

AS ALTERAÇÕES DA LEI Nº 13.655/18 NO CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS: POSITIVAMOS O CONSEQUENCIALISMO?

Eduardo Henrique Magiano Perdigão Lima Cardoso Ferro¹

Resumo: O presente estudo tem como objetivo analisar as alterações da Lei nº 13.655/18 no controle dos atos administrativos, a partir da perspectiva de um paradoxo ao modelo punitivista atual. Sob a premissa da positivação do consequencialismo como reação legislativa, o estudo aborda as consequências jurídicas e práticas da novel legislação. Conclui o trabalho por um balanço favorável das alterações legislativas para dar segurança jurídica aos bons gestores públicos. Por se tratar de uma pesquisa descritiva e exploratória, utilizar-se-á o método dedutivo.

Palavras-chave: Consequencialismo. Controle dos atos administrativos. Nova LINDB. Segurança jurídica.

AMENDMENTS TO LAW No. 13,655 / 18 IN THE CONTROL OF ADMINISTRATIVE ACTS: DO WE POSITIVE CONSEQUENTIALISM?

Abstract: The present study aims to analyze the changes in Law nº 13.655 / 18 in the control of administrative acts, from the perspective of a paradox to the current punitive model. Under the premise of positivizing consequentialism as a legislative reaction, the study addresses the legal and practical consequences of the new legislation. It concludes the work for a favorable balance of legislative changes to give legal certainty to good public managers. As this is a descriptive and exploratory research, the deductive method will be used.

¹ Graduado em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Pós-graduado em Direito Público. Mestrando em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS. Procurador Federal e Professor de Direito. eduardohperdigao@gmail.com

Keywords: Consequentialism. Control of administrative acts. New LINDB. Legal certainty

1. INTRODUÇÃO

A Administração Pública tem como fim a operacionalização e execução das políticas públicas. Seja na visão funcional, em que sua própria finalidade a define, ou na Teoria do Órgão - majoritariamente adotada pela doutrina brasileira - em que ela é instrumento desta consecução, é pacífico que é dela a execução dos fins do Estado.

Dentro desta premissa, é certo que passa pela perseguição da função estatal o controle dos atos administrativos, seja por órgãos externos ou através da autotutela. O controle dos atos administrativos é base fundamental para garantir a impessoalidade do agente público e a garantia do funcionamento do Estado Democrático de Direito.

Este controle, no entanto, tem tido no Brasil papel igual ou mais importante que o próprio ato administrativo em si. O que deveria ter papel secundário e ser mero aparador, atualmente vem sendo protagonista da Administração Pública.

O presente artigo tem como escopo analisar o controle dos atos administrativos no Brasil em meio ao cenário de punitivismo que vem paralisando o funcionamento da própria Administração Pública. A análise passa pela bem colocada expressão do “Direito Administrativo do Medo”, cunhada pelo Ministro do Tribunal de Contas da União Benjamin Zymler, e as razões deste protagonismo dos órgãos de controle em detrimento de gestores públicos cada vez mais inertes e amedrontados em cumprir seu mister.

A pesquisa busca as causas que geraram este excesso de punitivismo – culturais, estruturais e legislativas - e tem por finalidade primordial analisar as alterações da Lei n. 13.655/18 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, uma reação do Poder Legislativo a esses excessos.

Por se tratar de uma pesquisa descritiva e exploratória, utilizar-se-á o método dedutivo.

2. O CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS NO DIREITO BRASILEIRO

No exercício de suas funções, a Administração Pública sujeita-se ao controle dos Poderes Legislativo e Judiciário, além de exercer, ela mesma, o controle sobre seus próprios atos.

A finalidade deste controle é assegurar que a Administração atue conforme os princípios e normas que lhe foram impostas, além de, em determinadas circunstâncias, abranger também o mérito no que diz respeito aos aspectos discricionários de sua atuação.

A Constituição da República, no capítulo concernente à fiscalização contábil, financeira e orçamentária, prevê o controle externo, a cargo do Congresso Nacional com o auxílio do Tribunal de Contas (art. 17) e o controle interno que cada Poder exercerá sobre seus próprios atos (artigos 70 e 74).

