal, as decisões estatais de qualquer seara produzem efeitos práticos no mundo e não apenas no plano das ideias.”¹

Esfera de eficácia da lei

¹ Resposta aos comentários tecidos pela consultoria jurídica do TCU ao PL nº 7.448/2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-juristas-rebatem-criticas.pdf>>

1) Esfera Administrativa

Fase da instância administrativa, que se passa dentro da própria Administração Pública, normalmente desenvolvida através de um processo administrativo.

2) Esfera controladora

Atividade afeta aos Tribunais de Contas, que são órgãos auxiliares, mas autônomos, de controle externo das outras funções, exercida pela função legislativa.

3) Esfera judicial

São os processos que tramitam no Poder Judiciário, sob o regime da jurisdição.

→ *O que são valores jurídicos abstratos?*

O Decreto nº 9.830/2019 fornece a seguinte definição:

Art. 3º (...)

§ 1º Para fins do disposto neste Decreto, consideram-se valores jurídicos abstratos aqueles previstos em normas jurídicas com alto grau de indeterminação e abstração.

Esse dispositivo não proíbe que se decida com base em valores jurídicos abstratos. Continua sendo possível. No entanto, todas as vezes em que se decidir com base em valores jurídicos abstratos, deverá ser feita uma análise prévia de quais serão as **consequências práticas** dessa decisão.

O art. 20 da LINDB introduz a necessidade de o órgão julgador considerar um **argumento metajurídico** no momento de decidir, qual seja, as “consequências práticas da decisão”.

Em outras palavras, a análise das consequências práticas da decisão passa a fazer parte das **razões** de decidir.

Essa conclusão é reforçada pelo art. 3º do Decreto nº 9.830/2019, que regulamentou o dispositivo:

Art. 3º A decisão que se basear exclusivamente em valores jurídicos abstratos observará o disposto no art. 2º e as consequências práticas da decisão.

Resumo:

- Não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

- Isso vale para decisões proferidas nas esferas administrativas (ex: em um PAD), controladora (ex: julgamento das contas de um administrador público pelo TCE) e judicial (ex: em uma ação civil pública pedindo melhores condições do sistema carcerário).

Tentativa de mitigar a força normativa dos princípios

A Constituição Federal é repleta de “valores jurídicos abstratos”. São inúmeros exemplos: “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III), “valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” (art. 1º, IV), função social da propriedade (art. 5º, inciso XXX), “moralidade” (art. 37, caput), “bem-estar e a justiça sociais” (art. 193), “meio ambiente ecologicamente equilibrado” (art. 225).

Esse valores jurídicos abstratos são normalmente classificados como **princípios**. Isso porque os princípios são normas que possuem um grau de abstração maior que as regras, determinam um fim na maior medida o possível, diante das condições fáticas e jurídicas.

No “positivismo”, que ficou no passado, os princípios, pelo fato de terem esse alto grau de abstração, não eram nem considerados como normas jurídicas.

Esse período histórico foi superado e, atualmente, vigora o “pós-positivismo”, marcado pelo reconhecimento da “normatividade primária dos princípios constitucionais”. Em outras palavras, atualmente, “os princípios são considerados normas jurídicas, ao lado das regras, e podem ser invocados para controlar a juridicidade da atuação do Estado.” (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 2ª ed., São Paulo: Método, 2014, p. 23). Ou, como Professor Celso Antônio Bandeira de Mello coloca, os princípios são mandamentos nucleares do sistema, cuja violação é mais grave afronta ao sistema jurídico.

Com base na força normativa dos princípios constitucionais, o Poder Judiciário, nos últimos anos, condenou o Poder Público a implementar uma série de medidas destinadas a assegurar direitos que estavam sendo desrespeitados. Exemplo:

- Súmula vinculante nº 13 do STF – Parentes consanguíneos ou por afinidade, em linha reta ou colateral até 3º grau, do ex-titular de serventia extrajudicial estão impedidos de assumir a interinidade sob pena de nepotismo (meta 15 do CNJ).²

² RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 61.860 – SC (2019/0278932-1)

RELATOR: MINISTRO SÉRGIO KUKINA - EMENTA: ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ESCRIVANIA DE PAZ. APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA DA TITULAR. VACÂNCIA. NOMEAÇÃO DO SUBSTITUTO MAIS ANTIGO. SITUAÇÃO QUE PERDUROU POR MAIS DE 6 (SEIS) ANOS. POSTERIOR SUBSTITUIÇÃO DO INTERINO PELO IMPETRANTE, ORA RECORRENTE, FILHO DA EX-TITULAR. POSSIBILIDADE. SÚMULA VINCULANTE 13/STF C/C A RESOLUÇÃO 07/2005 E COM O ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 1, AMBOS DO CNJ. INAPLICABILIDADE. 1. Cuida-se, na origem, mandado de segurança impetrado pelo ora recorrente contra suposto ato ilegal do Desembargador Corregedor Geral do Foro Extrajudicial do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, consubstanciado na Circular 199, de 28/09/2018, que indicou substituição do impetrante da interinidade da Escrivania de Paz do Município de Frei Rogério, Comarca de Curitibanos/SC, cuja ex-delegatária era sua mãe, no prazo de 60 (sessenta) dias, diante da necessidade de cumprimento da Meta 15 do Conselho Nacional de Justiça/CNJ, que determinou a aplicação da Súmula Vinculante 13/STF também às serventias extrajudiciais. 2. Nos moldes da jurisprudência desta Corte, em sintonia com o entendimento firmado pelo Conselho da Justiça Federal, a assunção temporária das serventias extrajudiciais submete-se à vedação de nepotismo

• Município condenado a fornecer vaga em creche a criança de até 5 anos de idade (STF. RE 956475, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 12/05/2016).

• Administração Pública condenada a manter estoque mínimo de determinado medicamento utilizado no combate a certa doença grave, de modo a evitar novas interrupções no tratamento (STF. 1^a Turma. RE 429903/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 25/6/2014).

• Estado condenado a garantir o direito à acessibilidade em prédios públicos (STF. 1^a Turma. RE 440028/SP, rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 29/10/2013).

• Poder Público condenado a realizar obras emergenciais em estabelecimento prisional (STF. Plenário. RE 592581/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 13/8/2015).

Essas decisões foram proferidas com fundamento em princípios constitucionais, ou seja, com base em “valores jurídicos abstratos”. A *ratio essendi* normativa, portanto, parece, indiretamente, **tentar restringir o ativismo judicial em matérias envolvendo implementação de direitos**.

