

Artigo

A SEGURANÇA JURÍDICA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

(breves notas sobre a Lei n.º 13.655, de 20 de abril de 2018)

Introdução

Aos 25 de abril de 2018, foi sancionado o Projeto de Lei n.º 7.748/2017 (oriundo do Projeto de Lei do Senado n.º 349/2015), resultando na Lei n.º 13.655, que incorporou dez artigos ao Decreto-lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a antiga Lei de Introdução ao Código Civil).^[3] Tais preceitos visam a sanar específica lacuna legislativa, instituindo o *direito público da segurança jurídica*.

As novas disposições versam sobre a garantia da confiança na aplicação de normas de direito público – assegurando aos poderes públicos e às pessoas privadas que o hoje afiançado será amanhã cumprido, sem sobressaltos ou surpresas. Se houve um dia em que o direito público brasileiro preocupava-se com temas tais como a hierarquia e a supremacia da Administração Pública perante os cidadãos, passando depois pelo processo e consenso, hoje o foco central é a garantia da segurança nas relações jurídicas que envolvam os poderes públicos. Afinal de contas, pouco ou nada valerá a execução do princípio da legalidade em cenários de incerteza.

As proposições partiram da necessidade de se imprimir maior estabilidade, transparência e melhor fundamentação na tomada de decisões públicas, inclusive quanto às suas consequências (seja por parte de administradores, seja por parte de controladores e órgãos judiciais). Proposições essas intensificadas, também, pela ideia de consensualidade administrativa,^[4] que tem trazido inovações legislativas relevantes, a exemplo da possibilidade de adoção de técnicas de mediação e arbitragem por entes da administração pública direta e indireta.^[5] A lógica, por conseguinte, é não-adversarial e prospectiva, a fim de constituir e consolidar soluções de longo prazo.

O presente artigo tem como objetivo tecer considerações iniciais sobre tais inovações legislativas, cuja matriz comum pode ser identificada com uma ética de responsabilidade, por parte de todos os envolvidos em processos decisórios que envolvam a interpretação e aplicação de normas de direito público.

1. A lógica da Nova LINDB: sete temas de segurança jurídica

Qual seria a lógica da Nova LINDB? Como ela pretende contribuir para a segurança jurídica nas relações público-privadas e público-públicas? Se fosse possível sintetizá-la em uma só frase, isso se dá por meio de racionalidade

prospectivo-constitutiva (olhos para o futuro), com vistas à sustentabilidade jurídica (proteger para perdurar).

Não se pretende o inalcançável, que é impedir a existência de conflitos frente aos Poderes Públicos. O volume de relações – cidadãos, ambientais, interorgânicas, contratuais, estatutárias, etc. - entre pessoas privadas e Estado torna vão o ideal da ausência de controvérsias. O importante é delas se conscientizar e desenvolver técnicas para manejá-las, inibir e atenuar efeitos deletérios (presentes e futuros). Como se sabe que os conflitos são prováveis, precisa-se celebrar a lógica não-adversarial tendente à consensualidade. Caso contrário, todos perderão.

Logo, a Lei 13.655/2018 definiu o dever de que os agentes públicos desenvolvam os melhores esforços para criar soluções que efetivamente dificultem a instalação de controvérsias e, se estas surgirem, que se encerrem preferencialmente por meio da criação de valor público-privado (incluindo-se a garantia da estabilidade e paz nas relações sociais). Essa responsabilidade determina que os problemas – naturais a quaisquer relacionamentos – sejam manejados e solucionados com responsabilidade integradora (os poderes públicos e as pessoas privadas a se sentarem à mesa em situação de acolhimento igualitário) e prospectiva (não transformados em outros problemas, ainda mais sérios, a ser pagos pelas futuras gerações).

Está-se diante de conjunto de normas que dá especial eficácia ao princípio da juridicidade, eis que a administração pública contemporânea tem como critério máximo a “atuação conforme a lei e o Direito” (Lei 9.784/1999, art. 2º, par. ún., inc. I),^[6] numa perspectiva cooperativa e colaborativa, a fim de implementar soluções que causem o menor transtorno possível e permitam a efetivação de direitos.

Mas, como isso se dá? Através da positivação de sete temas-chave (estampados em dez artigos), que significam muito mais do que regras hermenêuticas, eis que são verdadeiros *condicionantes de validade das decisões*. Ou seja, a juridicidade das decisões das entidades e órgãos públicos – da administração direta ou controladora - sujeita-se à obediência aos preceitos da Nova LINDB. A depender do caso, sua ignorância ou rejeição, sobre implicar a nulidade do ato decisório, pode se configurar como um “erro grosseiro” (LINDB, art. 28) e resultar na responsabilização do agente público.

