



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Lei nº 13.655/18 e o Poder Judiciário no Controle do Ato Administrativo

Mônica Almeida Mota

Rio de Janeiro
2020

Mônica Almeida Mota

A Lei nº 13.655/18 e o Poder Judiciário no Controle do Ato Administrativo

Artigo 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 em Direito Administrativo.

Professores orientadores: Maria Carolina Cancellata de Amorim e Ubirajara da Fonseca Neto

Rio de Janeiro
2020

A LEI Nº 13.655/18 E O PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DO ATO ADMINISTRATIVO

Mônica Almeida Mota

Graduada pela Faculdade de Direito Cândido Mendes. Defensora Pública no Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – A Lei nº 13.655/18 alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, com o claro objetivo de reforçar a segurança jurídica, em um panorama de incerteza e mudança permanente, estas atribuídas à sobreposição dos controles constitucionalmente previstos. O novo diploma legal determina um maior rigor no atuar do órgão controlador, exigindo, em síntese, maior cautela na fundamentação dos seus atos decisórios, seja explicitando com clareza a motivação das decisões, seja esclarecendo os princípios adotados, ou definindo as possíveis consequências da decisão. Esse trabalho se propõe a analisar a aplicação da lei no controle judicial do ato administrativo, realçando os benefícios objetivados pela lei e apontando novos dilemas que podem surgir.

Palavras-chave – Direito Administrativo. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Controle judicial. Ato administrativo.

Sumário – Introdução. 1. O dever de motivação das decisões judiciais sobre os atos administrativos. 2. Consequencialismo: realidade ou utopia? Análise dos efeitos práticos do controle; a necessidade de fundamentação técnica. 3. Os objetivos atingidos com a Lei nº 13.655/18: caminhos ou descaminhos? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica traz a proposta de análise do controle judicial do ato administrativo após a edição da Lei nº 13.655/18. Criada no cenário de sobreposições de controles, o novo diploma legal submete o Poder Judiciário às suas regras, objetivando reforçar a segurança jurídica no âmbito do Direito Público.

O panorama jurídico-social que impulsionou a edição da lei era composto, sobretudo, de argumentos voltados à importância da segurança jurídica e da necessária reverência do Estado a esse princípio, na interpretação das normas de Direito Público.

Especialmente no tocante ao controle exercido pelo Poder Judiciário, o advento da lei se coaduna com a necessidade de maior fundamentação das decisões, predominando a racionalidade e a coerência, reduzindo o subjetivismo do julgador, conferindo maior legitimidade ao julgado e segurança jurídica aos jurisdicionados.

Para analisar o tema proposto neste artigo, serão considerados os deveres e as possibilidades das mudanças introduzidas pela referida lei, assim como os limites a serem

enfrentados, em consonância com os princípios constitucionais, e os novos desafios e dificuldades a serem enfrentados pelos juízes.

O artigo, em seu primeiro capítulo, visa analisar o dever de motivação das decisões judiciais ao exercer a função controladora do ato administrativo, frente aos novos parâmetros fixados em lei, em consonância com os princípios de Direito Administrativo.

Como proposta do segundo capítulo, pretende-se discutir a teoria do consequencialismo introduzida na lei em exame, e a sua aplicabilidade na prática. Ainda, em que medida se verifica a capacidade institucional e *expertise* do juiz para análise quanto aos efeitos práticos do ato administrativo controlado, diante da necessidade de fundamentação técnica nas soluções judiciais apontadas pelo controlador, com a preservação da independência dos poderes.

No terceiro capítulo será abordada a doutrina da deferência à capacidade institucional da Administração Pública, com seus possíveis benefícios e dilemas, ponderando-se o caminho para uma melhor compreensão pela Administração a partir da decisão controladora, na busca da melhor solução para a prática daquele ato, e examinando se há um prognóstico de aumento ou diminuição do controle judicial do ato administrativo.

Finalmente, conclui-se que se trata de uma lei de grande impacto em todas as esferas de controle, mormente no controle exercido pelo Poder Judiciário.

Contudo, há que se registrar que se de um lado existe o dever legal na motivação da decisão, do outro o direito da sociedade à segurança jurídica, o que ora se resguarda, possibilitando ainda à Administração Pública a melhor gestão daquele ato controlado.

O método adotado é o dedutivo, já que o texto parte da referência legal e doutrina para a conclusão.

1. O DEVER DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS SOBRE OS ATOS ADMINISTRATIVOS

São inúmeras as definições clássicas de ato administrativo, sendo certo que a que melhor se encaixa para ilustrar esse artigo é a de Odete Medauar¹, para quem o ato é um

[...] dos modos de expressão das decisões tomadas por órgãos e autoridades da Administração Pública, que produz efeitos jurídicos, em especial no sentido de reconhecer, modificar, extinguir direitos ou impor restrições e obrigações, com observância da legalidade.

1 MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 11.ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2007. p.133.