É reação institucional do legislativo, o qual inoculou uma condicionante para a força normativa dos princípios: somente podem ser utilizados para fundamentar uma decisão se o julgador considerar “as consequências práticas da decisão”.

Ao motivar a decisão tomada, o indivíduo que tomar a decisão há de apontar as possíveis consequências práticas da decisão. Do contrário, uma consequência prática posteriormente identificada, que poder-se-ia aventar seria de descumprimento de lei.

prevista da Súmula Vinculante 13/STF e ao Enunciado Normativo n. 1 do CNJ. Nesse sentido: REsp 1.213.226/SC, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe 12/03/2014; RMS 26.552/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, DJe 29/9/2010. 3. Caso concreto em que, por suas particularidades, comporta solução diversa. Isso porque extrai-se dos autos que, nada obstante a Escrivania de Paz do Município de Frei Rogério, Comarca de Curitibanos/SC tenha restado vaga a partir de 24/08/1992, com a aposentadoria de sua então titular, mãe do impetrante, ora recorrente, este último somente foi designado como interino mais de 6 (seis) anos depois, em substituição ao interino anterior, que respondeu pela referida escrivania no período de 02/09/1992 a 14/12/1998. 4. Conquanto a anulação do ato coator tenha como indissociável efeito manter/restabelecer o status quo ante do recorrente, tal circunstância não afasta a discricionariedade da autoridade judicial competente para, na forma da Lei 8.935/1994, e no exercício de seu permanente poder fiscalizatório, promover, acaso necessária, a substituição do impetrante antes mesmo da assunção do próximo titular da respectiva serventia. Nesse sentido, mutatis mutandis: RMS 59.647/GO, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe 22/10/2019; RMS 28.013/MG, Rel. p/ Acórdão Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 03/08/2010. 5. Recurso ordinário provido para reformar o acórdão recorrido e, nessa extensão, conceder em parte a segurança, a fim de anular a determinação de substituição do impetrante, ora recorrente, contida na Circular/TJSC 199, de 28/09/2018 e, acaso já implementada tal substituição, determinar o restabelecimento de seu status quo ante, de modo a assegurar-lhe a respondência interina pelo Escrivania de Paz do Município de Frei Rogério, comarca de Curitibanos/SC, sem, contudo, garantir-lhe a permanência no posto até a assunção do novo titular. Custas ex lege. Sem condenação em honorários advocatícios. ACÓRDÃO - Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira TURMA do Superior Tribunal de Justiça, A Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso ordinário para reformar o acórdão recorrido e, nessa extensão, conceder em parte a segurança, a fim de anular a determinação de substituição do impetrante, ora recorrente, contida na Circular/TJSC 199, de 28/09/2018 e, acaso já implementada tal substituição, determinar o restabelecimento de seu status quo ante, de modo a assegurar-lhe a respondência interina pelo Escrivania de Paz do Município de Frei Rogério, comarca de Curitibanos/SC, sem, contudo, garantir-lhe a permanência no posto até a assunção do novo titular, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Regina Helena Costa, Gurgel de Faria (Presidente), Napoleão Nunes Maia Filho e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator. Brasília (DF), 19 de novembro de 2019 (Data do Julgamento) MINISTRO SÉRGIO KUKINA (Relator).

Contudo, ao fundamentar a decisão proferida, de forma apontar as consequências práticas que possa vislumbrar, estará isento seu proceder. Isso porque outras alternativas podem ser cogitadas e que não foram mencionadas. Nesse sentido, veja o que estabeleceu o Decreto:

Art. 3º (...)

§ 2º Na indicação das consequências práticas da decisão, 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.

Consequências práticas da decisão

A expressão “consequências práticas da decisão” é bem ampla. No entanto, a principal intenção do legislador foi a de impor a exigência de que o julgador considere, principalmente, as consequências econômicas da decisão proferida.

Trata-se da chamada “análise econômica do direito – AED”:

“De acordo com a Análise Econômica do Direito (AED), a economia, especialmente a microeconomia, deve ser utilizada para resolver problemas legais, e, por outro lado, o Direito acaba por influenciar a Economia. Por esta razão, as normas jurídicas serão eficientes na medida em que forem formuladas e aplicadas levando em consideração as respectivas consequências econômicas.” (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª ed., São Paulo: Método, 2014, p. 31).

Previsão contraditória

Se de um lado o art. 20 revela enorme contradição, porque defende que o julgador não deve decidir com base em “valores jurídicos abstratos” sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão; de outro, a própria Lei nº 13.655/2018 introduz na LINDB uma série de expressões jurídicas abstratas, como por exemplo: “segurança jurídica de interesse geral”, “interesses gerais da época”, regularização “de modo proporcional e equânime”, obstáculos e dificuldades reais do gestor”, “orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado” etc.

De fato, o próprio Supremo Tribunal já iniciou a guinada em sua forma de julgar. Basta observar a decisão das ADIs contra a Medida Provisória n. 966/2020.

A MP 966, editada em 13/05, prevê, entre outros pontos, que os agentes públicos somente poderão ser responsabilizados nas esferas civil e administrativa se agirem ou se omitirem com dolo ou erro grosseiro pela prática de atos relacionados com as medidas de enfrentamento à pandemia e aos efeitos econômicos e sociais dela decorrentes. As ações foram ajuizadas pela Rede Sustentabilidade (ADI 6421), pelo Cidadania (ADI 6422), pelo Partido

Socialismo e Liberdade (ADI 6424), pelo Partido Comunista do Brasil (ADI 6425), pela Associação Brasileira de Imprensa (ADI 6427), pelo Partido Democrático Trabalhista (ADI 6428) e pelo Partido Verde (6431). Os partidos e a ABI sustentam que esses critérios poderiam implicar a anistia ou o salvo-conduto a toda e qualquer atuação estatal desprovida de dolo ou erro grosseiro.

Critérios científicos

Na sessão de ontem (20), o relator, ministro Luís Roberto Barroso, propôs que o artigo 2º da MP seja interpretado conforme a Constituição, para que se configure como erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação do direito à vida, à saúde ou ao meio ambiente equilibrado em razão da inobservância de normas e critérios científicos e técnicos. Na sequência do julgamento, nesta quinta-feira, seu voto foi seguido integralmente pelos ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Dias Toffoli.

Negacionismo científico

Segundo o ministro Luiz Fux, a crise de saúde pública atual requer celeridade na atuação do administrador, que, com os limites estabelecidos pela MP, se sente mais seguro para agir. Ele ressaltou, entretanto, que a medida provisória não representa carta de alforria para atos irresponsáveis de agentes públicos: “O erro grosseiro previsto na norma é o negacionismo científico. O agente público que atua no escuro o faz com o risco de assumir severos resultados”, disse.