Quais seriam esses sete temas? Em suma: (i) a aplicação de preceitos indeterminados e seus efeitos práticos (arts. 20 e 21); (ii) a proteção a agentes públicos responsáveis (arts. 22 e 28); (iii) a eficácia *ex nunc* a novas interpretações e dever de transição (arts. 23 e 24); (iv) a negociação público-privada e os ajustes de conduta (art. 26); (v) a compensação de benefícios ou prejuízos injustos (art. 27); (vi) as consultas públicas (art. 29) e, como chave de abóboda do sistema do direito público da segurança jurídica, (vii) o dever de estabilização e uniformidade das decisões (art. 30).

Como se infere de sua leitura *ictu oculi*, a Lei nº 13.655/2018 tem como sujeitos ativos a administração pública, direta e indireta, de todos os Poderes do

Estado, lado a lado com os órgãos de controle e o Poder Judiciário. A sua incidência objetivo-subjetiva é plena e imediata. Em termos formais, aplica-se a todas as decisões; em termos materiais, incide como condição de validade de atos, processos, ajustes, contratos, regulamentos, etc. Em suma, não há imunidade formal-substancial à sua incidência: todo o direito público brasileiro rege-se pela segurança jurídica, tal como minudenciada na LINDB.

Vejamos rapidamente alguns dos principais pontos dos dispositivos da Nova LINDB. A ideia é a de dar os primeiros passos e apresentar ao leitor como os diversos aspectos da segurança jurídica podem ser prestigiados por meio da aplicação da Lei nº 13.655/2018.

2. O dever de observância das consequências práticas das decisões

O art. 20, *caput* e parágrafo único, estabelece o seguinte:

*“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.***

*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.**”* (grifos nossos.)

O presente dispositivo abre com uma proibição: é absolutamente vedado que se decida sem levar em conta o que será produzido pela decisão, em termos jurídicos e práticos. Por mais graves que sejam os casos postos à exame do órgão ou entidade, não basta a decretação da nulidade – seja ela em aplicação à Súmula 473 do STF (“A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”), seja em cumprimento ao art. 53 da Lei 9.784/199 (“Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.”).^[7] Para que isso se revista de validade, imprescindível se faz a apresentação do que resultará da decisão e como ela será implementada no mundo dos fatos. Em outras palavras, o gestor público não pode ser inconsequente. Se assim o proceder, sua decisão será tão nula quanto aquela que pretendeu anular.

O que traz consigo o segundo momento da norma, estampado em seu parágrafo único, que tem como objetivo convocar a autoridade pública, nas esferas administrativa, controladora e judicial, a considerar soluções alternativas que resultem na melhor preservação (otimização) de todos os bens jurídicos relevantes que estejam em jogo. Como pouquíssimas vezes as decisões envolvem uma única alternativa (mesmo em hipóteses de atos vinculados), a autoridade necessita de descrever as opções e leva-las em conta, motivadamente, em sua deliberação. Inclusive, e se for o caso, deverá

convocar as partes interessadas para que apresentem as possibilidades teórico-práticas que podem resultar da futura decisão.

Trata-se da adoção, no campo do agir administrativo, do critério da proporcionalidade, desenvolvido no âmbito da dogmática jurídica alemã para a solução de colisões entre direitos fundamentais na esfera decisória judicial. O critério da proporcionalidade, ensina Robert Alexy, consiste em mecanismo utilizado quando do uso do método da ponderação de bens e valores, e subdivide-se em três submáximas: *adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*. [8] O dispositivo legal em análise refere-se, fundamentalmente (embora não exclusivamente), à observância da submáxima da *necessidade*, que quer significar a consideração, pela autoridade decisória, de alternativas possíveis ou restrições menos severas aos múltiplos interesses em conflito, sempre tendo em vista o objetivo final de atendimento a fins de interesse público, dada a natureza dos bens jurídicos envolvidos (bens públicos), com o menor gravame possível a direitos fundamentais (inclusive os econômicos). Quanto maior o gravame a direitos fundamentais, mais intensa e extensa deverão ser as justificativas para a escolha decisória.

Trata-se de estabelecer que as decisões administrativas, controladoras e/ou judiciais que porventura invalidem atos e negócios jurídico-administrativos cogitem, levarem e levem em conta os seus efeitos futuros. Mesmo porque não será demais afirmar que toda decisão de invalidação instala custos (internos e externos; presentes e futuros). Isto é, o ato que decreta a nulidade gera consequências que se projetam nas partes envolvidas e em terceiros. Pode agravar outras situações jurídicas, as quais darão nascimento a prejuízos e ineficiências. Pode impedir decisões de investimentos e políticas públicas. Pode acentuar os riscos administrativos e políticos que precisam ser levados em conta nos aportes privados em setores públicos. Por isso que precisa ser analisada, sopesada e comparada com outras opções decisórias. Em suma, necessita de ser responsável.