Segundo Maria Silvia Di Pietro (2012, p. 810):

O artigo 74 da Constituição inova de várias maneiras: primeiro, ao deixar claro que cada um dos Poderes terá um sistema de controle interno; segundo, ao prever que esse sistema se exercerá de forma integrada entre três Poderes; terceiro, ao estabelecer a responsabilidade solidária dos responsáveis pelo controle quando, ao tomarem conhecimento de irregularidade, deixarem de dar ciência ao Tribunal de Contas (§1º); finalmente, ao colocar o Tribunal de Contas como uma espécie de ouvidor geral a quem os cidadãos, partidos políticos, associações ou sindicatos podem denunciar irregularidades ou ilegalidades (§2º).

Com relação ao aspecto da atividade administrativa o controle pode ser de legalidade ou de mérito. O primeiro pode ser exercido pelos três poderes; o segundo cabe à própria Administração. Hely Lopes Meirelles leciona:

O controle judiciário é o exercido privativamente pelos órgãos do Poder Judiciário sobre os atos administrativos do Executivo, do Legislativo e do próprio Judiciário quando realiza uma atividade administrativa. É um controle a posteriori, unicamente de legalidade, por restrito à verificação da conformidade do ato com a norma legal que o rege. Mas sobretudo é um meio de preservação de direitos individuais, porque visa impor a observância da lei em cada caso concreto, quando reclamada por seus beneficiários.(...) Não se permite ao Judiciário pronunciar-se sobre o mérito administrativo, ou seja, sobre a conveniência, oportunidade, eficiência ou justiça do ato, porque, se assim agisse, estaria emitindo pronunciamento de administração, e não de

jurisdição judiciária. O mérito administrativo, relacionando-se com conveniências do governo ou com elementos técnicos, refoge do âmbito do Poder Judiciário (Meirelles, 1997, p. 610-612).

Dentro do papel de cada ator no controle administrativo é preciso compreender o limite entre a autotutela exercida pela própria Administração Pública ao rever seus atos considerados ilegais, inoportunos ou inconvenientes e o dos demais Poderes quanto ao limite de atuação.

Quando a Administração Pública, dentro do seu limite de conveniência e oportunidade, agir de maneira furtiva aos valores que conformam o Direito como um sistema harmônico e concatenado, a interferência externa se faz necessária. Tal situação ocorre principalmente quando os critérios de mérito adotados são desarrazoados e desnecessárias à estrita produção do ato, bem como quando não há uma observação fiel à finalidade inevitável de atender o interesse público.

Destarte, além do controle sobre seus próprios atos – autotutela – Maria Silvia Di Pietro (2012, p. 821-898) elenca os controles externos através do Poder Legislativo (controle político e controle financeiro) e do Poder Judiciário (controle judicial das políticas públicas e controle dos agentes públicos).

No que toca ao controle político, o Poder Legislativo age ora sob aspectos da legalidade, ora de mérito, apreciando decisões administrativas diante do interesse público. Referido controle encontra azo na Constituição da República, a exemplo da convocação de Ministro de Estado para prestar esclarecimentos pelo Congresso Nacional e a apuração de irregularidades pelas Comissões Parlamentares de Inquérito. Nesta hipótese, vê-se excepcionalmente a possibilidade da revisão pelo Poder Legislativo de mérito de ato do Poder Executivo.

Já com relação ao controle financeiro, discorre José Afonso da Silva (2003 p. 727) que a Constituição delega ao Legislativo verificar o controle da legalidade dos atos, de legitimidade, economicidade, fidelidade funcional e resultados de cumprimento de programas de trabalho e de metas.

O controle judicial parte do princípio da jurisdição una adotado pelo constituinte no art. 5º, XXXV, da Constituição da República, sendo executado de forma individual através dos remédios constitucionais (habeas corpus, habeas data, mandado de

segurança e mandado de injunção) e pela ação popular, e através do Ministério Público via Ação Civil Pública, Ação de Improbidade Administrativa e Ação Penal.