Para o ministro Gilmar Mendes, as balizas trazidas pela norma não se distanciam do regime de responsabilidade civil e administrativa dos agentes públicos que permanecem constitucionalmente vigentes em circunstâncias de normalidade.

Excludente de ilicitude

Ficaram vencidos em parte os ministros Alexandre de Moraes e Cármem Lúcia, que acompanharam o relator em relação à tese, mas concediam o pedido em maior extensão para suspender parcialmente a eficácia do artigo 1º e afastar do alcance da norma os atos de improbidade administrativa e os objetos de fiscalização dos tribunais de contas. Os dois também votaram pela concessão da cautelar para suspender integralmente a eficácia do inciso II do artigo 1º, que trata das medidas de combate aos efeitos econômicos e sociais decorrentes da pandemia. Para os ministros, o dispositivo estabelece “uma verdadeira excludente de ilicitude civil e administrativa”.

Também ficou vencido o ministro Marco Aurélio, que votou pela suspensão da eficácia da MP. A seu ver, a norma, ao prever a responsabilização do agente público apenas em relação atos cometidos com dolo ou erro grosseiro, traz restrição não prevista na Constituição Federal.

3. Exigência de se demonstrar a necessidade e adequação quando da Motivação

Veja o que diz o parágrafo único do art. 20 da LINDB:

Art. 20. (...)

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.

Motivação

Todas as decisões, sejam elas proferidas pelos órgãos administrativos, controladores ou judiciais, devem ser motivadas. Isso significa que o administrador, conselheiro ou magistrado, ao tomar uma decisão, deverá indicar os motivos de fato e de direito que o levaram a agir daquela maneira.

Novo requisito da motivação

O administrador, conselheiro ou magistrado quando for...

- impor alguma medida; ou
- invalidar ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa,

deverá **demonstrar** que a decisão tomada é necessária e a mais adequada, **explicando**, inclusive, as razões pelas quais não são cabíveis outras possíveis alternativas.

Estabeleceu o regulamento da Lei:

Art. 4º A decisão que decretar invalidação de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos observará o disposto no art. 2º e indicará, de modo expresso, as suas consequências jurídicas e administrativas.

§ 1º A consideração das consequências jurídicas e administrativas é limitada aos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos que se espera do decisor no exercício diligente de sua atuação.

§ 2º A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta, consideradas as possíveis alternativas e observados os critérios de proporcionalidade e de razoabilidade.

§ 3º Quando cabível, a decisão a que se refere o caput indicará, na modulação de seus efeitos, as condições para que a regularização ocorra de forma proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais.

§ 4º Na declaração de invalidade de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos, o decisor poderá, consideradas as consequências

jurídicas e administrativas da decisão para a administração pública e para o administrado:

I - restringir os efeitos da declaração; ou

II - decidir que sua eficácia se iniciará em momento posteriormente definido.

§ 5º A modulação dos efeitos da decisão buscará a mitigação dos ônus ou das perdas dos administrados ou da administração pública que sejam anormais ou excessivos em função das peculiaridades do caso.

Necessidade e adequação

Esses conceitos de “necessidade” e “adequação” advêm do princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade divide-se em três subprincípios:

a) subprincípio da ADEQUAÇÃO: no qual deve ser analisado se a medida adotada é idônea (capaz) para atingir o objetivo almejado;

b) subprincípio da NECESSIDADE: consiste na análise se a medida empregada é ou não excessiva; e

c) subprincípio da PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO: representa a análise do custo-benefício da providência pretendida, para determinar se o que se ganha é mais valioso do que aquilo que se perde.

O Decreto trouxe previsão no mesmo sentido:

Art. 3º (...)

§ 3º A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta, inclusive consideradas as possíveis alternativas e observados os critérios de adequação, proporcionalidade e de razoabilidade.

Motivação = contextualização dos fatos + exposição dos fundamentos de mérito e jurídicos

Segundo o art. 2º do Decreto, a decisão será motivada com:

- a contextualização dos fatos (explicação das circunstâncias fáticas que envolvem a situação); e
- com a indicação dos fundamentos de mérito e jurídicos.

Subsunção entre os fatos e os fundamentos que embasaram a decisão

A motivação da decisão conterá os seus fundamentos e apresentará uma argumentação que demonstre que há harmonia entre as normas invocadas e os fatos que estavam em julgamento:

Decreto nº 9.830/2019

Art. 2º (...) § 1º A motivação da decisão conterá os seus fundamentos e apresentará a congruência entre as normas e os fatos que a embasaram, de forma argumentativa.

§ 2º A motivação indicará as normas, a interpretação jurídica, a jurisprudência ou a doutrina que a embasaram.

Exemplo de decisões contrárias ao sobredito é a decisão prolatada pela Corregedoria Nacional de Justiça no Pedido de Providências nº 0003703-65.2020.2.00.0000. No caso, determinou-se às Centrais Eletrônicas de Registro de Imóveis dos Estados e do Distrito Federal o dever de promover a imediata suspensão da prestação de serviços não previstos no Provimento nº 89/2019, da Corregedoria Nacional de Justiça, e a suspensão de quaisquer cobranças de valores, ainda que sob a denominação de “taxas e contribuições”, que não tenham previsão legal específica. Esclarece, ainda que as suspensões prevalecem em relação a todas as normas estaduais autorizadoras de prestação de serviços e de cobranças não previstas em lei.

Motivação per relationem

A motivação, ou fundamentação *per relationem* ou *aliunde* é aquela por meio da qual se faz remissão ou referência às alegações de uma das partes, a precedente ou a decisão anterior nos autos do mesmo processo. Também é denominada de motivação referenciada, por referência ou por remissão.

➔ *É possível a utilização da técnica de motivação per relationem nas decisões tratadas pelos arts. 20 a 30 da LINDB?*

Segundo o Regulamento, sim. Veja o que previu o § 3º do art. 2º do Decreto nº 9.830/2019:

Art. 2º (...) § 3º A motivação poderá ser constituída por declaração de concordância com o conteúdo de notas técnicas, pareceres, informações, decisões ou propostas que precederam a decisão.