O ato administrativo é passível de controle em todos os seus elementos constitutivos, aqui entendidos o sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade; no entanto, nas palavras de Carlos Vinícius Alves Ribeiro², “se há no ato administrativo ‘parte’ vital ao controle, é a motivação. Apenas por meio dela será possível a investigação de todo o ato, seus móveis, seus motivos e conteúdo.”

O controle dos atos administrativos exercido pelo Poder Judiciário, na ótica da atuação administrativa, tradicionalmente divide-se em controle de legalidade e controle de mérito. O primeiro, basicamente definido como a adequação formal do ato com a lei; o segundo, a verificação da conveniência e oportunidade relativas ao motivo e objeto do ato administrativo.

Nesse estudo, é importante ressaltar o histórico do controle judicial, especialmente no tocante à discricionariedade administrativa, que ao longo do tempo evoluiu para afastar-se completamente da ideia de “imunidade judicial da discricionariedade”³, com o surgimento de teorias como a do desvio de finalidade, teoria dos princípios jurídicos e teoria dos motivos determinantes – foco especial para esta última - a validade do ato administrativo depende da correspondência entre os motivos nele expostos e a existência concreta dos fatos que ensejaram a sua edição.

Contudo, cumpre destacar que o exercício deste controle já tinha como limite e exigência constitucional a fundamentação da decisão judicial, no artigo 93, IX da CRFB/88⁴; posteriormente, tais condições foram especificadas no artigo 489, § 1º do Código de Processo Civil⁵.

Nesse passo, em consonância com a democratização instaurada pela Constituição de 1988, surge também de outro lado a incidência de múltiplos controles, não obstante o princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no artigo 5º, inciso XXXV da CRFB/88⁶. No entender de Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas⁷, “as decisões dos gestores públicos passam, pois, a ser provisionais – sobrestadas pelos

2 RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves Ribeiro. *Controle dos Atos Administrativos*. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vítor Rhein. *Os Caminhos do Ato Administrativo*. São Paulo: RT 2012. p. 366.

3 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende Oliveira. *Curso de Direito Administrativo*. 6 ed. São Paulo: Método, 2018, p. 311

4 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 31 maio 2019.

5 BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 31 mai 2019.

6 BRASIL, op. cit., nota 4.

7 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *Comentários à Lei nº 13.655/2018*. 1 ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum. 2019. p. 22.

órgãos de controle”, o que por conseguinte acarreta uma “instabilidade das decisões definitivas”⁸. O fenômeno afeta a segurança jurídica, pois há interferência nas políticas públicas de longo prazo de forma até mesmo a amedrontar o gestor público que atua na legalidade, que teme exercer sua discricionariedade. Na compreensão dos autores mencionados, gera o “apagão das canetas.”⁹

Nessa toada é editada a Lei nº 13.655/18¹⁰, aqui abordada. Os artigos que se acrescentaram à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB¹¹ têm como objetivo explícito reforçar a segurança jurídica.

A Lei nº 13.655/18¹², no artigo 20 e seu parágrafo único, estabeleceu que ao Judiciário (entre outros órgãos de controle) não se permite mais decidir baseado em valores jurídicos abstratos, entendendo-se por este conceito vago os princípios que são aplicados no momento do controle judicial, sem que se considere as consequências práticas da decisão tomada. Por este comando legal, o Juiz, além de adstrito aos artigo 93, inciso IX da CRFB/88¹³ e artigo 489, § 1º do Código de Processo Civil¹⁴, estará submetido à referida norma da LINDB,¹⁵ devendo indicar na sua decisão o motivo pelo qual recorreu à utilização de algum determinado princípio para dirimir o conflito.

Deve ainda o Magistrado, ao exercer o controle, indicar as consequências práticas de sua decisão, motivando com os princípios adotados, a razão do convencimento a partir de tais preceitos e ainda, a proporcionalidade adotada, que será observada à luz do caso concreto, consistente na necessidade e adequação, inclusive frente às possíveis alternativas entre as oferecidas no momento do exame (aquelas que se apresentavam ao Administrador naquele momento, não podendo o juiz apresentar outras alternativas), não sendo mais possível tão somente a pura menção ao princípio ou postulado adotado. Em suma, deverá o juiz controlador demonstrar, de forma expressa e fundamentada, em que se baseou para formar aquele convencimento pontuado na decisão.

Assim, nessa compreensão de que a expressão legal ‘valores jurídicos abstratos’ abrange os princípios jurídicos, importante definir que o princípio é uma norma jurídica,

8 Ibid.

9 Ibid.

10 BRASIL. Lei 13655/2018. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm>. Acesso em: 31 maio 2019.

11BRASIL. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm>. Acesso em: 31 mai 2019.

12 BRASIL, op. cit., nota 10.

13 BRASIL, op. cit., nota 4.

14 BRASIL, op. cit., nota 5.

15 BRASIL, op. cit., nota 10.

ao lado das regras¹⁶, e pode ser utilizado para controlar a juridicidade da atuação do Estado.