Não se desconsidera, neste ponto, o papel do Ministério Público em atuar previamente à propositura de uma ação judicial através de Recomendações, Termos de Ajuste de Conduta e Inquéritos Cíveis e Penais.

A importância do controle dos atos administrativos passa pela compreensão de que o Estado Republicano precisa funcionar desde os atos mais simples até os mais complexos sistemas regulatórios, estabelecendo-se de forma clara e objetiva os caminhos do ato administrativo para concretização da boa Administração Pública.

3. A ATUAÇÃO DOS ÓRGÃOS DE CONTROLE E O DIREITO ADMINISTRATIVO DO MEDO

Dentro das premissas de controle dos atos da administração pública, destacam-se, quanto ao seu alcance, as ações sobre as políticas públicas executadas e sobre os agentes públicos. E dentro do alcance destes, verifica-se quanto ao tempo se a atuação é preventiva ou repressiva dos órgãos de controle. E é a ação repressiva em face dos agentes públicos o objeto deste estudo.

O “direito administrativo do medo”, expressão atribuída ao Ministro do Tribunal de Contas da União Benjamin Zymler, retrata a atuação do agente público em ir contra a eficiência e o destravamento de execução de políticas por medo de agir sem uma norma que expresse exatamente a forma, tempo e intensidade de ação em determinada atividade administrativa, defendendo seu nome para não ter nenhum tipo de problema futuro em razão da atuação dos órgãos de fiscalização.

Em tempos em que tudo é visto como corrupção, o excesso punitivo faz com que o agente público tenha medo de dar opinião ou tomar uma decisão, haja vista que poderá ser responsabilizado ou enquadrado em algum fato típico ilícito.

O Presidente do Instituto Paranaense de Direito Administrativo, Edgar Guimarães, explica que o administrador público tem se omitido na tomada de decisões

sensíveis e este cenário de inércia é ocasionado por uma série de fatores, como falta de estrutura, capacitação, etc. Nas palavras de Guimarães (2018)²:

Este cenário coloca o gestor numa zona de conforto e ele se omite, porque sabe que se tomar decisões estará sujeito a riscos. Riscos decorrentes de ações por parte dos órgãos de controle, colocando em xeque o seu patrimônio pessoal e sua moral, que, penso eu, é um patrimônio de preço inestimável. Neste cenário, é compreensível que o administrador público deixe de agir de forma proativa, dado o temor que impera hoje. Tendo como pano de fundo este pavor que tem hoje o administrador público de tomar decisões sensíveis, a programação foi elaborada para que possamos tentar estancar de vez este medo que assola a administração pública. Este medo que assola também diversos advogados públicos que hoje são responsabilizados pela emissão de pareceres.

Este panorama pode ser explicado, dentre outras razões, por fatores culturais, estruturais e de legislação e sua interpretação. A Sociedade Brasileira de Direito Público e a Escola de Direito da Função Getúlio Vargas (FGV) analisaram as decisões adotadas pelo Tribunal de Contas em 2018 e chegaram às seguintes conclusões: a) o TCU desconsiderou sua própria jurisprudência em diversas decisões sem quaisquer justificativas; b) o TCU decidiu em diversos casos com critérios mais políticos do que técnicos; c) o TCU exorbitou suas prerrogativas em diversos casos.

No que tange aos aspectos culturais, vem se formando no Brasil um excesso de punitivismo que permeia o meio jurídico e a Administração Pública em geral. Fazendo uma avaliação cronológica da evolução legislativa e da atuação dos órgãos judiciais, é possível perceber na edição da Lei de Crimes Hediondos³ o início de uma

² As explanações do Prof. Edgar Guimarães foram feitas na abertura do XIX Congresso Paranaense de Direito Administrativo, realizado em 21 de agosto de 2018 na cidade de Curitiba/PR.