As consequências práticas da decisão adotada serão consideradas na medida em que a melhor resposta (resposta correta) será aquela que implicar menores restrições aos bens jurídicos conflitantes, e a melhor resposta será, conforme preceitua Dworkin, tão-somente, a *melhor possível*, em vista do sujeito e de suas circunstâncias. Afinal, nós, operadores do Direito, trabalhamos dentro de um universo repleto de contingências (tempo, recursos humanos, recursos financeiros, recursos tecnológicos, excesso de informações assimétricas, etc.). [9] Os homens públicos não são nem juízes Hércules nem deuses. Mais: na justa medida em que a norma jurídica atribui competência discricionária ao gestor público, essa melhor decisão possível está blindada pelo próprio direito público da segurança jurídica. Exceção feita a casos de erros crassos ou dolo, a decisão definida pela autoridade competente presume-se a melhor possível e exaure a discricionariedade administrativa.

3. O dever de regularização de invalidades

O art. 21, *caput* e parágrafo único, da Nova Lei de Introdução, assim dispõe:

*“Art. 21. A **decisão** que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a **invalidação** de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa **deverá** **indicar de modo expresso** suas **consequências jurídicas e administrativas**.*

*Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as **condições** para que a **regularização** ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos **ônus** ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam **anormais** ou **excessivos**.”* (grifos nossos.)

O dispositivo anterior (art. 20) fixou o dever de adoção da solução menos severa para os bens jurídicos objeto de disputa, atenta às suas decorrências fático-jurídicas. Complementarmente, art. 21 da Nova LINDB ocupa-se da regularização (regulação) de situações e relações jurídicas sucessivas à decretação de invalidade relativa a “ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa”.

Note-se bem: não se está a tratar da convalidação de atos administrativos, disciplinada pelo art. 55 da Lei 9.784/1999 (“Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração”), mas sim das decorrências da invalidação. Persiste em vigor o dever de convalidar atos que possam ser sanados, como premissa à invalidação. Primeiro, deve-se procurar sanar as irregularidades e manter absolutamente íntegro o provimento pretérito. Porém, caso se faça imprescindível anular-se ou decretar-se a nulidade do ato e/ou situação pretérita, esta decisão precisa também ponderar e esclarecer o que dela advirá.

Nada obstante a diferença entre os arts. 20 e 21, ambos guardam em comum o fato de determinarem, à autoridade decisória, que considere e apresente as consequências das decisões a serem adotadas, como pressuposto de validade delas. Trata-se de composição de interesses que visa a causar o menor ônus possível ao servidor, contratante ou pessoa privada, sem prejuízo das prerrogativas de que se vale a administração pública (além da observância da legalidade, moralidade e impessoalidade administrativas). Há, aqui, um vetor de consensualidade, porém, o caráter negocial dos atos que envolvam diferentes interesses públicos (e privados) também se mostra presente, sobretudo no que diz respeito ao universo de contratações destinadas à prestação de serviços públicos. À parte que atua de boa-fé é importante, afinal, conferir voto de confiança.

4. O dever de respeito ao contexto e circunstâncias

Eis o teor do art. 23 da Nova LINDB:

“Art. 23. Na **interpretação** de normas sobre **gestão pública**, serão considerados os **obstáculos** e as **dificuldades reais** do gestor e as exigências das **políticas públicas** a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

- 1º Em decisão sobre **regularidade de conduta** ou **validade** de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as **circunstâncias práticas** que houverem **imposto, limitado ou condicionado** a ação do agente.
- 2º Na aplicação de **sanções**, serão consideradas a **natureza e a gravidade da infração** cometida, os **danos** que dela provierem para a administração pública, as **circunstâncias agravantes** ou **atenuantes** e os **antecedentes** do agente.
- 3º As **sanções aplicadas ao agente** serão levadas em conta na dosimetria das demais **sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.**” (grifos nossos.)

O teor do dispositivo invoca a necessidade de que sejam considerados, na interpretação e aplicação de normas relacionadas à gestão pública, critérios de equidade e justiça. A norma jurídica de direito público não incide em um mundo à parte, como se os terceiros que controlam determinados atos pudessem ignorar as contingências e circunstâncias fáticas que dirigiram o gestor público à tomada desta (ou daquela) decisão administrativa.

Se pudesse ser reduzido a uma só expressão, o art. 23 poderia ser definido como “dever de empatia”: a obrigação jurídica de esforçar-se em compreender – fática, emocional e juridicamente – a outra pessoa e, ao se identificar com ela, tentar entender, explicar e/ou justificar a sua conduta, a fim de parametrizar a racionalidade do controle.^[10] Demanda três aptidões, portanto: o exame neutro do ponto de vista daquele que proferiu a decisão controlada, bem como dos seus outros pontos de vista para, assim, combiná-los com os pontos de vista do próprio controlador. Este há de se manter distante e imparcial, mas não pode mais abstrair do que efetivamente se passou no mundo dos fatos. Com lastro nesse exame – e em sua exposição motivada, a decisão será proferida de modo justo e equânime.