Esclarece Rafael Carvalho Rezende de Oliveira¹⁷ que “os princípios possuem grau de abstração maior que as regras”, pois “admitem uma série indefinida de aplicações”, caracterizando normas abertas, diferentemente das regras, que “direcionam-se a situações determinadas”. O princípio impõe uma concepção geral, relacionada a diversos temas e vinculando a valores e não a um único comando - diferente da regra. São normas abertas. Como observa Marçal Justen Filho¹⁸, assim é que “a generalidade que os caracteriza propicia o potencial conflito entre diversos princípios”, gerando um grau de indeterminação jurídica. No mesmo sentido, Barroso¹⁹, quando assevera que a colisão de princípios não só é possível como faz parte da lógica do sistema dialético, não podendo ser reconhecida em termos de tudo ou nada, mas sim atribuindo-se uma dimensão de peso ou importância.

Essa generalidade e abstração das normas de hierarquia superior acarretam dificuldades para a atividade de aplicação do direito; na hora de aplicar as normas abstratas, o julgador acaba escolhendo entre soluções diversas e contraditórias, conduzindo a soluções simplistas, que podem causar grande insegurança jurídica.

A utilização dos princípios nessas decisões, sem que sejam mencionados com clareza os valores que levaram àquela decisão; ou, o processo valorativo, que é intuitivo e não consciente, espontâneo, e só racional após a formação da decisão, induz a idéia de subjetivismo, o que hoje, após a edição da lei em estudo, é vedado expressamente.

Cumprir registrar que o artigo 20 da LINDB²⁰ não impede que a decisão seja fundada em valores abstratos, mas exige um processo de sua concretização, em vista das circunstâncias verificadas no mundo dos fatos. O dispositivo legal determina que estejam expressas as razões que motivaram o julgador a se valer daquele princípio; é obrigatória a avaliação das consequências práticas da aplicação desse valor abstrato.

A *ratio* da lei, no entender de Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas²¹, é de “interditar a utilização indiscriminada de abstrações nas razões de

16 BARROSO, Luís Roberto, *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 147.

17 OLIVEIRA, op. cit., p.34.

18 JUSTEN FILHO, Marçal. *Art. 20 da LINDB Dever de Transparência, Concretude e Proporcionalidade nas Decisões Públicas*. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 2018, p. 8.

19 BARROSO, Luís Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro*. 3.ed. Belo Horizonte: Ed. Forum, 2014, p. 124.

20 BRASIL, op. cit., nota 10.

21 MARQUES NETO; FREITAS, op. cit., p.21.

decidir, evitando-se assim, que nas “decisões puramente principiológicas” surjam, no destaque de Marçal²², os “oportunistas decisórios”, já que uma decisão fundamentada em conceitos abstratos escapa à análise completa da questão posta, furtando-se à prestação da solução mais adequada ao jurisdicionado, na mesma medida em que gera a insegurança jurídica decisória.

Cabe ainda trazer à baila a reflexão de Carlos Ari Sundfeld²³, que os juízes têm o ônus do regulador, e que, “ao julgarem com base nos princípios, os juízes exercem função regulatória - e não podem fazê-lo superficialmente.”

O dispositivo legal em exame exige outrossim, em seu parágrafo único, que a autoridade judicial formule uma projeção quanto aos possíveis cenários resultantes da decisão adotada, e que também exerça uma ponderação quanto ao resultado prático a ser produzido após a decisão proferida.

Note-se que a decisão judicial deve ater-se sempre ao critério da proporcionalidade, percebendo-se que este encontra-se previsto no texto legal em comento quando o legislador acena que a motivação deve demonstrar a necessidade e adequação da medida imposta ou da invalidação do ato. Ainda, que as diversas alternativas também têm que ser avaliadas à luz da proporcionalidade, na forma do texto da lei - se o desfazimento do ato viciado for apto a compreender os fins buscados pela Administração, ou se existir uma solução menos nociva para os interesses envolvidos, será obrigatória a preservação do ato ou a adoção de providências para o saneamento deste.

Neste diapasão, Canotilho²⁴ ensina que o princípio da proporcionalidade deve ser analisado conforme a Suprema Corte alemã, decompondo-se prefalada teoria em três elementos, que devem ser verificados no caso concreto: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A adequação traduz-se na avaliação da idoneidade da medida adotada para produzir o resultado visado; a necessidade traz a ideia de que o cidadão tem direito à menor desvantagem possível, e a proporcionalidade em sentido estrito é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido verificando-se a legitimidade da medida.

22 JUSTEN FILHO, op. cit., p. 22.

23 SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2 ed. São Paulo: Malheiros. 2014. p. 228.

24 CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed., Coimbra Almedina, 2003, pp.269 e 270. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30 Ed. São Paulo: Malheiros. 2014. p 114.

O artigo 21 da lei em comento prossegue no raciocínio, determinando que a decisão judicial que decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas – consagrando o consequencialismo no Direito Público brasileiro. Em conformidade com a norma examinada, as consequências têm que ser expressamente avaliadas e indicadas pelo Juiz; não todas, evidentemente, mas as mais relevantes, em termos econômicos, políticos-administrativos e/ou sociais, com rigor lógico e técnica, podendo o Magistrado, diante de um caso complexo, valer-se das técnicas processuais de diálogo.