³ Editada pelo governo Collor em 1990, a Lei dos Crimes Hediondos foi uma tentativa de resposta à violência. A sua origem remonta à Constituição de 1988, quando, no seu artigo 5º, inciso XLIII, fixou que "a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem". Em 1990, surgiu a lista de crimes hediondos, que classificou como inafiançáveis os crimes de extorsão mediante sequestro, latrocínio (roubo seguido de morte) e estupro e negou aos seus autores os benefícios da progressão de regime, obrigando-os a cumprir a pena em regime integralmente fechado, salvo o benefício do livramento condicional com o cumprimento de 2/5 da pena em casos de réu primário e de 3/5 da pena no caso de reincidentes.

A Lei foi alterada em 1994, através da Lei 8.930/1994. A alteração consistiu em incluir o homicídio qualificado na Lei dos Crimes Hediondos. Esta lei teve grande repercussão na mídia, pois teria sido criada por iniciativa popular, encabeçada pela novelista Glória Perez, depois do assassinato de sua

série de projetos de lei que aumentam ou criam tipos penais como se fossem solucionar a corrupção no país. Recentemente, com o advento da “Operação Lava-Jato”, viu-se um na prática a visão inquisitiva da condução de processos judiciais em um modelo de direito penal do inimigo⁴, sob a batuta de uma sociedade desiludida com a classe política e que enxerga no combate à corrupção – sem qualquer filtro sobre a legitimidade dos meios – um alento.

Nesta senda, membros do Ministério Público e de órgãos de fiscalização como o TCU e CGU agem de forma genérica, em busca de uma vingança estatal e uma necessidade de responder à demanda raivosa da sociedade, ladeados de juízes que atuam cada vez de forma mais inquisitória e sem a devida neutralidade, tudo com ampla cobertura da mídia e necessidade do servidor público de estar se colocando em evidência na sociedade através dela. Vê-se, infelizmente, uma espetacularização do combate à corrupção e uma ânsia cada vez maior do agente do Estado em aparecer ao público.

Já em relação aos aspectos de infraestrutura, há um abismo orçamentário entre os órgãos de fiscalização e repressão e os que executam as políticas públicas. Para

filha a atriz Daniella Perez, dois anos antes. Ocorre que, não obstante a colheita de 1,3 milhão de assinaturas, o mencionado Projeto de Lei foi encaminhado pelo Presidente da Comissão Estadual de Defesa da Criança e do Adolescente do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%208.930-1994?OpenDocument> Acesso em 10 de outubro de 2019.

⁴ Um exemplo é o voto do Desembargador Federal Rômulo Pizzolatti no P.A. CORTE ESPECIAL n. 0003021-32.2016.4.04.8000/RS, que apreciava o vazamento de conversas telefônica entre os ex-Presidentes da República Luiz Inácio Lula da Silva e Dilma Roussef, em que, ao analisar a conduta do então Juiz Federal Sérgio Moro em permitir os vazamento, opinou pela não-penalizando do magistrado, em que pese notória infringência à Lei Orgânica da Magistratura e direito individual do investigado e da Presidência da República: “*Ora, é sabido que os processos e investigações criminais decorrentes da chamada “Operação Lava-Jato”, sob a direção do magistrado representado, constituem caso inédito (único, excepcional) no direito brasileiro. Em tais condições, neles haverá situações inéditas, que escaparão ao regramento genérico, destinado aos casos comuns. Assim, tendo o levantamento do sigilo das comunicações telefônicas de investigados na referida operação servido para preservá-la das sucessivas e notória tentativas de obstrução, por parte daqueles, garantindo-se assim a futura aplicação da lei penal, é correto entender que o sigilo das comunicações telefônicas (Constituição, art. 5º, XII) pode, em casos excepcionais, ser suplantado pelo interesse geral na administração da justiça e na aplicação da lei penal. A ameaça permanente à continuidade das investigações da Operação Lava-Jato, inclusive mediante sugestões de alterações na legislação, constitui, sem dúvida, uma situação inédita, a merecer um tratamento excepcional*”. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-nao-seguir-regras-casos.pdf>>. Acesso em 10 de outubro de 2019.

se ter uma ideia, o Ministério Público tem um orçamento equivalente a 0,3% de todo o PIB nacional. É o Ministério Público mais caro do mundo! Pela regra orçamentária instituída através do duodécimo orçamentário⁵, verifica-se que o ajuste fiscal que cada vez mais desidrata os órgãos do Executivo não reflete diretamente nos órgãos fiscalizadores.