Por exemplo, o administrador escolar que se vê na contingência de burlar uma regra de distribuição de vagas na rede pública municipal de ensino não precisa ser punido e nem pode ser responsabilizado na mesma medida em que um gestor privado com expertise técnica que disciplina, mediante contrato administrativo, relação jurídica de elevada complexidade e longa durabilidade no tempo. Mesmos nestes casos, se o gestor (público e/ou privado) se vir, por exemplo, diante da alternativa de não aumentar as tarifas na prestação de serviços públicos em momento de crise econômica, ou instalar modulações externas à modicidade tarifária, como a extensão do prazo contratual ou diminuição de encargos, é obvio que o contexto necessitará de ser levado em conta pelos órgãos de controle. Além disso, circunstâncias concretas que cobrem celeridade na tomada de decisão também são elementos a serem

considerados quando da análise pela invalidação do ato, assim como na mensuração da sanção a ser aplicada.

Nesse sentido, a LINDB se harmoniza com decisões do STF que prestigiam a “força normativa dos fatos”: aquelas situações em que as circunstâncias reais precisam ser valoradas com especial intensidade na aplicação da norma, sob pena de se minar a segurança jurídica em prol de uma legalidade formalista e infértil. Conforme consignado em parcela da ementa de acórdão do STF: “Situação excepcional consolidada, de caráter institucional, político. Hipótese que consubstancia reconhecimento e acolhimento da força normativa dos fatos. 3. Esta Corte não pode limitar-se à prática de mero exercício de subsunção. A situação de exceção, situação consolidada --- embora ainda não jurídica --- não pode ser desconsiderada.” (ADI 3689, rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, j. 10/05/2007, *DJe* 29/06/2007).

Outra questão preocupante, de usual enfrentada no âmbito de tribunais de contas, é a considerável discrepância na aplicação e na dosimetria de sanções de igual natureza impostas em razão da prática de um mesmo fato. Condenações que variam desde a aplicação de simples multa, até a cumulação das sanções de proibição de contratar com o Poder Público, inabilitação para exercício de função pública, além da própria multa, para um mesmo fato (ou situações equivalentes), praticado por agentes diferentes, em condições gerais de igualdade (antecedentes, agravantes ou atenuantes), são inadmissíveis. Mostra-se consentânea com a ideia de justiça concreta, e não abstrata, a previsão do texto que inibe tais discrepâncias.^[11]

O dever de respeito à transição

Em seu art. 24, a Nova Lei de Introdução estabelece que:

*“Art. 24. A **decisão** administrativa, controladora ou judicial que estabelecer **interpretação** ou **orientação** nova sobre norma de **conteúdo indeterminado**, impondo **novo dever** ou **novo condicionamento** de direito, deverá prever **regime de transição** quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de **modo proporcional, equânime e eficiente** e sem prejuízo aos interesses gerais.”* (grifos nossos.)

Disciplinar normativamente situações de transição, eis a essência do dispositivo. Ele se dirige a novas interpretações oriundas da mesma norma de conteúdo não-determinado (sem clareza prévia a respeito da extensão, número, forma, etc.), especialmente no caso de essa nova interpretação criar restrições a direitos. Por exemplo, caso seja editado novo regulamento administrativo que dê execução à lei legal, se ele impuser restrições, quantitativas ou qualitativamente inéditas, a situações pré-constituídas, deverá prever o rito de passagem da interpretação anterior à futura: a situação não poderá ser afetada pela nova hermenêutica.

A Lei determina à autoridade decisória o dever de fixar regime de transição na hipótese de orientação ou interpretação nova sobre preceito de conteúdo

indeterminado. As novidades devem respeito ao passado e exigem, para ser instituídas, a construção de elementos de ligação (formais, materiais, cronológicos, etc.). Trata-se de condição de validade do provimento inovador – o qual, reitere-se, dirige-se a preceito de *conteúdo indeterminado*. Logo, a observação que se faz, aqui, é a de que a Lei não está a trabalhar com orientações ou interpretações novas sobre preceitos de conteúdo evidentemente determinado. Ávila identificaria, aqui, o que chamaria de *regras*, em lugar de princípios.^[12] É o caso, por exemplo, de alteração de entendimento decorrente da mudança de gestor, caso o anterior não aplicasse a lei – ou não o fizesse com objetividade, impessoalidade e imparcialidade. O novo gestor, a aplica. Há aqui uma atividade praticamente subsuntiva, necessária à interpretação igualitária do direito.

Indo adiante, e em análise um pouco mais aprofundada, colhe-se do referido dispositivo o dever de observância a decisões tomadas sobre situações pretéritas. Em outras palavras, o cumprimento ativo de precedentes administrativos e judiciais (em harmonia com o que dispõe o art. 30). Afinal, a possibilidade de fixação de regime de transição torna o preceito normativo da Nova LINDB deveras aberto à possibilidade de constantes superações interpretativas. Não é esse o seu escopo, mas o de, se e quando for o caso, tal regime ser motivado e prever a transposição (caso contrário, corre-se o risco de a sequência de transições transformar-se em situação). O ônus argumentativo na hipótese de superação da interpretação pretérita é fato imposto juridicamente pela lei (“*deverá prever regime de transição*”). Referido ônus decorre da situação nova, e deverá alinhar-se, sempre e sobretudo, à interpretação feita sobre a mesma norma por todas as instâncias de mesmo nível e superiores de tomada de decisão.^[13]

O que implica a possibilidade de as pessoas privadas, em seu relacionamento com os Poderes Públicos, poderem planejar suas ações futuras e projetar condutas e investimentos. Afinal, as escolhas nos setores públicos decorrem da respectiva orientação administrativa (ou judicial) – e esta precisa gerar efeitos não de imobilismo, mas de prestígio à boa-fé, direitos adquiridos e atos jurídicos perfeitos. A depender das circunstâncias (por exemplo, num plano de fomento público ao qual o particular aderiu), as novas interpretações e os regimes de transição deverão levar em conta, inclusive e especialmente, o planejamento privado.