Vale ressaltar que essa previsão somente pode ser considerada válida porque **não inova no ordenamento jurídico**, mas somente espelha aquilo que a jurisprudência há muito tempo já entendia sobre o tema:

(...) É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto à possibilidade da motivação per relationem. (STF. 1ª Turma. RHC 145207 ED, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 22/10/2018)

(...) A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite a chamada motivação per relationem como técnica de fundamentação das decisões judiciais, não configurando ofensa ao disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal a decisão que, ao deferir busca e apreensão, de forma expressa, se reporta à minuciosa representação da autoridade policial, lastrada em substancialos relatórios de análise de objetos apreendidos em idêntica medida anterior. (STF. 2ª Turma. Inq 4633, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 08/05/2018)

O art. 489, § 1º do CPC/2015 previu uma série de exigências para a fundamentação das decisões judiciais. Diante disso, alguns autores sustentaram que, a partir da entrada em vigor desse novo diploma, teria sido proibida a motivação *per relationem*. Essa não foi, contudo, a conclusão adotada pelo STJ. Para o Tribunal, mesmo com o novo CPC, continua sendo possível esta técnica de motivação:

(...) a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, bem assim a do Supremo Tribunal Federal, admitem a motivação per relationem, pela qual se utiliza a transcrição de trechos dos fundamentos já utilizados no âmbito do processo. Assim, descaracterizada a alegada omissão e/ou ausência de fundamentação, tem-se de rigor o afastamento da suposta violação do art. 489 do CPC/2015, conforme pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (...). (STJ. 2ª Turma. AgInt no AREsp 1440047/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 11/06/2019).

4. Decisão que Acarrete Invalidação de Ato, Contrato, Ajuste, Processo ou Norma Administrativa

A Lei nº 13.655/2018 demonstrou uma preocupação muito grande com decisões que acarretem invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa. Por isso, inseriu na LINDB dois dispositivos para tratar sobre o tema: o parágrafo único do art. 20 e o art. 21.

O art. 20, parágrafo único, vimos acima. Confira agora o caput do art. 21:

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 expresso 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.

Justificativa dos juristas que auxiliaram na elaboração do anteprojeto:

O art. 21 “exige o exercício responsável da função judicante do agente estatal. Invalidar atos, contratos, processos configura atividade altamente relevante, que importa em consequências imediatas a bens e direitos alheios. Decisões irresponsáveis que desconsiderem situações juridicamente constituídas e possíveis consequências aos envolvidos são incompatíveis com o Direito. É justamente por isso que o projeto busca garantir que o julgador (nas esferas administrativa, controladora e judicial), ao invalidar atos, contratos, processos e demais instrumentos, indique, de modo expresso, as consequências jurídicas e administrativas decorrentes de sua decisão.”³

Exigências de motivação

Conjugando os arts. 20 e 21 da LINDB, podemos concluir que a decisão que acarrete a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá...

- demonstrar a necessidade e adequação da invalidação;
- demonstrar as razões pelas quais não são cabíveis outras possíveis alternativas;
- indicar, de modo expresso, suas consequências jurídicas e administrativas.

Vale ressaltar que tais exigências são aplicáveis para as esferas administrativa, controladora ou judicial.

Regularização

A invalidação de um ato, contrato, ajuste, processo ou norma pode acarretar graves prejuízos para a parte envolvida, para a própria Administração e também para terceiros. Pensando nisso, o parágrafo único do art. 21 trata sobre o tema, assim como sobre a possibilidade de regularização da situação:

Art. 21 (...)

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

³ Resposta aos comentários tecidos pela consultoria jurídica do TCU ao PL nº 7.448/2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-juristas-rebatem-criticas.pdf>>

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.

Exemplo de aplicação do dispositivo: no caso de invalidação de contrato administrativo, a autoridade pública julgadora que determinar a invalidação deverá definir se serão ou não preservados os efeitos do contrato, como, por exemplo, se os terceiros de boa-fé terão seus direitos garantidos. Deverá, ainda, decidir se é ou não o caso de pagamento de indenização ao particular que já executou as prestações, conforme disciplinado pelo art. 59 da Lei nº 8.666/93.⁴

Análise de regularidade da decisão

Decreto nº 9.830/2019

Art. 13. A análise da regularidade da decisão não poderá substituir a atribuição do agente público, dos órgãos ou das entidades da administração pública no exercício de suas atribuições e competências, inclusive quanto à definição de políticas públicas.

§ 1º A atuação de órgãos de controle privilegiará ações de prevenção antes de processos sancionadores.

§ 2º A eventual estimativa de prejuízo causado ao erário não poderá ser considerada isolada e exclusivamente como motivação para se concluir pela irregularidade de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos.

5. Interpretação das normas sobre gestão pública

Primado da realidade

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.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

Uma das principais teses de defesa dos administradores públicos nos processos que tramitam nos Tribunais de Contas ou nas ações de improbidade administrativa é a de que não cumpriram determinada regra por conta das dificuldades práticas vivenciadas, em especial quando

⁴ Vide nota supra.

se trata de Municípios do interior do Estado. Alega-se, por exemplo, que não se apresentou a prestação de contas porque a internet no interior é ruim. Argumenta-se também que não se apresentou o balanço contábil porque no Município não há contadores e assim por diante.

Em geral, tais argumentos não são acolhidos porque os Tribunais de Contas e o Poder Judiciário entendem que essas dificuldades são **previamente conhecidas** e que os administradores públicos já deveriam se preparar para elas.

Assim, o objetivo do dispositivo foi o de tentar “abrandar” essa jurisprudência pugnando que o órgão julgador considere não apenas a literalidade das regras que o administrador tenha eventualmente violado, mas também **as dificuldades práticas que ele enfrentou** e que possam justificar esse descumprimento.

O grupo de juristas que auxiliou na elaboração do anteprojeto assim justificou a nova previsão legal:

“(...) a norma em questão reconhece que os diversos órgãos de cada ente da Federação possuem realidades próprias que não podem ser ignoradas. A realidade de gestor da União evidentemente é distinta da realidade de gestor em um pequeno e remoto município. A gestão pública envolve especificidades que têm de ser consideradas pelo julgador para a produção de decisões justas, corretas.

As condicionantes envolvem considerar (i) os obstáculos e a realidade fática do gestor, (ii) as políticas públicas acaso existentes e (iii) o direito dos administrados envolvidos. Seria pouco razoável admitir que as normas pudessem ser ignoradas ou lidas em descompasso com o contexto fático em que a gestão pública a ela submetida se insere.”⁵

Interessante também fazer um contraponto e trazer a crítica da Professora Irene Nohara a esse dispositivo:

“Os elaboradores do texto normativo chamam essa exigência de primado da realidade. Todavia, podem existir vários olhares sobre essa previsão, por exemplo: (a) desnecessária, pois já deveria estar pressuposta na interpretação jurídica feita na área da gestão, que não pode se estabelecer sem que se considere a realidade; (b) ineficaz, porque podem existir interpretações variáveis e que não deixam de ser especulativas, abstratas, portanto, sobre quais seriam os obstáculos e dificuldades; e, por fim, (c) perigosa: se for utilizada como uma brecha capciosa para se alegar que, por exemplo, como a realidade não nos permitiu cumprir adequadamente as exigências legais, então, podemos nos eximir de garantir direitos...

