



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O DEVER DE MITIGAR AS PERDAS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A
RELATIVIZAÇÃO DO DEVER DE ANULAR ATOS E CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS ILEGAIS

Leonardo El-Amme Souza e Silva da Cunha

Rio de Janeiro
2020

LEONARDO EL-AMME SOUZA E SILVA DA CUNHA

O DEVER DE MITIGAR AS PERDAS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A
RELATIVIZAÇÃO DO DEVER DE ANULAR ATOS E CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS ILEGAIS

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato
Sensu em Direito Administrativo da Escola da
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Maria Carolina Cancellata de Amorim

Ubirajara da Fonseca Neto

Rio de Janeiro
2020

O DEVER DE MITIGAR AS PERDAS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A RELATIVIZAÇÃO DO DEVER DE ANULAR ATOS E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS ILEGAIS.

Leonardo El-Amme Souza e Silva da Cunha

Graduado pela Universidade Estácio de Sá. Pós-Graduado em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Advogado. Assessor no Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – Este artigo aborda a questão da aplicação do instituto do dever de mitigar as perdas, oriundo do Direito Civil, no Direito Administrativo. Trata, especificamente, das diversas posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca da possibilidade de mitigar o dever de anular atos e contratos administrativos ilegais com vistas resguardar a segurança jurídica, a continuidade de serviços públicos, bem como a outros interesses públicos afetos, sem prejudicar a apuração de responsabilidade e a reparação do dano ao erário. Pretende-se, também, fazer uma exposição sobre a ponderação entre os princípios da legalidade e do princípio do interesse público e os aspectos atinentes ao dever de mitigar as perdas e às consequências práticas das decisões nas esferas controladoras.

Palavras-chave – Direito Administrativo. Atos e contratos administrativos. Mitigar as perdas.

Sumário – Introdução. 1. Aplicação do instituto do dever de mitigar as perdas no Direito Administrativo. 2. A ponderação entre o princípio da legalidade e o princípio da primazia do interesse público. 3. O dever de mitigar as perdas e as consequências práticas das decisões nas esferas controladoras. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda discussão quanto à aplicabilidade da teoria do Direito Civil do dever de mitigar as perdas nos contratos administrativos. Com o advento da Lei n. 13.655/18, que trouxe alterações às normas do direito brasileiro – LINDB, restou evidenciada a necessidade de planejar melhor as políticas públicas e considerar as consequências das decisões oriundas das esferas de controles (administrativa, controladora e judicial), acentuou-se também a necessidade de buscar novos institutos ou aplicar alguns existentes mesmo que oriundos de outros ramos do direito.

É cediço que os atos administrativos que estejam eivados de ilegalidade devem ser em regra declarados nulos por ofensa direta a um dos princípios basilares que norteiam a Administração Pública: o da legalidade. Se, por um lado, o artigo 37 da Constituição Federal, estabelece a observância ao princípio da legalidade na administração pública e, por consequência o dever de anular qualquer ato que seja ilegal, por outro, há que se verificar se a

declaração de ilegalidade pode afetar indiretamente outros interesses públicos, suscitando, em suma, o seguinte questionamento: é possível mitigar o dever de anular atos e contratos administrativos ilegais com vistas a assegurar segurança jurídica, a continuidade de serviços públicos e outros interesses públicos afetos sem que isso prejudique a apuração de responsabilidade e reparação do dano ao erário?

Nessa linha, este trabalho busca discutir e trazer reflexões sobre a possibilidade de aplicação do princípio do dever de mitigar os próprios prejuízos nos contratos administrativos, admitido e difundido no direito privado quando da análise dos contratos celebrados entre particulares.

O primeiro capítulo abordará a possibilidade de aplicação do princípio do dever de mitigar as perdas, originário do Direito Privado no Direito Público, notadamente, no âmbito dos atos e contratos administrativos.

Em seguida, no segundo capítulo, será explorada a discussão relativa à hipótese de ponderação do princípio da legalidade, norteador do direito administrativo, à luz do princípio da supremacia do interesse público.

Por fim, no terceiro capítulo, a pesquisa recairá sobre casos concretos submetidos a julgamento por parte das esferas controladoras, de forma a verificar se é possível apontar alguma tendência jurisprudencial no tratamento dessa questão. Nesse ponto, objetiva-se contribuir para a reflexão acerca da possibilidade concreta de conciliar a aplicação do princípio do dever de mitigar as perdas com a tendência do consequencialismo prático das decisões nas esferas controladoras.