6. O dever de incentivo e respeito ao compromisso

Assim dispõe o art. 26, da Nova LINDB:

*“Art. 26. Para **eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa** na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, **celebrar compromisso** com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.*

- 1º O compromisso referido no caput deste artigo:

I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; II – (VETADO);

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

IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento. § 2.º (VETADO)” (grifos nossos.)

Durante muito tempo, a teoria brasileira da nulidade dos atos e contratos administrativos habitou um mundo binário: tudo era só ou válido ou inválido; regular ou irregular; certo ou errado; sim ou não. Não havia outras opções. Os vícios eram naturalmente insanáveis, eis que atentavam contra a sacrossanta legalidade fechada. O consenso, este era incogitável, eis que vigia o dito princípio da indisponibilidade. Muito embora compreensível, esta teorização restringia as atividades de controle interno e externo – tornando-as ineficientes. Elas serviam para encontrar defeitos e punir, não para solucionar, aprender e ensinar. Melhor dizendo, impedia-se que os problemas fossem efetivamente resolvidos. O interesse público não estaria em atenuar conflitos e solucionar problemas consensualmente, mas sim em impor a vontade *interna corporis* da administração pública. O que implicava a diminuição de alternativas e a inibição do efetivo cumprimento ao interesse público. No caminho de outros dispositivos legais, o art. 26 inverte essa lógica perversa e abre-se para soluções consensuais prospectivas.

O *caput* do artigo dirige-se à solução consensual dos seguintes cenários: *irregularidades* (contrárias às regras); *incertezas* (dúvidas indeterminadas) e *situações contenciosas* (objeto de contestação ou disputas formais). No primeiro deles, a administração constatou ato ou fato que desobedeceu a preceitos normativos (legais, regulamentares, contratuais); no segundo, existe fundada desconfiança ou hesitação quanto à solução cabível e, no terceiro, confronto formal-argumentativo com lastro em opiniões divergentes. Nas três hipóteses, a administração pública precisa envidar os melhores esforços para desenvolver consensualmente as soluções.

Ou seja, para o atingimento de fins de interesse público, a administração pública, cada vez mais, precisa se valer de instrumentos de colaboração, cooperação ou negociação, envolvendo tanto entidades públicas (acordos interorgânicos), quanto agentes privados (acordos público-privados). Desde uma licença para funcionamento de pequeno estabelecimento comercial, até a concessão de outorga para a prestação de serviços públicos por consórcios privados, o poder público firma compromissos com o objetivo de que contratos sejam cumpridos, e imposições legais sejam atendidas, de modo que as partes retem satisfeitas no que concerne a seus respectivos interesses – seja o interesse público de servir à comunidade política interessada, à luz dos princípios fixados na Constituição da República, seja o interesse privado de obter lucro com o empreendimento. Adicionalmente, também as pessoas

jurídicas de direito público atuam seguindo a mesma lógica – cooperação, colaboração – para atender a interesses comuns.

Por meio do art. 26, a Nova LINDB insere-se dentre os dispositivos legais que expressamente prestigiam o dever de as partes desenvolverem, como requisito para o controle e/ou legítima instalação futura de conflitos de interesses com decisão heterônoma, a tentativa de autocomposição. A competência atribuída legislativamente à administração pública contempla essa perspectiva conciliatória. Por isso ela necessita de cumprir também tais previsões normativas, sob pena de assumir conduta *contra legem*. Alterou-se a lógica normativa da solução de controvérsias que tocam à administração pública: se, antes, a sanção e/ou a propositura de uma ação (e a sentença judicial) eram requisitos para a conciliação; hoje, esta é pressuposto de qualquer processo. O prestígio ao interesse público exige que se evitem os conflitos. Trata-se, é preciso que se reitere, de decorrência do princípio da legalidade.

Lado a lado com o art. 26 da LINDB estão, por exemplo, a Lei nº 12.529/2011 (Defesa da Concorrência); a Lei nº 12.846/2013 (Anticorrupção); a Lei nº 13.140/2015 (Mediação) e a Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil). Se antes havia debate sobre o cabimento (ou não) de termos de ajuste, mediação, conciliação e arbitragem em questões envolvendo os Poderes Públicos, esta fase já passou: o princípio da legalidade derogou expressamente tal controvérsia, que não mais existe no sistema jurídico brasileiro.