Tem-se com isso que tanto a Administração Direta como os órgãos da Administração Indireta possuem cada vez menos servidores, recursos para execução de suas atividades e estrutura para a viabilização das políticas públicas. Cada vez mais sufocados, os agentes estão mais expostos ao erro e ao não cumprimento das metas estabelecidas aos órgãos que compõem.

Em contrapartida, não se ouve falar dentro do Poder Judiciário, Ministério Público, Tribunal de Contas da União, etc., em diminuição de servidores, cortes de gastos essenciais ou achatamento da sua estrutura. E os membros destes órgãos, em que pese a discrepância em relação ao Poder Executivo, ignoram a realidade dos executores de políticas públicas e mantêm a postura acusatória e inquisitiva, não levando em conta todas as dificuldades orçamentárias no momento de acusar e julgar gestores e servidores públicos responsáveis pela execução de políticas públicas.

Quanto às questões sobre a atual legislação e sua interpretação, além do já citado aumento exponencial de tipos penais e de infrações administrativas, a compreensão do tema passa também por uma análise criteriosa em relação ao caráter genérico das normas vigentes e da ampla interpretação *in malam partem* dos Tribunais Superiores do país.

Peguemos como exemplo a Lei n. 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa). O artigo 11 tipifica como ato de improbidade administrativa contra os

⁵ A expressão **duodécimo orçamentário** remete para a Lei Orçamentária Anual do Legislativo, e é calculado de acordo com o valor da receita corrente líquida anual. O repasse desse duodécimo é obrigatório ao poder Legislativo e Judiciário. Este repasse está mencionado na Constituição Federal, no artigo 168 que diz: “Os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, destinados aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, ser-lhes-ão entregues até o dia 20 de cada mês, em duodécimos, na forma da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º”.

princípios da Administração Pública “(...) *qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade e legalidade das instituições*(...)”.

Ao traçar aspectos tão genéricos sobre o assunto, a lei dá “carta branca” para os órgãos fiscalizadores interpretarem de ampla maneira o que é ou não violação a um princípio da Administração Pública, sem nenhum critério objetivo e dando lastro à opinião pessoal do membro do órgão acusador.

E neste ponto, preocupa ainda mais o posicionamento das Cortes Superiores quanto à aplicação destes dispositivos. A jurisprudência do STJ é no sentido de que a decretação da indisponibilidade e do sequestro de bens em improbidade administrativa é possível antes do recebimento da ação (AgRg no REsp 1317653/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 07/03/2013, DJe 13/03/2013)

Explica o Ministro Mauro Campbell Marques, em trechos de um de seus votos sobre o assunto:

as medidas cautelares, em regra, como tutelas emergenciais, exigem, para a sua concessão, o cumprimento de dois requisitos: o *fumus boni juris* (plausibilidade do direito alegado) e o *periculum in mora* (fundado receio de que a outra parte, antes do julgamento da lide, cause ao seu direito lesão grave ou de difícil reparação).

(...)

No entanto, no caso da medida cautelar de indisponibilidade, prevista no art. 7º da LIA, não se vislumbra uma típica tutela de urgência, como descrito acima, mas sim uma tutela de evidência, uma vez que o *periculum in mora* não é oriundo da intenção do agente dilapidar seu patrimônio, e sim da gravidade dos fatos e do montante do prejuízo causado ao erário, o que atinge toda a coletividade. **O próprio legislador dispensa a demonstração do perigo de dano, em vista da redação imperativa da Constituição Federal (art. 37, §4º) e da própria Lei de Improbidade (art. 7º).**

(...)

O *periculum in mora*, em verdade, milita em favor da sociedade, representada pelo requerente da medida de bloqueio de bens, porquanto esta Corte Superior já apontou pelo entendimento segundo o qual, em casos de indisponibilidade patrimonial por imputação de conduta ímproba lesiva ao erário, esse requisito é implícito ao comando normativo do art. 7º da Lei n. 8.429/92.