Na pesquisa será utilizado o método dedutivo, questionando-se se, hoje, é admitida pela doutrina clássica e pela jurisprudência pátria a aplicação do Duty to mitigate the loss no direito administrativo. Para tanto, a abordagem no artigo a ser elaborado será a qualitativa e explicativa, ao passo que serão analisados os entendimentos doutrinários clássicos, bem como os contemporâneos, com foco também nas legislações recentes e jurisprudências das diferentes esferas de controle.

1. APLICAÇÃO DO INSTITUTO DO DEVER DE MITIGAR AS PERDAS NO DIREITO ADMINISTRATIVO

O dever de mitigar as perdas ou Duty to Mitigate the loss, é instituto originário do direito norte-americano, do qual é possível extrair a idéia de que diante de um inadimplemento, não pode o credor permanecer inerte e ver o aumento de seu prejuízo, para,

após, requerer a indenização do valor total, sem a exclusão dos danos evitáveis, quando havia medidas razoáveis que poderiam ter sido tomadas. Em outras palavras, leciona Flávio Tartuce¹ que se trata do dever imposto ao credor de mitigar suas perdas, ou seja, o próprio prejuízo.

Sobre a aplicação do Duty to mitigate the loss no direito privado brasileiro, é preciso mencionar que foi aprovado o enunciado n. 169 na III Jornada de Direito Civil, pelo qual o princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo. Véra Fradera² entende que é possível aplicar o conceito do dever de mitigar as perdas no direito privado nacional:

Seria possível o direito privado nacional recepcionar o conceito do duty to mitigate the loss em matéria contratual? Acreditamos ser possível esta recepção. Antes, porém, necessitamos realizar uma série de indagações, para chegar ao fundamento desta, por ora, apenas mera probabilidade de acolhimento do conceito pela doutrina e pelos tribunais brasileiros. O esforço deve valer a pena, pois inúmeras vezes nos deparamos, na prática do foro, com situações em que o credor se mantém inerte face ao descumprimento por parte do devedor, cruzando, literalmente, os braços, vendo crescer o prejuízo, sem procurar evitar ou, ao menos, minimizar sua própria perda.

A mencionada recepção deu-se, portanto, como um ônus derivado do princípio da boa-fé objetiva, expressa no art. 422 do Código Civil de 2002. Assim, é possível concluir que a doutrina especializada em direito civil admite a aplicação do instituto do dever de mitigar as próprias perdas no direito privado pátrio e, de igual forma, entendem o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro³ e o Superior Tribunal de Justiça⁴. Diante do exposto, resta discutir quanto à possibilidade de recepcionar a mencionada teoria nas relações contratuais oriundas do direito administrativo.

De acordo com o artigo 37, caput, da Constituição Federal, a Administração Pública de qualquer dos Poderes dos entes federativos deverá obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Para o tema abordado no presente

¹ TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO. 2013, p. 563.

² FRADERA, Véra Maria Jacob, Cf. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?. Revista Trimestral de direito civil. RTDC. v. 5, n. 19, jul/set, 2004, pág. 110 e 118.

³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação 0009815-15.2016.8.19.0209. Relator: Desembargador Marcos Alcino de Azevedo Torres. Julgamento em 5 set. 2019. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.5.0>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 758.518-PR. Relator: Ministro Vasco Della Giustina, julgamento em 17 jun. 2010. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200500967754&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

trabalho, alguns princípios citados ganham destaque, já que intimamente ligados ao tema do presente artigo.

O princípio da legalidade, inicialmente, exige do administrador público um atuar pautado somente no que autoriza a Lei, é a denominada vinculação positiva da Administração Pública. Outro postulado importante para o tema em questão é o da eficiência, intimamente direcionado à busca pela prática de atos que possam alcançar as finalidades públicas previstas nas disposições legais.

O que se extrai dessas definições é que a Administração Pública deverá sempre pautar seu atuar de modo a atender aos anseios da coletividade de forma efetiva e eficiente, desde que dentro dos permissivos legais.