(...) Aqui é interessante que essa determinação normativa não seja utilizada, portanto, como um pretexto para o argumento no sentido de que a realidade vence o direito... ou seja, que se as circunstâncias de cumprimento da lei

⁵ Vide nota supra.

forem muito penosas, vamos questionar tal requisito, ou pior, negociar o seu cumprimento por um regime de transição, conforme será visto na sequência...

Uma alegação dos elaboradores do projeto foi no sentido da necessidade de se estreitar o contato dos órgãos fiscalizadores com os órgãos fiscalizados... Mas isso já era uma tendência dos Tribunais de Contas, no sentido de intensificar um monitoramento preventivo e concomitante, baseado na orientação também, ou seja, de uma fiscalização não apenas punitiva, mas também ponderada em função das dificuldades práticas existentes.” (Disponível em: <<http://direitoadm.com.br/proposta-de-alteracao-da-lindb-projeto-349-2015/>>).

Critérios para aplicação de sanções

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

Critérios a serem considerados na aplicação das sanções:

- a) Natureza e gravidade da infração cometida;
- b) Danos causados à Administração Pública;
- c) Agravantes;
- d) Atenuantes;
- e) Antecedentes.

Sanções de mesma natureza deverão ser **consideradas**

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

6. Mudança de interpretação ou orientação e modulação dos efeitos da decisão

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.

Se houver uma mudança na forma como tradicionalmente a Administração Pública, os Tribunais de Contas ou o Poder Judiciário interpretavam determinada norma, deverá ser previsto um **regime de transição**.

Este regime de transição representa a concessão de um prazo para que os administradores públicos e demais pessoas afetadas pela nova orientação possam se adaptar à nova interpretação. É como se fosse uma modulação dos efeitos.

Justificativa dos juristas que auxiliaram na elaboração do anteprojeto

“Ninguém nega que as instituições públicas, na administração, no sistema de controle ou no Poder Judiciário, possam alterar suas interpretações sobre o Direito. É normal que, com o devido cuidado, o façam, inclusive em decorrência de novas demandas e visões que surgem com o passar do tempo. Contudo, as relações jurídicas pré-existentes não podem ser ignoradas. Elas seguem existindo e, se for o caso, terão de se adequar às novas interpretações ou orientações. Necessário, então, que seja previsto regime jurídico de transição que lhes dê tempo e meios para que realizem a conformação, segundo parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade, tal qual tem se dado em matéria de modulação de efeitos nas declarações de inconstitucionalidade e, mais recentemente, com mera modificação de posição dominante do Supremo Tribunal Federal – STF.

Mudanças de interpretação não podem lançar situações anteriores em regime de incerteza. Orientar a transição é dever básico de quem cria nova regulação a respeito de qualquer assunto.”⁶

Requisitos para a aplicação do regime de transição:

a) A decisão administrativa, controladora ou judicial deve estabelecer uma interpretação ou orientação nova. Considera-se nova interpretação ou nova orientação aquela que **altera o entendimento anterior consolidado** (art. 6º, § 3º do Decreto);

b) Essa interpretação nova deve recair sobre uma norma de conteúdo indeterminado;

c) Por conta dessa interpretação, será imposto novo dever ou novo condicionamento de direito;

d) O regime de transição mostra-se, no caso concreto, **indispensável** para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente;

e) A imposição desse regime de transição não pode acarretar prejuízo aos interesses gerais.

⁶ Vide nota supra.

Cabe ao órgão julgador a análise dos preenchimentos dos requisitos acima, sendo passível de recurso caso o interessado entenda que deveria ter direito ao regime de transição.

Decisão motivada

Vale ressaltar que a instituição do regime de transição será motivada. A motivação considerará as condições e o tempo necessário para o cumprimento proporcional, equânime e eficiente do novo dever ou do novo condicionamento de direito e os eventuais prejuízos aos interesses gerais (art. 6º, § 2º, do Decreto).

→ *O que o regime de transição deverá prever?*

Segundo o art. 7º do Decreto, quando cabível, o regime de transição preverá:

I - os órgãos e as entidades da administração pública e os terceiros destinatários;

II - as medidas administrativas a serem adotadas para adequação à interpretação ou à nova orientação sobre norma de conteúdo indeterminado; e

III - o prazo e o modo para que o novo dever ou novo condicionamento de direito seja cumprido.

Dispositivo do CPC

O CPC/2015 possui um dispositivo tratando sobre a possibilidade de modulação dos efeitos de decisão judicial. Ressalte-se, contudo, que a redação do CPC é bem superior à do art. 23 da LINDB, sendo mais clara e objetiva. Confira:

Art. 927 (...)

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

7. *Revisão deverá levar em conta a orientação vigente na época da prática do ato*

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.

Veja como o dispositivo é complementado pelo Regulamento da Lei:

Art. 5º A decisão que determinar a revisão quanto à validade de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos cuja produção de efeitos esteja em curso ou que tenha sido concluída levará em consideração as orientações gerais da época.

§ 1º É vedado declarar inválida situação plenamente constituída devido à mudança posterior de orientação geral.

§ 2º O disposto no § 1º não exclui a possibilidade de suspensão de efeitos futuros de relação em curso. (...)

Algumas vezes demoram anos para que a Administração Pública (controle interno), o Tribunal de Contas ou o Poder Judiciário examine a validade de um ato ou contrato administrativo (em sentido amplo) que já tenha se completado. Nesse período, pode acontecer de o entendimento vigente ter se alterado. Caso isso aconteça, o ato deverá ser analisado conforme as **orientações gerais da época** e as situações por elas regidas deverão ser declaradas válidas, mesmo que apresentem vícios.