A LINDB determina que esforços conjuntos deverão ser feitos tanto voluntariamente, utilizando meios de gestão associada, quanto compulsoriamente, nos termos da Constituição.^[14] Relevante é que a integração tenha como resultado a realização dos fins pretendidos, dentro da legalidade.

Nesse sentido, e existindo a possibilidade de convalidação de atos administrativos que apresentem defeitos sanáveis, nos termos da Lei n.º 9.784/99 (art. 55), é de se destacar a que veio o dispositivo introduzido na Nova LINDB: trata-se de autorizar a implementação de soluções de continuidade, com o objetivo de eliminar irregularidades, incertezas e situações controversas, cumprindo compromissos. O princípio é o mesmo que se vê presente no Código de Processo Civil, vale dizer, trabalhar pela solução de controvérsias de modo que relações jurídicas, na medida do possível, possam ser preservadas.

7. O dever de prescrever compensação por benefícios e prejuízos extraordinários

Eis a redação do art. 27, da Nova LINDB:

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

- 1º A decisão sobre a compensação será motivada, ouvidas previamente as partes sobre seu cabimento, sua forma e, se for o caso, seu valor.
- 2º Para prevenir ou regular a compensação, poderá ser celebrado compromisso processual entre os envolvidos.” (grifos nossos.)

Uma primeira nota que se extrai de referido dispositivo é o prestígio ao contraditório entre as partes. A garantia processual do contraditório, assegurada pela Constituição brasileira, permite aos envolvidos que exponham as suas razões e argumentem, defensiva ou criticamente, permitindo à autoridade decisória adotar a melhor solução para a controvérsia. Assim é que o Código de Processo Civil adota concepção de acordo com a qual a decisão judicial, por exemplo, deve decorrer de uma construção informada por contribuições de todos os envolvidos no processo.^[15] O próprio CPC incorpora, inclusive, a possibilidade dos chamados negócios processuais atípicos (art. 190^[16]).

A vedação ao enriquecimento sem causa também é preocupação subjacente ao enunciado normativo. Trata-se de proibição dirigida a todas as partes envolvidas na discussão, em todos os níveis da federação, dentre os diferentes ramos do poder político. Segundo magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello, trata-se de princípio geral do direito, e que, por esse motivo, também informa o direito administrativo. A boa-fé da parte empobrecida é fundamental para determinar a justa recomposição do equilíbrio da relação. Afinal, em suas palavras, pode ocorrer que o empobrecido tenha atuado com má-fé, “concorrendo, deliberada e maliciosamente para a produção de ato viciado do qual esperava captar vantagem indevida.”^[17]

8. Dever de observar limites à responsabilização: a proteção à boa-fé

Reza o disposto no art. 28, da Nova LINDB:

“Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas **decisões** ou **opiniões técnicas** em caso de **dolo** ou **erro grosseiro**. §§ 1.º, 2.º e 3.º (VETADOS)” (grifos nossos.)

Há, aqui, firme limite à responsabilização do agente público, em geral, e do gestor público, em específico. Fronteira a sanções civis, penais e administrativas (incluindo-se a improbidade). De fato, o agente público pode consistir tanto naquele que decide (“decisões”) quanto naquele que emite pareceres (“opiniões técnicas”). Ambas as categorias funcionais estão protegidas pelo art. 28, que impede a punição em casos nos quais não seja comprovada a existência do estado anímico direcionado à prática do ilícito (dolo) ou da qualidade de toco, grosseiro ou crasso do erro.

Os casos de dolo necessariamente envolvem a comprovação da vontade, livre e consciente, de praticar a conduta (ação ou omissão) ilícita, tal como definida em lei. Dolo não se presume – o que afasta a responsabilização objetiva do agente público, inclusive em sede civil e de improbidade.^[18] Aliás, é pacífico no STF que: “(...) A responsabilidade penal é sempre subjetiva, por isso que é absolutamente inadmissível a atribuição, em sede penal, de responsabilidade

objetiva pela prática criminosa, consistente na atribuição de um resultado danoso a um indivíduo, unicamente em razão do cargo por ele exercido. 4. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sedimentou a compreensão de que 'A circunstância objetiva de alguém ser meramente sócio ou de exercer cargo de direção ou de administração em sociedade empresária não se revela suficiente, só por si, para autorizar qualquer presunção de culpa [...]'. Prevalece, sempre, em sede criminal, como princípio dominante do sistema normativo, o dogma da responsabilidade com culpa ('nullum crimen sine culpa'), absolutamente incompatível com a velha concepção medieval do 'versari in re illicita', banida do domínio do direito penal da culpa' (HC 88.875, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, unânime, j. 07/12/2010, DJE 09/03/2012, Public. 12/03/2012)" (AP 953, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 06/09/2016, *DJe* 27/04/2017).