Os princípios já mencionados comportam interpretações mais amplas, Rafael Carvalho Rezende Oliveira⁵ ao abordar o alcance da legalidade afirma que ao aplicar a Lei o administrador, bem como, as instâncias controladoras, devem se pautar não só pelo cumprimento da Lei, mas também em atenção a outros princípios constitucionais que promovem e garantem direitos fundamentais.

O mesmo autor ao definir o princípio da eficiência destaca que no âmbito da Administração eficiente de resultados, a interpretação e aplicação da Lei podem se afastar das consequências jurídicas e extrajurídicas⁶.

No mesmo sentido dispõe o artigo 20, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, ao prever que em qualquer esfera de atuação não poderá ser desconsiderado no momento da tomada de decisões as consequências práticas que dela irão advir.

A lei segue em seu artigo 21, parágrafo único, que as decisões, quando possível, devem indicar as condições para que haja a regularização do ato ilegal 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.

Nessas situações é que surge a possibilidade de sopesar os valores jurídicos envolvidos na situação concreta. Isso porque, não se pode ter como absoluto nenhum princípio existente, sempre haverá a necessidade de ponderar qual será a decisão mais adequada a proteger o bem jurídico, teoricamente, mais relevante no caso concreto.

É justamente nesse momento em que surgem questionamentos sobre o alcance da legalidade quando aplicada em uma situação de flagrante ilegalidade de um ato administrativo

⁵ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2018, p. 37.

⁶ Ibid., p. 42.

que teve alcance prático extenso, ao que extirpar esse ato do mundo jurídico poderá gerar danos irreparáveis.

Alguns atos administrativos eivados de ilegalidade possuem dimensão tamanha que precisam permanecer no mundo jurídico mesmo que tenham gerado algum tipo de prejuízo à Administração Pública. Daí faz-se necessário mitigar determinadas perdas sofridas pela Administração, a fim de preservar outras garantias constitucionais.

Diante disto, é preciso discutir a possibilidade de aplicação de teorias do direito contratual privado em ocasiões de conflito de interesses e valores públicos. Uma das teorias que mais se amolda nessas situações é o *duty to mitigate the loss* do direito contratual brasileiro.

Nos casos de direito privado a jurisprudência tem adotado posicionamento no sentido de aplicar a teoria do dever de mitigar as perdas na relação contratual existente entre particulares sem maiores complicações, a questão que busca maiores esclarecimentos é quanto à aplicação desse instituto em relações de direito público.

É permitida a aplicação de institutos do Direito Privado no âmbito das relações administrativas, notadamente regras contratuais, já que a Administração Pública para por em prática seu planejamento para concretização de políticas públicas precisa de um instrumento hábil para formalizar uma relação com particulares por exemplo.

Se por um lado é aceitável dizer que a coisa pública deve ter máxima proteção conferida pelo Estado, que deve zelar pela boa aplicação dos recursos públicos, pela execução de políticas públicas eficazes, por outro lado é possível afirmar que em algumas situações será necessário internalizar determinado prejuízo ao bem público em sentido amplo, para garantir de forma plena os direitos fundamentais.

A situação fica mais clara quando ao imaginarmos um contrato para fornecimento de produto ou serviço para unidades de saúde, no qual após ação de fiscalização de uma das instâncias de controle (administrativa, controladora ou judicial) seja comprovado que houve conluio das sociedades empresárias participantes da licitação, para que, uma das sociedades empresárias fosse vencedora.

Nessa situação, resta evidente a ilegalidade do contrato, o que invariavelmente poderia levar à interrupção da execução contratual; entretanto, trata-se de produto ou serviço essencial para atender outros interesses públicos coletivos mais importantes do que a conclusão pela ilegalidade do contrato celebrado entre a Administração pública e o particular vencedor do certame.

Outra situação que se amolda ao tema abordado no presente artigo é o inadimplemento nos contratos administrativos. Nesse sentido, a administração pública tem o dever prezar pela regular prestação contratual, conforme preconiza o artigo 58, II, da Lei 8.666/93, caso haja algum inadimplemento a parte que deu causa poderá ser responsabilizada civil e/ou administrativamente.

Além das sanções administrativas previstas na Lei 8.666/93 e as de natureza civil previstas no código civil, a administração tem a prerrogativa de rescindir o contrato, conforme dispõe o artigo 77 do referido diploma.