O Prof. Jacintho Arruda Camara, Vice-Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público, defende o dispositivo:

“A norma fortalece a ideia de irretroatividade do direito em prejuízo de situações jurídicas perfeitas, constituídas de boa-fé, em coerência com o ordenamento à época vigente. Visa dar segurança no longo prazo para situações jurídicas plenamente constituídas à luz de um entendimento geral válido. Para isso, estabelece que eventual revisão da validade de ato administrativo (leia-se: ato, contrato, ajuste, processo ou norma) deverá considerar o entendimento consolidado à época de sua produção. O dispositivo dá amparo legal à racionalidade que deve estar presente em procedimentos de revisão de ato administrativo: a invalidação do ato por mudança de orientação não torna ilegal situação constituída na vigência da orientação anterior.” (<http://antonioanastasia.com.br/documentos/>)

De outro lado, o Ministério Público Federal, em Nota Técnica, afirma que se trata de previsão perigosa porque amplia muito a possibilidade de “convalidação” dos atos viciados, não fazendo qualquer ressalva quanto a ilegalidades graves:

“O dispositivo, a rigor, traz mais justificativas abertas para eventual convalidação de ato ou de contrato inexistentes ou nulos. De fato, os atos anuláveis, convalidados, seriam até aceitáveis. O dispositivo, no entanto, abre espaço para que, considerando a passagem do tempo, a estabilidade das relações, a “orientação geral” que não foi à época contestada, o ato inexistente ou o ato nulo se tornem válidos. Assim, esses atos não seriam mais

considerados inexistentes ou nulos com efeitos ex tunc. Esse tipo de conduta/previsão, no entanto, fere os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Importante relembrar que a validação do ato administrativo depende da verificação contrastada entre ele e a ordem jurídica, sendo que descompasso constatado deve possibilitar a reposição ao estado de legalidade.”⁷

§ 3º. 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.

O parágrafo terceiro procura conceituar o que seriam “orientações gerais”. No entanto, a conceituação é por demais vaga e emprega expressões abstratas e genéricas.

8. *Compromisso para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público*

→ *Em que consiste esse compromisso?*

O art. 26 da LINDB prevê a possibilidade de a autoridade administrativa celebrar um acordo (compromisso) com os particulares com o objetivo de eliminar eventual irregularidade, incerteza jurídica ou um litígio (situação contenciosa). Ex: determinado particular estava desenvolvendo clandestinamente atividade econômica que exigiria prévia licença. Esta situação é descoberta e o art. 26 permite que seja realizada uma negociação entre a autoridade administrativa e este particular a fim de sanar essa irregularidade.

Para que esse compromisso seja realizado, é indispensável a prévia manifestação do órgão jurídico (ex: AGU, PGE, PGM). Em alguns casos de maior repercussão, é necessária também a realização de audiência pública.

Confira a redação do caput do art. 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.

⁷ Nota técnica conjunta nº 1/2018. Ministério Público Federal. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/nota-tecnica-pgr-lindb.pdf> >

Assim, na hipótese de a autoridade entender conveniente para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situações contenciosas na aplicação do direito público, poderá celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável e as seguintes condições:

- I - após oitiva do órgão jurídico;
- II - após realização de consulta pública, caso seja cabível; e
- III - presença de razões de relevante interesse geral.

Requisitos do termo de compromisso:

§ 1º O compromisso referido no caput deste artigo:

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

II – (VETADO);

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

IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

§ 2º (VETADO).

Segundo o § 2º do art. 10 do Decreto nº 9.830/2019, o compromisso deverá prever:

- a) as obrigações das partes;
- b) o prazo e o modo para seu cumprimento;
- c) a forma de fiscalização quanto a sua observância;
- d) os fundamentos de fato e de direito;
- e) a sua eficácia de título executivo extrajudicial; e
- f) as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

Eficácia

O compromisso firmado somente produzirá efeitos **a partir de sua publicação.**

Processo administrativo que subsidiará a decisão

O processo que subsidiar a decisão de celebrar o compromisso será instruído com:

I - o parecer técnico conclusivo do órgão competente sobre a viabilidade técnica, operacional e, quando for o caso, sobre as obrigações orçamentário-financeiras a serem assumidas;

II - o parecer conclusivo do órgão jurídico sobre a viabilidade jurídica do compromisso, que conterá a análise da minuta proposta;

III - a minuta do compromisso, que conterá as alterações decorrentes das análises técnica e jurídica previstas nos incisos I e II; e

IV - a cópia de outros documentos que possam auxiliar na decisão de celebrar o compromisso.

Se depender de autorização do AGU e de Ministro de Estado:

Decreto nº 9.830/2019

Art. 10 (...) § 5º Na hipótese de o compromisso depender de autorização do Advogado-Geral da União e de Ministro de Estado, nos termos do disposto no § 4º do art. 1º ou no art. 4º-A da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, ou ser firmado pela Advocacia-Geral da União, o processo de que trata o § 3º será acompanhado de manifestação de interesse da autoridade máxima do órgão ou da entidade da administração pública na celebração do compromisso.

§ 6º Na hipótese de que trata o § 5º, a decisão final quanto à celebração do compromisso será do Advogado-Geral da União, nos termos do disposto no parágrafo único do art. 4º-A da Lei nº 9.469, de 1997.

Termo de ajustamento de gestão

Como vimos acima, o art. 26 da LINDB prevê a possibilidade de a autoridade administrativa celebrar um termo de compromisso com os particulares com o objetivo de eliminar eventual irregularidade, incerteza jurídica ou um litígio (situação contenciosa).

O Decreto nº 9.830/2019, por sua vez, prevê um novo instrumento, qual seja, um **termo de ajustamento de gestão** que pode ser celebrado entre o agente público e o órgão de controle interno da Administração Pública.

Assim, se o órgão de controle interno detectar que algum procedimento não está sendo feito de forma adequada, o Decreto prevê a possibilidade de ser celebrado um termo de ajustamento de gestão para corrigir a falha ou aprimorar o procedimento.

Vale ressaltar que esse termo de ajustamento **não pode ser celebrado se o agente público houver agido com dolo ou erro grosseiro e isso tiver causado prejuízo ao erário.**

Veja a redação do dispositivo:

Art. 11. Poderá ser celebrado termo de ajustamento de gestão entre os agentes públicos e os órgãos de controle interno da administração pública com a finalidade de corrigir falhas apontadas em ações de controle, aprimorar procedimentos, assegurar a continuidade da execução do objeto, sempre que possível, e garantir o atendimento do interesse geral.

§ 1º A decisão de celebrar o termo de ajustamento de gestão será motivada na forma do disposto no art. 2º.

§ 2º Não será celebrado termo de ajustamento de gestão na hipótese de ocorrência de dano ao erário praticado por agentes públicos que agirem com dolo ou erro grosseiro.

§ 3º A assinatura de termo de ajustamento de gestão será comunicada ao órgão central do sistema de controle interno.

9. Imposição de compensação

Art. 27. A decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos.