Na hipótese de decretação da invalidação do ato, o julgador deverá indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime, e sem prejuízo aos interesses gerais, no texto do parágrafo único do prefalado artigo. A forma mais viável para a aplicação dessa norma é a criação de períodos de transição, conforme propõe José Vicente Santos de Mendonça²⁵.

O artigo 21 visa a conferir uma racionalidade pragmática às decisões invalidadoras, criando para o controlador o ônus de avaliar as consequências, sob um olhar prospectivo.

Ambos os artigos em exame pretendem contribuir para que as decisões estejam atentas à realidade, sendo considerados os efeitos que serão produzidos após a sua prolação.

Ainda no compasso para um viés mais realista, segue o artigo 22, no caput e seu parágrafo 1º, exigindo a contextualização na interpretação do direito, na anulação dos atos administrativos, na aplicação de sanções e na responsabilização dos gestores públicos²⁶. Impõe-se atenção às circunstâncias dos casos concretos, evitando-se que os enunciados normativos sejam lidos ou aplicados de forma indiferente a fatos ou condições relevantes. A conduta do administrador deve ser avaliada dentro do contexto fático que foi ou teria que ser praticada, ainda, de forma ampla, em conjuntura com as políticas públicas. O parágrafo único, na mesma esteira de raciocínio, evita, no dizer de Marques Neto e Freitas²⁷, que a conduta dos agentes públicos seja julgada com certo “autismo decisório”, distante da realidade, presa apenas a normas e princípios abstratos.

25 MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Art. 21 da LINDB - Indicando consequências e regularizando atos e negócios*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, p. 43-61.

26 JORDÃO, Eduardo. *Art. 22 da LINDB – Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro*. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 69.

27 MARQUES NETO; FREITAS, op. cit. , p. 19

Por esta razão, o artigo acima mencionado deve ser interpretado em conjunto com o artigo 28 da lei em exame, o qual, em breves linhas, aborda a responsabilidade civil do agente público, estabelecendo que este será responsabilizado pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro. Nesse diapasão entendem os autores anteriormente citados que o dispositivo busca “basear na certeza de que o agente não será punido pelo seu atuar de boa fé ou por divergências de interpretação ou concepção doutrinária”, sendo certo que para tanto o contexto fático segue sendo considerado até no momento da responsabilização do agente pela prática do ato. Prosseguem afirmando que a nova lei tem o condão de “dar densidade ao princípio da moralidade administrativa”, pois a imoralidade administrativa, nos últimos anos, “na qualidade de um conceito jurídico indeterminado, passou a ter certeza positiva delimitada a critério do controlador do ato”.

O artigo 23 da mesma lei também estabelece ônus ao controlador judicial, na medida em que se a decisão 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, configurando expresse do princípio da coerência. A transição terá a função de buscar a equidade, preservando os interesses da coletividade, e a decisão deverá trazer inovação jurídica. Deverá ainda considerar a proporcionalidade dos efeitos.

Novamente ensinam Marques Neto e Freitas²⁸ que o “dispositivo visa conferir maior racionalidade à aplicação da boa-fé nas relações das quais a administração é parte.”. Desta forma, o controle judicial, submetido a esse novo formato, resulta em decisões racionais e mais coerentes com a realidade do Administrador, induzindo a uma escolha melhor fundamentada e ponderada; por conseguinte, reduzindo a possibilidade de subjetivismo, resguardando o particular, a fim de que este possa se adaptar aos efeitos jurídicos produzidos pela nova interpretação.

Sempre na mesma cadência, o artigo 24 cuida do ato jurídico perfeito, consagrando em um só texto a segurança jurídica com estabilidade, como previsibilidade e como proporcionalidade. O artigo impede que a interpretação retroaja para o efeito de servir à análise da validade de atos jurídicos. A lógica é proibir comportamento contraditório do Poder Público – já que aplicar uma nova leitura sobre o Direito a

28 MARQUES NETO; FREITAS, op. cit. , p. 71

situações já consolidadas rompe a expectativa que se tem a respeito da irretroatividade das leis.

2. CONSEQUENCIALISMO: REALIDADE OU UTOPIA?

Esclarece Marçal Justen Filho²⁹, ao conceituar consequencialismo, que a finalidade é “reduzir o subjetivismo e a superficialidade de decisões, impondo a obrigatoriedade do efetivo exame das circunstâncias do caso concreto, tal como a avaliação das diversas alternativas sob um prisma de proporcionalidade.”

Imposta a necessidade legal de motivação das decisões, no afã de conferir maior legitimidade às decisões judiciais, com o fito de aprimorar a responsividade dos preceitos emitidos pelo Poder Judiciário em sua função controladora, introduz-se em conjunto no novo diploma legal uma concepção consequencialista.