O segundo tipo de vício subjetivo exigido como condição necessária à responsabilização de agentes públicos (e pessoas privadas) é o normativamente denominado de "erro grosseiro". Para a punição, não basta o mero erro, o equívoco, nem a discordância do controlador quanto à solução encontrada; necessária se faz a prova de que o ato foi cometido com requintes de malversação intelectual, a contrariar as noções mais básicas do assunto tratado. Erro grosseiro é aquele que, por exemplo, ofende a literalidade expressa da lei; contraria súmulas ou jurisprudência consolidada de Tribunais Superiores ou da correspondente Corte de Contas. A noção de erro grosseiro convive com o "erro crasso" e a "culpa grave".

Com efeito, sublinhe-se que o STJ já pacificou o entendimento de que improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo, sendo "indispensável para a caracterização de improbidade que a conduta do agente seja dolosa para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/1992, ou, pelo menos, evitada de culpa grave nas do artigo 10" (AIA 30/AM, Corte Especial, rel. Min. Teori Zavascki, *DJe* 28/09/2011). No mesmo sentido: "Dissociado o elemento subjetivo doloso e malévolo, qual seja, o propósito desonesto, nem mesmo a culpa grave, à conduta do ora recorrido, não há que se falar em cometimento de ato de improbidade administrativa" (AgInt no AREsp 1168115 / PE, Primeira Turma, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, *DJe* 02/10/2018).

Uma das referências do dispositivo corresponde, justamente, às discussões em torno dos limites à responsabilidade do profissional que profere parecer a subsidiar a tomada de decisões da administração pública no âmbito da realização de processos licitatórios. A lei de licitações fixa duas regras a esse respeito: primeira delas, que pareceres técnicos ou jurídicos sobre licitação, dispensa ou inexigibilidade comporão o processo administrativo licitatório (art. 38, VI, da Lei n.º 8.666/1993). Segunda regra: trata-se do dever de exame e aprovação prévia sobre minutas de editais, contratos, acordos, convênios e ajustes, por parte da assessoria jurídica (art. 38, parágrafo único). Não poderia ser outra a disciplina especificada em lei. Afinal, gestores nem sempre são técnicos na área em que atuam o dever de administrar recursos públicos (limitados). Por esse motivo, Marçal Justen Filho, no tocante a procedimentos licitatórios, observa que o advogado (público ou privado) deve emitir pareceres

técnicos e bem fundamentados, “para possibilitar às autoridades executivas pleno conhecimento dos riscos de determinada decisão.”[19] Porém, a escolha competirá àquele a quem a lei atribuiu a competência decisória. Daí a especial importância dos pareceres, que podem influenciar o agente decisor – caso bem elaborados e isentos de erros grosseiros, não tem o condão de gerar a responsabilização do parecerista.

A esse respeito, o STF já enfatizou a responsabilidade de quem presta assessoria ao gestor público e aos membros da CPL: “A partir do momento em que ocorre [...] não a emissão de um parecer, mas a aposição de visto, a implicar a aprovação do teor do convênio ou do aditivo, ou a ratificação realizada, constata-se, nos limites técnicos, a assunção de responsabilidade.” (MS 24.584-1, Tribunal Pleno, rel. Min. Marco Aurelio, j. 09/08/2007, DJ 20/06/2008). O mesmo acórdão pontua que “na maioria das vezes, aquele que se encontra na ponta da atividade relativa à Administração Pública não possui condições para sopesar o conteúdo técnico-jurídico da peça a ser subscrita, razão pela qual lança mão do setor competente.”

O dispositivo inserido na Nova LINDB acolhe entendimento ainda mais restrito, que circunscreve a responsabilização do agente público às situações em que comprovado dolo ou erro grosseiro no agir contrário à lei – o que dependerá, evidentemente, de instrução probatória. Pressupondo a falibilidade humana quanto à tomada de decisões ou emissão de pareceres, a limitação legal, desde que devidamente comprovada, isentará de responsabilidade civil, penal e administrativa, aquele que atua de boa-fé.

9. Dever de incentivos a consultas públicas

O art. 29 da Nova Lei de Introdução estatui o seguinte:

*“Art. 29. Em **qualquer** órgão ou Poder, a edição de **atos normativos** por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de **consulta pública** para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão. § 1º A convocação conterá a minuta do ato normativo e fixará o prazo e demais condições da consulta pública, observadas as normas legais e regulamentares específicas, se houver. § 2º (VETADO).”* (grifos nossos.)

O dispositivo, já integralmente em vigor a partir de outubro de 2018,[20] expressa uma vez mais a efetividade da dimensão objetiva de direitos fundamentais de terceira geração ou dimensão.[21] Tratam-se, referidos direitos, de posições de vantagem cujos bens ou valores jurídicos protegidos correspondem à participação em processos de tomada de decisões sobre questões públicas, acesso a dados que permitam uma participação substantivamente informada, além de respeito e consideração, pela Administração, das manifestações apresentadas pelos participantes.[22]

De fato, inexistente a observância de referidos critérios materiais, a participação dos interessados consistiria em pura e simples legitimação de

procedimentos. Nada obstante a inovação legislativa, observa-se a mesma nota em diferentes diplomas normativos (Lei de Acesso à Informação, Lei das PPPs, Lei da ADI e ADC).