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

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

Veja a opinião da Sociedade Brasileira de Direito Público a respeito desse artigo:

“O dispositivo em questão visa evitar que partes, públicas ou privadas, em processo na esfera administrativa, controladora ou judicial auferam benefícios indevidos ou sofram prejuízos anormais ou injustos resultantes do próprio processo ou da conduta de qualquer dos envolvidos. O art. 27 tomou o cuidado de exigir que a decisão que impõe compensação seja motivada e precedida da oitiva das partes. Há, também nesse caso, a possibilidade de celebração de

compromisso processual entre os envolvidos.”
(<http://antonioanastasia.com.br/documentos/>)

O Decreto nº 9.830/2019 regulamentou essa decisão no âmbito do processo administrativo federal. Veja:

Art. 9º A decisão do processo administrativo poderá impor diretamente à pessoa obrigada compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos, com a finalidade de evitar procedimentos contenciosos de resarcimento de danos.

§ 1º A decisão do processo administrativo é de competência da autoridade pública, que poderá exigir compensação por benefícios indevidamente fruídos pelo particular ou por prejuízos resultantes do processo ou da conduta do particular.

§ 2º A compensação prevista no caput será motivada na forma do disposto nos art. 2º, art. 3º ou art. 4º e será precedida de manifestação das partes obrigadas sobre seu cabimento, sua forma e, se for o caso, seu valor.

§ 3º A compensação poderá ser efetivada por meio do compromisso com os interessados a que se refere o art. 10.

10. Responsabilidade do agente público

Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

10.1. Noções gerais

Segundo a Sociedade Brasileira de Direito Público, “o art. 28 quer dar a segurança necessária para que o agente público possa desempenhar suas funções. Por isso afirma que ele só responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões em caso de dolo ou erro grosseiro (o que inclui situações de negligência grave, imprudência grave ou imperícia grave) (...)” (<http://antonioanastasia.com.br/documentos/>).

O Decreto nº 9.830/2019 foi mais enfático que o art. 28 da LINB e afirmou que **o agente público somente responderá em caso de dolo ou erro grosseiro:**

Art. 12. O agente público somente poderá ser responsabilizado por suas decisões ou opiniões técnicas se agir ou se omitir com dolo, direto ou eventual, ou cometer erro grosseiro, no desempenho de suas funções.

Dolo

Abrange tanto os casos de dolo direto como também eventual.

Erro grosseiro = culpa grave

Considera-se erro grosseiro aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia (art. 12, § 1º do Decreto).

Assim, para o Decreto, erro grosseiro é aquele no qual o agente **atuou com culpa grave**. Isso significa que, se o agente teve culpa leve ou levíssima, ele **não** poderá ser responsabilizado.

Ademais, a comprovação do dolo ou grosseiro é **indispensável** para a responsabilização do agente:

Decreto nº 9.830/2019

Art. 12 (...) § 2º Não será configurado dolo ou erro grosseiro do agente público se não restar comprovada, nos autos do processo de responsabilização, situação ou circunstância fática capaz de caracterizar o dolo ou o erro grosseiro.

§ 3º O mero nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica responsabilização, exceto se comprovado o dolo ou o erro grosseiro do agente público.

A complexidade da matéria e atribuições do agente devem ser consideradas

Ao se analisar se o agente atuou com dolo ou cometeu um erro grosseiro, deve-se levar em consideração a complexidade da matéria e as atribuições exercidas pelo agente público

Art. 12 (...) § 4º A complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público serão consideradas em eventual responsabilização do agente público.

Inclusive, grande prejuízo, por si só, **não** configura o dolo ou erro grosseiro:

Art. 12 (...) § 5º O montante do dano ao erário, ainda que expressivo, não poderá, por si só, ser elemento para caracterizar o erro grosseiro ou o dolo.

Responsabilidade do parecerista e do decisor devem ser analisadas de forma independente

Imagine que o administrador público tomou uma decisão com base em um parecer exarado pelo assessor jurídico do órgão ou entidade. Posteriormente, detectou-se que esse assessor jurídico agiu com dolo ou culpa grave (erro grosseiro). Neste caso, o parecerista poderá ser responsabilizado, nos termos do art. 28 da LINDB.

Vale ressaltar, no entanto, que o simples fato de ter ficado comprovado que o parecerista agiu com dolo ou erro grosseiro **não levará, automaticamente, à responsabilização do decisor** (administrador que tomou a decisão com fundamento neste parecer).

Para que o decisor seja responsabilizado será necessário que fique demonstrado que ele:

- tinha condições de aferir que o parecerista agia com dolo ou erro grosseiro; ou
- estivesse em conluio com o parecerista.

Esse entendimento – que decorre da ideia de responsabilidade pessoal e subjetiva – foi explicitado no Decreto nº 9.830/2019:

Art. 12 (...) § 6º A responsabilização pela opinião técnica não se estende de forma automática ao decisor que a adotou como fundamento de decidir e somente se configurará se estiverem presentes elementos suficientes para o decisor aferir o dolo ou o erro grosseiro da opinião técnica ou se houver conluio entre os agentes.

Responsabilidade do parecerista na jurisprudência do STF

Ressalte-se que existe um precedente do STF, bem anterior ao art. 28 da LINDB, reconhecendo a responsabilidade de advogado público pela emissão de parecer de natureza opinativa, desde que configurada a existência de culpa ou erro grosseiro:

(...) 3. Esta Suprema Corte firmou o entendimento de que “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” (MS 24.631/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 1º/2/08). (...)

STF. 1ª Turma. MS 27867 AgR/DF, rel. Min. Dias Toffoli, 18/9/2012 (Info 680).

Segundo a doutrina e o voto do Min. Joaquim Barbosa no MS 24.631/DF (DJ 01/02/2008), existem três espécies de parecer: **facultativo, obrigatório e vinculante**. Vejamos:

FACULTATIVO	OBRIGATÓRIO	VINCULANTE
O administrador NÃO É	O administrador é obrigado a	O administrador É obrigado a

obrigado a solicitar o parecer do órgão jurídico.	solicitar o parecer do órgão jurídico	solicitar o parecer do órgão jurídico
O administrador pode discordar da conclusão exposta pelo parecer, desde que o faça fundamentadamente.	O administrador pode discordar da conclusão exposta pelo parecer, desde que o faça fundamentadamente com base em um novo parecer.	O administrador NÃO pode discordar da conclusão exposta pelo parecer. Ou o administrador decide nos termos da conclusão do parecer, ou, então, não decide.
Em regra, o parecerista não tem responsabilidade pelo ato administrativo. Contudo, o parecerista pode ser responsabilizado se ficar configurada a existência de culpa ou erro grosseiro.	Em regra, o parecerista não tem responsabilidade pelo ato administrativo. Contudo, o parecerista pode ser responsabilizado se ficar configurada a existência de culpa ou erro grosseiro.	Há uma partilha do poder de decisão entre o administrador e o parecerista, já que a decisão do administrador deve ser de acordo com o parecer. Logo, o parecerista responde solidariamente com o administrador pela prática do ato, não sendo necessário demonstrar culpa ou erro grosseiro.