Na visão de Basile Christopoulos³⁰, o consequencialismo é um conjunto é um conjunto de teorias que traduz uma decisão a ser avaliada em maior ou menor grau pelas consequências que traz; sempre vai depender dos resultados que produz.

Importante também a lição de Mendonça³¹, que afirma ser o consequencialismo “a característica de certa postura, interpretativa ou cognitiva, tendente a considerar as consequências de ato, teoria ou conceito”. Define ainda consequencialismo jurídico como a “postura interpretativa que considera, como elemento interpretativo do direito, as consequências de determinada opção interpretativa.” Para o referido autor, a aplicação do consequencialismo jurídico pela LINDB servirá como um verdadeiro “freio a certos aspectos do hipercontrole”, o que se coaduna com a intenção do legislador, sempre em busca de maior segurança e estabilidade das decisões.

Nessa esteira de raciocínio, o consequencialismo, na sua roupagem jurídica, é compreendido como uma das teorias que busca uma solução para a questão de como decidir uma questão jurídica, quando não há parâmetros anteriores. Em sua essência, a teoria projeta um melhor exercício da função administrativa, em consonância com o princípio da eficiência, e, para tal, há que se avaliar as ações, considerando os efeitos desejados para esse mundo melhor, surgindo daí nova discussão sobre que consequências

²⁹ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 22.

³⁰ CHRISTOPOULOS, Basile. *Judiciário não pode ser refém das consequências das suas decisões*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-22/basile-christopoulos-juiz-nao-refem-consequencialismo>> Acesso em: 02 ago 2019.

³¹ MENDONÇA, op. cit, p. 47.

as ações devem produzir. Ao oposto a esse pensamento coloca-se a deontologia, ciência que põe as decisões como certas ou erradas, independentemente dos resultados a serem alcançados.

O advento do consequencialismo como regra traz questionamento acerca dos limites da atividade do Magistrado e sobre os parâmetros que este deve atuar para julgar, sobretudo diante do princípio constitucional da separação dos poderes, previsto no artigo 2º da CRFB³². Em olhar crítico sobre o consequencialismo, salienta-se aspectos que podem ser tratados como negativos, ou positivos, a depender do prisma, ao constatar que a aplicação da teoria consequencialista permite argumentos que são utilizados para justificar decisões fora do Direito, com caráter somente político e não técnico, e que utiliza-se de uma visão econômica do mundo, inclusive do Direito.

Importante ressaltar que, enquanto ainda era somente projeto de lei, de nº 7448/2017, este foi objeto de críticas tecidas pela Consultoria Jurídica do TCU, que questionou a validade e legalidade de alguns de seus dispositivos e a constitucionalidade de outros, pautando possível tentativa (no até então projeto de lei) de supressão de competências constitucionais do próprio Legislativo e das Cortes de Contas. Tal questionamento gerou relevante estudo denominado “Análise Preliminar do PL 7.448/2017”, que enriquece a bibliografia ainda muito escassa sobre o tema, que esclarece a *mens legis* rebatendo as críticas ali expostas.³³

De toda sorte, lícito ressaltar o ensinamento de Mendonça³⁴, que afirma ser preferível a retórica das consequências em prol da retórica dos princípios, já que aquela apela a estados de realidade, podendo ser verificada.

A leitura apurada de cada um dos dispositivos da Lei 13655/2018³⁵ permite a constatação da importância das consequências da decisão judicial em cada um deles. Assim é que, no artigo 20 e seu parágrafo único, por exemplo, deve o Magistrado considerar as consequências práticas de sua decisão; no artigo 21, se a decisão for de invalidação, da mesma forma, as consequências que se sobrevieram desta; ainda, devendo indicar as condições, se possível, para regularização, observando os requisitos na própria lei previstos; e assim segue no decorrer das alterações aqui estudadas, sempre devendo o

32 BRASIL, op. cit., nota 4.

33 Análise preliminar do PL 7448/2017. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/analise-consultoria-juridica-tcu-lindb.pdf>> Acesso em: 31 mai 2019.

34 MENDONÇA, op. cit., p. 42

35 BRASIL, op. cit., nota 7

Juiz pautar sua decisão, além de todos os demais requisitos legais, nas consequências de seu ato-controle, sendo os efeitos práticos da decisão elementos imprescindíveis norteadores a ponderar a decisão.

Questionamento importante que resulta da aplicação da lei ao longo do tempo é: quais consequências? O legislador refere-se às consequências práticas no artigo 21, e posteriormente, no artigo 22, ambos da lei em estudo, que indica as consequências jurídicas e administrativas. Mas quais? Todas e quaisquer? É possível ao Juiz prever todas as consequências?