(...)

A Lei de Improbidade Administrativa, diante dos velozes tráfegos, ocultamento ou dilapidação patrimoniais, possibilitados por instrumentos tecnológicos de comunicação de dados que tornaria irreversível o ressarcimento ao erário e devolução do produto do enriquecimento ilícito por prática de ato ímprobo, buscou dar efetividade à norma, afastando o requisito da demonstração do *periculum in mora* (art. 823 do CPC), este, intrínseco a

toda medida cautelar sumária (art.789 do CPC), admitindo que tal requisito seja presumido à preambular garantia de recuperação do patrimônio do público, da coletividade, bem assim do acréscimo patrimonial ilegalmente auferido (REsp 1319515/ES, Rel. p/ Acórdão Min. Mauro Campbell Marques, 1ª Seção, julgado em 22/08/2012). (grifo nosso)

Em outro julgado, o Superior Tribunal de Justiça concluiu que

A indisponibilidade de bens deve recair sobre o patrimônio do réu de modo suficiente a garantir o integral ressarcimento de eventual prejuízo ao erário, **levando-se em consideração, ainda, o valor de possível multa civil como sanção autônoma** (STJ. AgRg no REsp 1311013 / RO). (grifo nosso).

A regra hoje aplicada dentro de processos de ação civil pública por improbidade administrativa é pela indisponibilidade de bens do acusado *inaudita altera parte* mesmo que não haja enriquecimento ao ilícito ou dano ao erário, mas também na hipótese de eventual multa condenatória a ser aplicado no trânsito em julgado do processo.

O resultado disto é que hoje o gestor público atua pautado pelo medo de acordar um dia com seus bens bloqueados porque um membro do Ministério Público entendeu que determinada conduta era ilícita – sem qualquer objetividade – e com a chancela de um magistrado.

No painel *Justiça em Números* do CNJ⁶, podemos identificar a quantidade de ações coletivas que ingressam no Poder Judiciário anualmente, inclusive com detalhamento do número de ações coletivas por tribunal. Apenas em 2017, ingressaram no Judiciário 62.210 ações coletivas, sendo 41.686 ações civis públicas, 14.119 ações de improbidades administrativa, 4.211 ações civis coletivas e 2.194 ações populares.

Tais números nos levam a concluir uma ou outra hipótese: ou há excesso desproporcional de ações contra órgãos e agentes públicos, ou o sistema está completamente corrompido.

⁶ < <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justicaemnumeros/2016-10-21-13-13-04/pj-justica-em-numeros>> Acesso em 03 de setembro de 2019.

Há quem defenda que as ações judiciais preveem contraditório e ampla defesa, de forma que o mero ingresso não acarreta danos ou inibe a atuação dos gestores. Tal assertiva, geralmente defendida por membros dos órgãos fiscalizadores, desconsideram o fato de que os agentes públicos passam anos com seus bens bloqueados e com os custos que isso impõe, além de outros custos como o de advogados para patrocinar sua defesa - o que não é ressarcido ao final de uma ação penal ou de improbidade improcedente.

Além disto, é preciso levar em conta todos os danos morais e psicológicos irreversíveis de quem é réu neste tipo de ação que leva anos para a sua conclusão, mesmo que ao final tenha a sua absolvição decretada. Tal fato, inclusive, inibe que bons gestores assumam cargos de chefia e fundamentais para conduzir políticas públicas.

4. AS ALTERAÇÕES DA LEI N. 13.655/18 NA CONDUÇÃO DOS PROCESSOS CONTRA OS AGENTES PÚBLICOS.

Em 25 de abril de 2018 foi promulgada a Lei n. 13.655/18 que promoveu alterações no Decreto-Lei n. 4.657/42 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – cujo teor da mensagem de conteúdo é o de disposições sobre a segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público.