O superior hierárquico do agente que atuou com dolo ou erro grosseiro

O parecerista pode, entretanto, ser responsabilizado se ficar configurada a existência de culpa ou erro grosseiro.

Há uma partilha do poder de decisão entre o administrador e o parecerista, já que a decisão do administrador deve ser de acordo com o parecer.

Logo, o parecerista responde solidariamente com o administrador pela prática do ato, **não sendo necessário demonstrar culpa ou erro grosseiro.**

O superior hierárquico do agente que atuou com dolo ou erro grosseiro também deverá ser responsabilizado pelo fato de não ter fiscalizado adequadamente seu subordinado?

Dependente. O superior do agente que atuou com dolo ou erro grosseiro somente responderá se comprovar que houve **falha em seu dever de vigilância** e que isso **decorreu de dolo ou de culpa grave (erro grosseiro):**

Art. 12 (...) § 7º No exercício do poder hierárquico, só responderá por culpa invigilando aquele cuja omissão caracterizar erro grosseiro ou dolo.

10.2. Direito de regresso, defesa judicial e extrajudicial

Se um servidor público, no exercício de suas funções, pratica ato ilícito que causa prejuízo a alguém, ele poderá ser responsabilizado. No entanto, essa responsabilidade é:

- subjetiva (terá que ser provado o dolo ou a culpa do servidor); e
- regressiva (primeiro o Estado terá que ser condenado a indenizar a vítima e, em seguida, o Poder Público cobra do servidor a quantia paga).

Esse regime de responsabilidade está previsto na parte final do § 6º do art. 37 da Constituição:

Art. 37 (...) § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

O art. 14 do Decreto nº 9.830/2019 traz uma previsão que, a meu ver, vai de encontro ao art. 37, § 6º da CF/88, senão vejamos. Veja a redação do dispositivo regulamentar:

Art. 14. No âmbito do Poder Executivo federal, o direito de regresso previsto no § 6º do art. 37 da Constituição somente será exercido na hipótese de o agente público ter agido com dolo ou erro grosseiro em suas decisões ou opiniões técnicas, nos termos do disposto no art. 28 do Decreto-Lei nº 4.657, de 1942, e com observância aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade.

O art. 14 do Decreto afirma que o agente público somente responderá regressivamente em caso de **dolo ou erro grosseiro**. Assim, este dispositivo se afasta da regra constitucional. Isso porque a CF/88 se contenta com dolo ou culpa.

A doutrina divide a culpa em três subespécies: culpa grave, leve e levíssima.

O erro grosseiro é sinônimo de culpa grave. Assim, é como se o art. 14 do Decreto dissesse: o agente público somente responde em caso de dolo ou culpa grave.

Possibilidade de a AGU fazer a defesa jurídica do servidor público federal demandado:

Art. 15. O agente público federal que tiver que se defender, judicial ou extrajudicialmente, por ato ou conduta praticada no exercício regular de suas atribuições institucionais, poderá solicitar à Advocacia-Geral da União que avalie a verossimilhança de suas alegações e a consequente possibilidade de realizar sua defesa, nos termos do disposto no art. 22 da Lei nº 9.028, de 12 de abril de 1995, e nas demais normas de regência.

11. Decisão que impuser sanção ao agente público

Decreto nº 9.830/2019

Art. 16. A decisão que impuser sanção ao agente público considerará:

I - a natureza e a gravidade da infração cometida;

II - os danos que dela provierem para a administração pública;

III - as circunstâncias agravantes ou atenuantes;

IV - os antecedentes do agente;

V - o nexo de causalidade; e

VI - a culpabilidade do agente.

§ 1º A motivação da decisão a que se refere o caput observará o disposto neste Decreto.

§ 2º As sanções aplicadas ao agente público serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções da mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

Art. 17. O disposto no art. 12 não afasta a possibilidade de aplicação de sanções previstas em normas disciplinares, inclusive nos casos de ação ou de omissão culposas de natureza leve.

Vamos relembrar o que afirma o art. 12 do Decreto:

Art. 12. O agente público somente poderá ser responsabilizado por suas decisões ou opiniões técnicas se agir ou se omitir com dolo, direto ou eventual, ou cometer erro grosseiro, no desempenho de suas funções.

O que esse art. 17 quer dizer é o seguinte: mesmo o agente não seja pessoalmente responsabilizado (em termos cíveis e criminais) por ter agido com culpa leve, **ainda assim poderá responder por sanções disciplinares**.

12. Consulta pública

Art. 29. Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão.

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

A respeito do assunto:

“O art. 29, ao prever a consulta pública prévia à edição de atos normativos por autoridade administrativa, procura trazer transparência e previsibilidade à atividade normativa do Executivo. Trata-se de medida consentânea com as melhores práticas.” (<http://antonioanastasia.com.br/documentos/>).

O Decreto nº 9.830/2019, por sua vez, também trata do tema:

Art. 18. A edição de atos normativos por autoridade administrativa poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico.

§ 1º A decisão pela convocação de consulta pública será motivada na forma do disposto no art. 3º.

§ 2º A convocação de consulta pública conterá a minuta do ato normativo, disponibilizará a motivação do ato e fixará o prazo e as demais condições.

§ 3º A autoridade decisora não será obrigada a comentar ou considerar individualmente as manifestações apresentadas e poderá agrupar manifestações por conexão e eliminar aquelas repetitivas ou de conteúdo não conexo ou irrelevante para a matéria em apreciação.

§ 4º As propostas de consulta pública que envolverem atos normativos sujeitos a despacho presidencial serão formuladas nos termos do disposto no Decreto nº 9.191, de 1º de novembro de 2017.

13. Instrumentos para aumentar a segurança jurídica

Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.

Parágrafo único. Os instrumentos previstos no caput deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.

14. Referências

Tribunal de Contas da União. **Resposta aos comentários tecidos pela consultoria jurídica do TCU ao PL nº 7.448/2017.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-juristas-rebatem-criticas.pdf>>

Ministério Público Federal. **Nota técnica conjunta nº 1/2018.** Disponível em:
<<https://www.conjur.com.br/dl/nota-tecnica-pgr-lindb.pdf>>