A rescisão é a situação mais grave contemplada pela legislação administrativa, tal situação invariavelmente poderá ir de encontro ao interesse público tutelado na relação jurídica existente, como por exemplo, a paralisação de serviços, fornecimentos de produtos ou obras em andamento.

É preciso que a administração pública busque medida menos gravosa apta a tutelar o interesse público envolvido antes de rescindir o contrato em vigor, é necessário buscar um instrumento que seja mais efetivo e atenda aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Nesse sentido, Alexandre Casanova Mantovani⁷ definiu a importância da boa escolha da administração ao se deparar com algum inadimplemento contratual:

A administração possui amplo rol de opções, a serem tomadas pela via administrativa (processo administrativo), para forçar o melhor cumprimento possível do contrato, além de, no caso de inadimplemento, ou na eminência deste, contar com medidas capazes de reduzir o impacto deste (portanto os danos à Administração e ao interesse público). Qualquer das medidas tomadas pela Administração com base nas cláusulas exorbitantes poderá ser revista judicialmente e será submetida ao juízo de proporcionalidade e razoabilidade.

Conforme mencionado no capítulo 1 do presente artigo a recepção do instituto do dever de mitigar as perdas é derivado do princípio da boa-fé objetiva no Código Civil, isso quer dizer que incidem os deveres anexos, e que é vedado o comportamento contrário à boa-fé, o ônus de mitigar o próprio prejuízo acompanha implicitamente o contrato, pois se trata de uma incumbência ou encargo que se origina do ordenamento jurídico, mais precisamente da cláusula geral de boa-fé.

⁷ MANTOVANI, Alexandre Casanova. A mitigação do próprio prejuízo nos contratos administrativos. Monografia em Direito. – UFRS. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2013. p. 79.

O Tribunal de Contas da União⁸ se manifestou em sede de auditoria que tinha como objetivo de verificar a regularidade na execução de contratos relativos à implantação de oleodutos de interligação à Unidade de Tratamento de Gás no Estado do Espírito Santo. Na ocasião, foi apurada a ocorrência de execução de obra sem licença, contratação sem parcelamento do objeto e não motivação dos atos que dispensaram ou declararam inexigibilidade de licitação.

Ao analisar o alcance da responsabilidade pelas irregularidades cometidas, o Tribunal de Contas da União expôs o entendimento de que havia responsabilidade solidária das sociedades contratadas ilegalmente com base no chamado Duty to mitigate the loss. Isto porque, conforme anteriormente exposto o dever de mitigar os próprios prejuízos decorre da obrigação recíproca de lealdade oriunda do princípio da boa-fé objetiva. A preservação dos contratos deve levar em consideração que os contratantes devem agir em consonância a esse princípio de tal sorte que as alterações decorrentes de sua violação não devem ser suportadas por apenas uma das partes, mas também por aquela que não agiu com lealdade e cooperação.

No caso concreto, a Corte de Contas da União decidiu que as contratadas não poderiam ter deixado que os prejuízos fossem piores do que realmente deveriam ser, contribuindo para isso, seja por atos comissivos ou por omissão. As empresas se beneficiaram diretamente da paralisação das obras por irregularidade não atribuível apenas à Petrobras: executar obra sem as devidas licenças ambientais.

Resta evidente que o gestor público deverá mitigar os prejuízos econômicos causados pelo licitante vencedor, a fim de não prejudicar ou inviabilizar a promoção de interesses coletivos (vida, saúde e etc.) mais relevantes no caso concreto.

2. A PONDERAÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E O PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DO INTERESSE PÚBLICO.

O princípio da legalidade é o principal corolário do Direito Administrativo, a relevância do referido princípio é evidente, já que está disposto no artigo 37, caput, da Constituição Federal de 1988, como primeiro postulado a ser observado pela Administração

⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1633/2018. Relator: Ministra Ana Arraes. Julgamento em 18 jul. 2019. Disponível em: <<<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/duty%2520to%2520mitigate%2520the%2520loss/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=b6b636e0-061b-11ea-8011-f7b4716e6535>> Acesso em: 13 nov. 2019.

Pública. De acordo com Patrícia Baptista⁹ dentre os princípios constitucionais do direito administrativo distingue-se, antes de qualquer outro, o princípio da legalidade administrativa.