Resultado de diversas pesquisas acadêmicas e empíricas, permeada por audiências públicas e intensos debates a propósito de seus termos em diversas instituições brasileiras, a denominada “Lei da Segurança para a Inovação Pública” tem como escopo incrementar a segurança jurídica das relações de direito público, mormente quanto à segurança do gestor público.

Em clara reação ao excesso de punitivismo com base em conceitos abstratos⁷, a lei desapega-se de conceitos como “supremacia do interesse público” ou “dignidade

⁷ O tema foi abordado no Capítulo 3 deste estudo.

da pessoa humana” e parte para interdição da utilização indiscriminada de conceitos abertos nas razões de decidir.

De imediato, já dispõe: “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” (grifo nosso)

Tal premissa tem como propósito que os órgãos fiscalizadores e julgadores incorporem o pensamento político em suas decisões, exigindo do magistrado a aplicabilidade prática do que vem sendo decidido, conferindo tangibilidade ao direito perseguido.

Ao propor a consideração das consequências práticas de uma decisão judicial, a nova redação da LINDB avança em espaço controverso da Teoria do Direito contemporânea, qual seja da possibilidade das decisões judiciais se utilizarem de argumentação consequencialista sem decorrer em mero ativismo judicial.

Dada a crise de insegurança jurídica que o Brasil atravessa⁸, questiona-se qual deve ser a metodologia adotada para responder adequadamente aos dilemas que surgem em meio à crise de efetividade do Estado. Essa é uma questão que está a procura por respostas, especialmente, considerando a crítica de que as próprias Cortes Superiores não se preocupam com uma justificação rigorosa diante da utilização de valores abstratos no âmbito da argumentação jurídica⁹.

É justamente nessa medida, de combate aos modelos ativistas e decisionistas de argumentação, que surge a nova redação da LINDB. Ou seja, propõe-se um modelo de interpretação realista e crítico como um método de compreender as normas e suas variáveis como elas realmente são, por exemplo, reconhecendo suas indeterminações.

⁸ O Brasil atravessa uma crise de insegurança jurídica, seja pela multiplicidade de conclusões sobre uma mesma matéria nos Tribunais Superiores, seja pelo fato de um membro do Poder Judiciário ou Órgão Colegiado decidir sobre a mesma maneira de forma distinta, que coloca o Brasil com a pior nota (4,4) em um ranking de 1 países avaliados pela Confederação Nacional da Indústria. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/economia/os-danos-da-inseguranca-juridica-para-o-brasil/>>. Acesso em 11 de outubro de 2019.

⁹ O capítulo 3 deste estudo aborda julgados do Superior Tribunal de Justiça sobre bloqueio de bens em ações de improbidade administrativa em despedidos de elementos objetivos.

Esse modelo procura amparo na Constituição, porque essa constrói sua interpretação como uma realidade observável e “[...] sua interpretação transforma o espaço de realidade no qual atua a diferenciação social. A função do juiz constitucional consiste em reativar continuamente este processo de construção da realidade”. (GIORGI, 2015, p. 117).

Conclui-se que a redação do artigo n. 20 da LINDB inova e insere um desafio considerável para o tema da argumentação jurídica. Isso porque a consideração das consequências práticas das decisões envolve em significativo grau a utilização de argumentos consequencialistas.

No entanto, esse tipo de argumentação pode demandar críticas por fazer parte de um conjunto próprio de razões substantivas que, por sua vez, demandam considerável indeterminação e generalidade.

A argumentação consequencialista não se trata simplesmente de um único tipo de argumento. Significa dizer que essa concepção de argumentação envolve um conjunto complexo de diferentes tipos interpretativos que decorrem em uma prática chamada de consequencialismo jurídico.

O consequencialismo jurídico - em sentido amplo - trata-se de qualquer programa teórico que se proponha a condicionar, ou qualquer atitude que condicione explícita ou implicitamente a adequação jurídica de uma determinada decisão judicante à valoração das consequências associadas à mesma e às suas alternativas (SCHUARTZ, 2008).