Não poderia a norma ter a pretensão de exigir do Julgador a previsão de todas as consequências que resultassem de sua decisão, sob pena de tornar letra morta o texto legal, vez que o Juiz não possui poderes anormais de adivinhação. Desta forma, o debate se faz necessário, pois mesmo após a edição do Decreto 9830/2019³⁶, não restou claro em que medida deve o julgador se expressar, na sua decisão, ao apontar as consequências desta. Valendo-se do critério da razoabilidade - forma de valoração pelo Judiciário da constitucionalidade das leis e dos atos administrativos, consubstanciando um dos mais importantes instrumentos de defesa dos direitos fundamentais³⁷ - parece ser possível concluir ser necessário apenas apontar aquelas relevantes no contexto a que produzirá impacto aquela decisão. Todavia, mister se faz ressaltar que a decisão de quais as escolhas são relevantes também devem obedecer a todas as regras impostas na lei ora em exame, pois, do contrário, poderia se arguir a falta de fundamentação da decisão. De qualquer forma, permanece a dúvida sobre quais as consequências serão apontadas.

Enigmática ainda também é a questão técnica que se impõe. Com efeito, o Juiz, em sua atuação como órgão controlador, possui limitações que esbarram em sua expertise, muitas vezes condicionada tão somente apenas ao conhecimento da ciência e prática jurídica. Nessas hipóteses, como avaliar as circunstâncias do caso, assim como as possíveis consequências da decisão? Essa é outra problemática que se extrai da interpretação da legislação em exame.

Parece inviável transferir para o Julgador essa responsabilidade na forma pretendida pelo legislador, ao idealizar a norma ora estudada, criada no sentido de racionalizar as decisões, gerando a pretendida segurança jurídica, transferindo-se ao intérprete o ônus de

36 BRASIL. *Decreto 9830/2019*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm> Acesso em: 31 mai 2019.

37 OLIVEIRA, op. cit. p. 44.

antever as consequências da decisão, mormente se essas envolverem alguma especialidade técnica.

Assim, especialmente em hipóteses onde as demandas judiciais envolvam um conhecimento técnico específico, deverá o julgador considerar a decisão que tiver sido proferida pela autoridade detentora daquela competência específica, privilegiando aquela conduta da administração, em consonância com o princípio da deferência, que será abordado no próximo capítulo.

3 – OS OBJETIVOS ATINGIDOS COM A LEI Nº 13.655/18 – CAMINHOS OU DESCAMINHOS?

Em uma visão geral, passa-se a analisar os benefícios alcançados com a edição da lei, consistente em uma melhor compreensão pela Administração a partir da decisão controladora, na busca da melhor solução para a prática daquele ato.

Com efeito, verifica-se que os dispositivos legais analisados estabelecem um aumento do questionamento que pode ser feito ao Poder Judiciário, na sua atividade controladora mais comprometida com a fundamentação exposta e o impacto das decisões, no âmbito da previsão das consequências, conforme já acima explicitado. Porém, por outro lado, por parte destes órgãos de controle, a LINDB apresenta inúmeros e controvertidos desafios.

Merece reflexão sobre se a lei criada é apta a solucionar as hipóteses de incerteza jurídica que inspiraram a sua criação, ou se a problematização dos possíveis sentidos derivados do seus dispositivos legais trazem novas questões sem solução. Cumpre ainda analisar se há um prognóstico de aumento ou de diminuição do controle judicial do ato administrativo.

Apesar de menos aplicada do que deveria frente a sua magnitude, registra-se pesquisa relatada em matéria publicada no site JOTA, de Ana Paula Peresi de Souza e Giovanna Malavolta da Silva³⁸; o artigo 24 da lei em comento vem alcançando seu objetivo. Segundo as pesquisadoras, em análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, realizou-se pesquisa acerca da aplicação do artigo 2º, XII, da Lei de Processo Administrativo Federal e da incidência do mencionado dispositivo, concluindo-

38 SOUZA, Ana Paula Peresi de; SILVA, Giovanna Malavolta da, *Reafirmando a segurança jurídica: o artigo 24 da LINDB como catalisador da cultura do direito*. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/reafirmando-a-seguranca-juridica-o-art-24-da-lindb-como-catalisador-da-cult> Acesso em: 31 mai 2019.

se que, com dezenove anos a menos de vigência do que o art. 2º, XII, da Lei Federal nº. 9.784/99, o art. 24 da LINDB foi citado pelo TJSP em mais oportunidades e de forma mais abrangente do que a previsão equivalente da Lei de Processo Administrativo Federal. No entendimento das pesquisadoras, a pesquisa demonstra que “o artigo 24 atingiu rapidamente o propósito prático a que se designa: servir como um catalisador da cultura do direito quanto à reafirmação da segurança jurídica.”

Em uma perspectiva positiva, pode se compreender essa racionalidade a ser desenvolvida pelo Juiz, na interpretação da norma sobre gestão pública, aproximando o controlador do administrador controlado, não sendo a primeira opção o bloqueio à ação pública, mas o debate aprofundado diante das dificuldades, privilegiando-se as escolhas públicas e permitindo um melhor aproveitamento da conduta do administrador, todos alinhados em um só propósito, que seja o atendimento dos preceitos constitucionais.