Pela concepção clássica a lei deve prevalecer e ter preferência sobre os atos da Administração. Contudo, Rafael Carvalho Rezende Oliveira¹⁰ chama atenção para a necessidade de reinterpretar o princípio da legalidade a partir dos fenômenos da constitucionalização do Direito Administrativo, com a relativização da concepção da vinculação positiva do administrador à lei.

De forma igual leciona Patrícia Baptista¹¹ ao expor em sua obra que a via legislativa formal realmente tornou-se insuficiente e inadequada para o atendimento das necessidades normativas da Administração contemporânea.

Pelo que se observa a ideia de que a Administração está apenas vinculada a legalidade aos poucos é afastada diante das necessidades atuais colocadas no cotidiano da administração pública. Com isso, abre-se a oportunidade de ponderar quanto à prevalência do princípio da legalidade em cada caso concreto.

Não se pretende abandonar de vez a aplicação da legalidade, até porque não há permissivo legal, uma vez que é princípio previsto na Carta Magna, na verdade pretende-se apresentar interpretação que possibilite atender aos demais princípios constitucionais, a fim de garantir direitos fundamentais envolvidos em cada caso.

Por essa razão, tem-se que a legalidade não pode ser o único princípio a ser respeitado pela Administração pública, que deve procurar pautar seus atos também em atenção a outros princípios, quais sejam: O princípios da eficiência, da moralidade, da proporcionalidade e razoabilidade.

Nesse contexto de ponderação da legalidade, ganha relevância o princípio da supremacia do interesse público, o qual também é considerado sustentáculo do Direito Administrativo.

O princípio da primazia do interesse público é dividido em duas categorias: interesse público primário e o interesse público secundário. Para o objeto do presente trabalho, interessa apenas o interesse primário.

O interesse primário é aquele voltado à satisfação de necessidade coletiva conforme leciona Rafael Carvalho Rezende Oliveira¹² ao definir o interesse público primário como a

⁹ BAPTISTA, Patrícia. Transformações do Direito Administrativo. Ed. Lumen Juris. p.74.

¹⁰ OLIVEIRA, op. cit., p. 36.

¹¹ BAPTISTA, op. Cit., p. 79.

¹² OLIVEIRA, op. cit., p. 47.

“necessidade de satisfação de necessidades coletivas (justiça, segurança e bem-estar) por meio do desempenho de atividades administrativas prestadas à coletividade”.

É preciso ter em mente a ideia de que a lei nem sempre poderá prevalecer em todas as situações postas - notadamente, em uma sociedade moderna que diariamente sofre mudanças bruscas de rumo – para tanto, é preciso prezar pelo atendimento dos demais interesses públicos.

A decisão administrativa não pode ser pautada apenas na legalidade, o administrador ao tomar uma decisão deve considerar se algum ato, ainda que eivado de ilegalidade, deverá ou não continuar a fazer efeitos concretos, a fim de ponderar e decidir qual interesse público deverá prevalecer na situação fática, de forma a garantir outros direitos fundamentais envolvidos na situação posta.

Em contratações diretas realizadas pela Administração Pública, em regra nas situações emergenciais previstas no artigo 24, incisos III, IV e XXV da Lei n. 8.666/93, quando a licitação – que é a regra – não pode ser realizada, e há posteriormente a verificação de que o gestor responsável pela contratação fabricou a emergência, situação denominada pela doutrina como “emergência ficta”.

Nesses casos, ainda com a fabricação da emergência pelo agente, o fato é que quando devidamente caracterizada a urgência de atendimento a situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, a contratação poderá no caso concreto ser mantida.

Isso porque, notadamente a contratação é ilegal, e teoricamente deveria ser encerrada, sob pena de aumentar o dano ao erário pela contratação direta que não observou os princípios que regem as licitações, como por exemplo, o princípio da economicidade e da proposta mais vantajosa.

Contudo, é necessário verificar quais os outros direitos e princípios estão presentes naquela contratação. É primordial que seja verificado se a interrupção daquele serviço ou fornecimento de bem é essencial para evitar maiores prejuízos à coletividade, de modo a atingir direitos constitucionalmente previstos.

Assim, resta evidente que o princípio da legalidade deverá ser observado, no entanto, as esferas de controle (administrativa, controladora e judicial) devem ao analisar no caso concreto se cessar de imediato a contratação irregular irá comprometer outros bens jurídicos tutelados pelo ordenamento jurídico, sem considerar os efeitos práticos da interrupção de determinado serviço ou fornecimentos de bens essenciais para a coletividade.