Se utilizar argumentos consequencialistas significa uma tentativa de identificar se é razoável que uma decisão estabeleça como válida uma determinada prática social. Uma razão consequencialista pode ter com fundamento uma base externa, por exemplo sociológica, para fins de responder acerca das consequências de uma decisão. Porém, diante do dever de justificação, os juízes devem construir suas deliberações fazendo uma avaliação das consequências jurídicas em relação aos princípios considerados relevantes e respectivamente associados a um ramo do Direito. (MACCORMICK, 2005, p. 388).

O parágrafo único do art. 20 da Lei n 13.655/18 dispõe: “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”.

Referido dispositivo tem a prescrição um tanto mais sofisticada. Estabelece um devido processo legal decisório, mais interessado nos fatos, por intermédio do qual os decisores terão de explicitar se: a) dispõem de capacidade institucional para tanto, ou se, excepcionalmente, estão exercendo uma função que lhe é atípica, mas por uma necessidade pragmática, porém controlável; b) a decisão que será proferida é a mais adequada, considerando as possíveis alternativas e o seu viés intrusivo; e c) se as consequências de suas decisões são predadoras de medidas compensadoras, ou de um regime transição (MARQUES NETO e FREITAS, 2018).

Trata-se de dispositivo que visa estabilizar e a conferir exequibilidade às decisões do controlador. E, de outro bordo, estabelecer parâmetros a partir dos quais tais decisões poderão ser controladas.

Num balanço geral, verificam-se positivas as alterações da Lei n. 13.655/18 na LINDB. Elas detêm o mérito de traduzir em norma cogente as preocupações decorrentes do abstrativismo e punitivismo a que estão expostos os gestores públicos, trazendo a realidade dos finitos recursos públicos dos órgãos executores e a segurança na atividade administrativa.

A motivação robusta e o compromisso com os efeitos de uma decisão, ainda que preliminar ou de abertura de investigação, são elementos essenciais para que os bons gestores voltem a assumir posições relevantes na Administração Pública.

5. CONCLUSÃO

É certo que o controle dos atos administrativo é elemento basilar do Estado Democrático de Direito. No entanto, é necessário que esse controle tenha real motivação, investigação comprometida com a busca mais próxima da verdade real e decisões cujo sentimento seja de total imparcialidade e devidamente fundamentadas.

Há uma crise na Administração Pública brasileira em razão do excesso de punitivismo que hoje cerceia os atos administrativos. O “Direito Administrativo do

Medo” paralisa o andamento da execução das políticas públicas e amedrontam os bons gestores de estar à frente deste trabalho.

A Lei nº 13.655/18 trouxe bons avanços com relação a este controle, trazendo contornos de um modelo consequencialista das investigações de atos administrativos e suas decisões, priorizando-se a concretude e a verossimilhança nos atos de controle e dando segurança à atividade administrativa.

Ao estabelecer ajustes no controle dos atos administrativos, o Poder Legislativo reage, ainda que timidamente, ao abstrativismo das normas e decisões punitivas, dando a devida adequação ao papel secundário, dando alternativas aos métodos engessados e sobepesando as consequências das decisões para maior justiça, devolvendo ao bom gestor a confiança para executar políticas públicas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Congresso Nacional. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 9 de setembro de 1942, retificado em 8 de outubro de 1942 e retificado em 17 de junho de 1943. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 05 de setembro de 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.** Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 26 de abril de 2018. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm>. Acesso em: 05 de setembro de 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018.** Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 3 de junho de 2018. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 05 de setembro de 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 05 de setembro de 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GIORGI, Rafaele de. **O desafio do juiz constitucional**. Tradução de Ricardo Menna Barreto. Revista Campo Jurídico, V3. Nº 2. 2015

MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning**. Oxford: Oxford University Press, 2005.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **A Nova LINDB e o consequencialismo jurídico como mínimo existencial**. 2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-18/opiniao-lindb-quadrantes-consequencialismo-juridico>> Acesso em 08 de setembro de 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 22. Ed, São Paulo: Malheiros, 1997

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

SCHUARTZ, Luis Fernando. **Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem**. Revista de Direito Administrativo. V. 248. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/issue/view/2280>> Acesso em 3 de setembro de 2019.