Nesse passo, difere-se a forma de interpretação da norma entre a Administração e o Judiciário, já que, esclarece Palma³⁹ que aquela não “aplica a lei de ofício”, e ainda, que “administrar é interpretar normas públicas para a aplicação em casos concretos.” [...] pois “as leis brasileiras são dirigidas à Administração são pouco detalhistas e prenes de indeterminação jurídica, a interpretação é uma tarefa indissociável da implementação”. Conclui ainda que [...] é natural que o comando de interpretação seja dirigido primeiramente ao gestor público, e não ao controlador.

Nessa esteira, compreende-se que a *mens legis* milita em favor da deferência para com as escolhas da Administração Pública, mais do que à teoria do consequencialismo. Segundo a teoria da deferência, que vem se destacando no âmbito do Direito Administrativo, sobretudo com a entrada em vigor da lei em comento, que tem tomado parte importante do debate jurídico nacional, a análise das questões de interpretação jurídica, em geral, deve ser iniciada pelo exame das situações estruturais internas das instituições envolvidas, identificando e avaliando suas capacidades e aptidões, de modo a determinar qual é o *locus* mais apropriado à tomada de uma determinada decisão⁴⁰.

Destaque-se ainda que testes de deferência são comuns nos sistemas de direito

39 PALMA, Juliana Bonacorsi de. *A proposta de lei da segurança jurídica na gestão e do controle públicos e as pesquisas acadêmicas*. Disponível em <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/06/LINDB.pdf>> p.8 Acesso em: 4 agos 2019.

40 SUSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and institutions*. *Jonh M. Olion Program in Law and Economics Working Paper n.56,2022*. Disponível em <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1279&contexto=law_and_economics> Acesso em : 4 ago 2019.

administrativo. Palma⁴¹ relembra o caso mais famoso, conhecido como Doutrina Chevron, em que o Supremo Tribunal dos EUA estabeleceu um modelo de teste legal com vistas a determinar se deveria conferir deferência à interpretação dada por uma agência governamental a um estatuto legal regendo a atividade desta. Segundo o teste, ao juiz cabe inicialmente verificar se a lei é clara; se for, deve aplicar. Se não for, se houver ambiguidade, não cabe ao juiz interpretar, mas tão somente verificar a razoabilidade da solução apresentada pela agência.

Em uma outra palavra: a luta contra as arbitrariedades e imunidades do poder não se pode deixar converter em uma indesejável judicialização administrativa, meramente substitutiva da administração, que não leva em conta a importante dimensão de especialização técnico-funcional do princípio da separação dos poderes, nem tampouco os influxos do princípio democrático sobre a atuação do Poder Executivo.

Contudo, impõe-se questionamento acerca do tênue liame entre a deferência para a escolha da Administração Pública, e o não controle que deve ser exercido pelo Poder Judiciário, sendo certo que as inovações legais são recentes, e ainda não é possível uma impressão de qual será o caminho da jurisprudência.

Assim, por exemplo, deverá o controle judicial ser mais denso quão maior for (ou puder ser) o grau de restrição imposto pela atuação administrativa discricionária sobre, por exemplo, os direitos fundamentais? Assim, se as ponderações feitas pelo administrador (ou mesmo as do legislador) na conjugação dos interesses coletivos e direitos fundamentais revelarem-se desproporcionais ou irrazoáveis, caberá ao Poder Judiciário proceder a sua invalidação. Nessas hipótese, entende Binjenbojm⁴² que “o papel primordial dos juízes no resguardo do sistema de direitos fundamentais autoriza um controle mais acentuado sobre a atuação administrativa.”

E quando as decisões tiverem por objeto a tutela de direitos sociais? No entender de Marques Neto e Freitas⁴³, até a edição da lei, as decisões judiciais que tiveram por objeto tais direitos “deixaram de considerar seus aspectos prospectivos e sistêmicos, ou, quando o fizeram, também não continham motivações dando conta de tais nuances.” Prosseguem os autores no raciocínio esclarecendo que tais decisões foram pautadas no argumento de que não teriam natureza jurídica de normas constitucionais programáticas,

41 PALMA, op. cit. p. 8.

42 BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo*. Editora Renovar, 3 ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2014, p. 41.

43 MARQUES NETO; FREITAS, op. cit. , p. 24

podendo ser implementadas de forma gradual pelo Estado, e que seriam direitos fundamentais, e nessa qualidade, com eficácia imediata.

No entanto, criticam os mencionados autores que, não obstante não ser possível desabonar o entendimento, tal orientação não poderia significar uma “transferência de atribuições da Administração Pública para o Poder Judiciário.”, ou em outras palavras, uma substituição do controlado pelo decisor. Avançam ainda afirmando que, “mais que isso, não confere ao Poder Judiciário a prerrogativa de exercer uma função reguladora, para a qual não possui a necessária capacidade institucional”. Por fim, asseveram que não defendem a “vetusta concepção de que o mérito do ato administrativo não pode ser controlado pelo Poder Judiciário”. Todavia, o questionamento existe, e será verificado passo a passo na construção da jurisprudência que será formada.