3. O DEVER DE MITIGAR AS PERDAS E AS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS DAS DECISÕES NAS ESFERAS CONTROLADORAS

No capítulo anterior foi possível concluir que a decisão administrativa não pode ser pautada somente na legalidade, ao tomar decisões o agente público deve considerar se algum ato, ainda que eivado de ilegalidade, deverá ou não continuar a fazer efeitos na prática.

O dever de observar e indicar quais serão os efeitos práticos da decisão de invalidar o ato administrativo praticado é direcionado para todas as esferas de controles, quais sejam: a esfera administrativa, aonde é tomada a decisão interna por meio de processo administrativo, a esfera controladora, aqui entendida como o controle externo exercido pelos Tribunais de Contas, bem como a esfera judicial quando o ato administrativo é discutido no âmbito do Poder Judiciário.

A indicação da consequência prática da decisão de invalidação ficou mais clara quando da edição da Lei n. 13.655/2018 que acrescentou o artigo 20 à Lei de introdução das normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n. 4.657/42), o qual dispõe que nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

A exigência acima mencionada foi tratada no recente Decreto n. 9.380/2019, o qual dispõe em seu artigo 4º que a decisão que decretar a invalidação de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativas indicará, de modo expresso, as suas consequências jurídicas e administrativas.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro¹³ ao apreciar agravo de instrumento contra decisão de deferimento de tutela antecipada, sob o argumento de nulidade da decisão por ausência de motivação, nos termos dos artigos 20 e 22 da LINDB, por concessão de liminar sem a oitiva da Fazenda Pública.

Outro aspecto interessante do Decreto n. 9.380/2019 é que o §4º do artigo 4º autoriza quem decide a restringir os efeitos da declaração ou indicar momento posterior para a eficácia da decisão tomada. Trata-se de modulação dos efeitos da decisão, tal possibilidade busca mitigar o ônus de todas as partes envolvidas (administrados ou administração pública), com a indicação para normalização da situação colocada, sem prejuízos ao interesse coletivo.

¹³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento 0020542-73.2019.8.19.0000. Relatora: Maria Inês da Penha Gaspar. Julgamento em 10 jul. 2019. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2019.002.26671>> Acesso em: 13 nov. 2019.

Em termos práticos, algumas Cortes do país têm aplicado a modulação dos efeitos das suas decisões. Como, por exemplo, o Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro¹⁴ que, em atenção aos princípios da segurança jurídica e da confiança legítima, fixou período de transição para adoção dos novos parâmetros estabelecidos em seu julgado. O mencionado julgado, de maneira acertada, modulou os efeitos de modo a surpreender os jurisdicionados com a mudança de entendimento e frustrar suas expectativas:

Sobre a modulação dos efeitos da decisão que muda entendimento da esfera controladora com vistas a observar os princípios da segurança jurídica e da confiança legítima, leciona Valter Shuenquener de Araújo¹⁵:

A plena adoção do princípio da proteção da confiança deve ter como uma de suas consequências possibilitar que uma expectativa legítima seja respeitada mediante a aplicação da jurisprudência antiga e mais benéfica a um fato pendente de julgamento. A nova manifestação judicial apenas deverá incidir sobre fatos ocorridos após o seu conhecimento.

Exatamente por esses motivos que os controladores (administrador, conselheiro ou magistrado) ao invalidar ato, contrato, ajuste, processo ou qualquer norma administrativa, deverão expor os motivos pelos quais entende necessária e adequada a decisão tomada, conforme preconiza o artigo 21 da Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro.

A indicação das consequências práticas é um exercício relevante para o julgador e ainda comporta muita discussão. Antes da aprovação da Lei n. 13.655/2019 algumas críticas foram feitas ao dispositivo que exigia a indicação da consequência prática da decisão tomada. Nesse sentido, se posicionou a Consultoria jurídica do Tribunal de Contas da União¹⁶ ao mencionar que dispositivo demandaria um suposto exercício de futurologia do julgador, “que passa a ter ônus que não é dele, mas sim da parte, qual seja, o de levar para os autos as informações relevantes quanto a eventuais consequências indesejáveis de eventual decisão desfavorável”.

¹⁴ BRASIL. Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. TCE-RJ 100.797-7/18. Relatora: Conselheira Marianna Montebello Willeman. Julgamento em 28 ago. 2019. Disponível em: <<https://www.tcerj.tc.br/consulta-processo/PesquisaTextual/Details?numero=100797&digito=7&ano=2018>> Acesso em: 13 nov. 2019.

¹⁵ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. O Princípio da Proteção da Confiança – Uma Nova Forma de Tutela do Cidadão Diante do Estado. Niterói: Impetus, 2009, p. 175.

¹⁶ DE OLIVEIRA, Odilon Cavallari. Parecer sobre o PL 7448/2017, em face do parecer-resposta dos autores do PL e de outros juristas. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A81881F62B15ED20162F95CC94B5BA4&inline=1>>. Acesso em: 08 Jul.2019.

As críticas feitas foram objeto de parecer elaborado pelos juristas idealizadores¹⁷ do Projeto de Lei que deu origem à Lei n. 13.655/2019, os quais defenderam a necessidade de indicação das consequências práticas da decisão ao argumento de que:

Invaldar atos, contratos, processos configura atividade altamente relevante, que importa em consequências imediatas a bens e direitos alheios. Decisões irresponsáveis que desconsidera em 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 expresse, as consequências jurídicas e administrativas decorrentes de sua decisão.

Assim, possível concluir que caso algum negócio jurídico venha a ser invalidado, com direitos que serão indireta ou diretamente impactados, o julgador tem o dever de indicar as consequências de sua decisão.

Também é possível entender, conforme defendido pela Consultoria Jurídica do Tribunal de Contas da União em seu parecer que caso questionado o ato por órgão de controle, compete ao administrador, no momento em que, em virtude do direito ao contraditório, tiver a oportunidade de se manifestar no processo, demonstrar as consequências jurídicas e administrativas que poderiam advir de eventual invalidação desse ato.

Conforme exposto, o tema quanto à indicação das consequências práticas da decisão que invalida ato administrativo é objeto de discussões relevantes, notadamente, notadamente no que diz respeito ao modo como devem ser indicadas as consequências pelas esferas de controle.

A dificuldade dos aplicadores da norma em dar efeitos práticos às mudanças promovidas na LINDB é considerável. Não por outra razão, é que a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho ingressou em meio de 2019 com ação direta de inconstitucionalidade (ADI 6146) que impugna as previsões dos artigos 20 a 23 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB).

Em que pese existirem muitas críticas e questionamento a respeito da constitucionalidade das alterações trazidas pela Lei nº 13.655/18 na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – LINDB, as instâncias controladoras (administrativa, controladora e judicial) já estão observando e aplicando as novas regras, conforme julgados contidos no presente artigo.

¹⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et al. 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>>. Acesso em: 08 jul. de 2019.

CONCLUSÃO

No presente trabalho, buscou-se expor, inicialmente, que o *Duty to Mitigate the loss*, é um instituto originário do direito norte-americano, do qual é possível extrair a idéia de que diante de um inadimplemento, não pode o credor permanecer inerte e ver o aumento de seu prejuízo. Também restou demonstrado que a aplicação do referido instituto no direito privado brasileiro foi recepcionada como um ônus derivado do princípio da boa-fé objetiva.

Abordou-se, nesse contexto, da possibilidade de aplicação, nas relações de direito administrativo, de instituto vindo do direito privado pátrio, a fim de possibilitar que a Administração Pública possa aplicar o instituto *Duty to mitigate the loss* para mitigar os prejuízos econômicos causados por eventuais ilegalidades existentes.

Conclui-se, também, ser cabível aplicação de institutos do Direito Privado no âmbito das relações administrativas, notadamente regras contratuais, já que a Administração Pública para alcançar seu objetivo de concretização de políticas públicas precisa de um instrumento hábil para formalizar uma relação com particulares.

De igual forma, restou claro que o Estado deve zelar pela boa aplicação dos recursos públicos, pela execução de políticas públicas eficazes; portanto, será necessário em algumas situações internalizar determinado prejuízo causado ao bem público em sentido amplo, para garantir de forma plena os direitos fundamentais.