Em pesquisa realizada no site do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro verifica-se ainda um número pouco expressivo de julgados que fazem referência à lei ora estudada; contudo, merece aqui salientar, a título de exemplo, julgado em agravo de instrumento nº 0018987-21.2019.8.19.0000, que versou sobre pedido de contratação de profissional mediador/cuidador pelo ente estadual para acompanhar o autor/agravado em sala de aula do colégio estadual em que estuda, por ser portador de autismo, apresentando dificuldades de aprendizado e interação. Em primeira instância a tutela de urgência foi concedida, porém, no agravo de instrumento a decisão foi reformada, fundamentada na inobservância do artigo 21, parágrafo único da LINDB.

Assim é que faz-se necessária a cautela ao interpretar tais novas normas, de modo a preservar o sistema jurídico, assegurando a efetividade à LINDB sem que se olvide o interesse público primário, para que a solução legislativa não apresente novos problemas, como uma paralisação das competências do controle judicial, indispensável no sistema nacional.

CONCLUSÃO

As alterações da LINDB, incluídas pela Lei nº 13.655/18, surgem no contexto marcado por superposição de controles dos atos e decisões administrativas, que acarretam falta de articulação interinstitucional ou na mesma instituição, quase sempre sujeita a mandos e desmandos, e decisões controladoras infundadas, sem a devida motivação, critério ou mesmo equilíbrio; por consequência, uma instabilidade das decisões

definitivas. De fato, a normatização do controle da atuação da Administração Pública representou um avanço na consolidação da democracia; por outro lado, gerou insegurança nas relações travadas com o poder público, decorrente da instabilidade advinda dos vários comandos controladores. Buscava-se reduzir o subjetivismo e a superficialidade dessas decisões, impondo a obrigatoriedade do efetivo exame das circunstâncias do caso concreto, tal como a avaliação das diversas alternativas, sob um prisma de proporcionalidade.

As exigências postas na lei em comento, com o propósito já expresso em sua ementa para garantir maior segurança jurídica e eficiência na criação do direito público, estabelecem para o Poder Judiciário um maior rigor ao proferir decisões com base em valores jurídicos abstratos, devendo este ampliar seu dever de motivação, que já possuía previsão constitucional; depois da lei, não é mais possível ao julgador limitar-se a interpretar a norma a partir de seus parâmetros e valores pessoais, mas deve obrigatoriamente observar e avaliar as consequências. Consagra-se a teoria do consequencialismo.

Os dispositivos em exame também inovam ao estabelecer o princípio da deferência às escolhas do Administrador, quando determinam que sejam avaliadas as condutas do gestor público, sobretudo quando passível de invalidação, ou convalidação, sendo certo que cria uma corresponsabilidade pelas consequências de uma decisão invalidadora.

A lei em exame ainda determina a regra de transição, a fim de considerar a proporcionalidade dos efeitos, sempre em atenção à pretendida segurança das relações jurídicas.

Certo que a edição da lei é relevante no contexto histórico, e a aplicabilidade ainda é recente; como tal, somente o futuro irá revelar se serão atingidos os objetivos idealizados pelo legislador, com a redução da incerteza jurídica, e a almejada segurança jurídica, ou se novos questionamentos surgirão; se haverá um aumento ou uma diminuição do controle judicial do ato administrativo. O tempo consolidará o caminho a ser seguido pelos Tribunais.

Assim sendo, não se pode olvidar que a cautela dos juristas deve ser redobrada, sob pena de um retrocesso para o período em que não se havia controle judicial do mérito dos atos administrativos; é tênue o liame entre a deferência para a escolha da Administração Pública, e o não controle que deve ser exercido pelo Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 31 de maio de 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 31 maio 2019.

_____. *Lei 13655/2018*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm>. Acesso em: 31 maio 2019.

_____. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm>. Acesso em: 31 de maio de 2019.

CHRISTOPOULOS, Basile. *Judiciário não pode ser refém das consequências das suas decisões*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-22/basile-christopoulos-juiz-nao-refem-consequencialismo>>

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB Dever de Transparência, Concretude e Proporcionalidade nas Decisões Públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p.15-41, nov. 2018. ISSN 2238-5177.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *Comentários à Lei nº 13.655/2018*. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum. 2019.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 11.ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2007.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB - Indicando consequências e regularizando atos e negócios. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 43-61, nov. 2018. ISSN 2238-5177.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende Oliveira. *Curso de Direito Administrativo*. 6 ed. São Paulo: Método, 2018.

RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves Ribeiro. *Controle dos Atos Administrativos*. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. *Os Caminhos do Ato Administrativo*. São Paulo: RT 2012.

SOUZA, Ana Paula Peresi de; SILVA, Giovanna Malavolta da, *Reafirmando a segurança jurídica: o artigo 24 da LINDB como catalisador da cultura do direito*. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniaoeanaliseartigos/reafirmando-a-seguranca-juridica-o-art-24-da-lindb-como-catalisador-da-cult>

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2 ed. São Paulo: Malheiros. 2014.