A decisão administrativa deverá pautada não só apenas na legalidade, o administrador ao tomar uma decisão tem o dever considerar se o ato praticado, ainda que eivado de ilegalidade, deverá ou não continuar a produzir efeitos, a fim de ponderar e decidir qual interesse público deverá prevalecer no caso concreto, de forma a proteger outros direitos fundamentais envolvidos na situação fática. Portanto, é primordial que as esferas controladoras verifiquem se a interrupção daquele serviço ou fornecimento de bem é essencial para evitar prejuízos à coletividade, de modo a atingir direitos constitucionalmente protegidos.

Por outro lado, foi ressaltado que, caso a Administração tome a decisão de decretar a invalidação de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativas indicará, de modo expresso, as suas consequências jurídicas e administrativas, sem prejuízo de modular os efeitos da sua decisão, a fim de mitigar o ônus de todas as partes envolvidas (administrados ou administração pública), com a indicação para normalização da situação colocada, sem prejuízos ao interesse coletivo.

Observou-se que a indicação das consequências práticas das decisões tomadas pelas esferas controladoras é um exercício relevante para aquele que decide e, atualmente, comporta

muita discussão. Contudo, as alterações na Lei de Introdução às normas do direito brasileiro trazidas pela Lei nº 13.655/18, estão em vigor e já estão sendo aplicadas pelas instâncias controladoras.

Concluiu-se que, em realidade, a Administração Pública ao tomar decisões diante de atos ilegais, deve mitigar o ônus de todas as partes envolvidas (administrados ou administração pública), com a indicação de medidas efetivas para a normalização da situação concreta, sem prejuízos ao interesse coletivo, de modo a alcançar maior eficiência na aplicação de recursos públicos e atendimento ao interesse público.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. O Princípio da Proteção da Confiança – Uma Nova Forma de Tutela do Cidadão Diante do Estado. Niterói: Impetus, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 04 fev.2019.

_____. Decreto 9.380, de 10 de junho de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm>. Acesso em: 08 jul.2019.

_____. Lei 8.429, de 2 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm>. Acesso em: 04 fev.2019.

_____. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>. Acesso em: 04 fev.2019.

_____. Lei 13.655, de 25 de abril de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm>. Acesso em: 04 fev.2019.

_____. Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. TCE-RJ 100.797-7/18. Relatora: Conselheira Marianna Montebello Willeman. Julgamento em 28 ago. 2019. Disponível em: <<https://www.tcerj.tc.br/consulta-processo/PesquisaTextual/Details?numero=100797&digito=7&ano=2018>> Acesso em: 13 nov. 2019.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1633/2018. Relator: Ministra Ana Arraes. Julgamento em 18 jul. 2019. Disponível em: <<<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/duty%2520to%2520mitigate%2520the%2520loss/%2520DTRELEVANCIA%25200desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=b6b636e0-061b-11ea-8011-f7b4716e6535>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação 0009815-15.2016.8.19.0209. Relator: Desembargador Marcos Alcino de Azevedo Torres. Julgamento em 5 set. 2019. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.5.0>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento 0020542-73.2019.8.19.0000. Relatora: Maria Inês da Penha Gaspar. Julgamento em 10 jul. 2019. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2019.002.26671>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 758.518-PR. Relator: Ministro Vasco Della Giustina, julgamento em 17 jun. 2010. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200500967754&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

BAPTISTA, Patrícia. Transformações do Direito Administrativo. Ed. Lumen Juris. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 31ª Edição. Ed. Atlas. 2018.

DE OLIVEIRA, Odilon Cavallari. Parecer sobre o PL 7448/2017, em face do parecer-resposta dos autores do PL e de outros juristas. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A81881F62B15ED20162F95CC94B5BA4&inline=1>>. Acesso em: 08 Jul.2019.

FRADERA, Véra Maria Jacob, Cf. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?. Revista trimestral de direito civil. RTDC. v. 5, n. 19, jul/set, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 17ª Edição. Revistas dos Tribunais. 2019.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et al. 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>>. Acesso em: 08 jul. de 2019.

MONTOVANI, Alexandre Casanova. A mitigação do próprio prejuízo nos contratos administrativos. Monografia em Direito. – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2013.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 6ª Edição. Ed. Método. 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Licitações e Contratos Administrativos – Teoria e prática. 7ª Edição. Ed. Método. 2018.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2013.