A Lei de Processo Administrativo, no art. 31, prevê a possibilidade de realização de consulta pública precedente à tomada de decisão sobre assuntos que envolvam interesse geral.^[23] O art. 9.º da mesma Lei prevê amplo rol de legitimados para participarem como interessados em processos administrativos, os quais precedem a edição de diferentes atos normativos (regulamentos, editais, instruções, etc.). A possibilidade de realização da consulta por meio eletrônico democratiza o processo, e imprime celeridade e eficiência ao processo decisório.

10. O dever de prestígio à estabilidade autovinculante

O último dos dispositivos a ser comentado neste breve texto é o art. 30 da LINDB, cuja redação é a seguinte:

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

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

O artigo de lei prescreve o *dever* de atuação proativa para constante e dinâmico incremento da segurança jurídica, inserindo-se dentre as responsabilidades das autoridades públicas aquelas de sintetizar os entendimentos administrativos, formalizando-os em regulamentos, súmulas e respostas a consultas. O que importa instalar ciclo virtuoso no incremento da segurança pública, a consolidar formalmente as compreensões administrativas, torna-las públicas e respeita-las em todas as situações equivalentes.

A positivação da ideia de *vinculação* das autoridades administrativas às suas próprias decisões formaliza uma demanda por segurança e estabilidade no âmbito da administração pública. Cuida-se de densificar, normativamente, o valor jurídico que proíbe ao agente *venire contra factum proprium*, ainda que sejam experimentadas mudanças na figura pessoal ou no ânimo do gestor. Afinal, a impessoalidade é princípio norteador não apenas das decisões decorrentes do universo de atribuições do cargo, emprego ou função; informa, igualmente, o próprio cargo, emprego ou função em si, na medida que quem vier a ocupá-los deverá observância às decisões passadas tomadas por gestores anteriores. Evidentemente, situações de flagrante ilegalidade, dolo e/ou erro grosseiro deverão ser superadas, não cabendo falar aqui na possível *coisa julgada administrativa*.^[24]

O preceito traduz norma válida para o regime jurídico de decisões proferidas em julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade e ações declaratórias de constitucionalidade (CF, art. 102, §2.º), arguições de descumprimento de

preceito fundamental (Lei n.º 9.882/99, art. 10, § 3.º), e súmulas vinculantes (CF, 103-A e ss). Cumpre observar que, no que diz respeito a enunciados sumulares de natureza vinculante, a Lei federal n.º 11.417/06 lhes disciplina procedimentos para edição, revisão e cancelamento.^[25] De igual modo, o dispositivo está em sintonia com os arts. 15 e 926 do CPC, cuja aplicação aos processos administrativos é cogente.^[26]

11. Conclusões

Como se pode inferir dos rápidos comentários acima desenvolvidos, a LINDB assumiu papel sobranceiro no trato do direito público brasileiro. Todas as autoridades, órgãos e entidades públicas, sem exceção, subordinam-se a ela e lhe devem aplicação irrestrita, obediente à sua máxima eficácia. Os artigos da LINDB constituem mandamentos que condicionam a validade de provimentos administrativos. O exercício das competências administrativas foi funcionalizado em vista do direito público da segurança jurídica.

A toda evidência, os desafios serão muitos. Mas, não nos esqueçamos de um precioso detalhe: em 1942, na redação original da Lei de Introdução, foi necessário que se positivasse a proteção ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada. A realidade dos fatos exigiu que tal garantia fosse posta em texto legal. Isso não foi devido a um acaso ou capricho do legislador. A positivação foi imprescindível ao reconhecimento de tais direitos fundamentais.

O mesmo se diga quanto aos artigos da Lei nº 13.655/2018. Todos eles são necessários ao que se possa entender por um Estado Democrático de Direito, em que às autoridades públicas são cometidos deveres de respeito aos direitos fundamentais das pessoas privadas, dentre eles o sobranceiro direito à segurança jurídica. Precisamos, portanto, envidar os melhores esforços para que se dê intensa e extensa aplicabilidade à LINDB. Os desafios estão apenas no começo.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A consensualidade no Direito Administrativo. Acordos regulatórios e contratos administrativos. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 42, n. 167, jul./set. 2005.

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 14, n. 54, jan-mar/2006. São Paulo: Revista dos Tribunais.

CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. Administração Pública e mediação: notas fundamentais. In: *Revista de Direito Público da Economia*, v. 61, Belo Horizonte: Fórum, 2018.

CURTIS, Dana. "Reconciliation and the Role of Empathy". In ALFINI, James J.; GALTON, Eric R. (eds.), *ADR Personalities and Practice Tips*. Washington: American Bar Association, Section of Dispute Resolution, 1998.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FRIEDMAN, Gary J. *Inside Out: How conflict professionals can use self-reflection to help their clients*. Chicago: American Bar Association Section of Dispute Resolution, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito Constitucional Econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e pragmatismo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O princípio do enriquecimento sem causa em direito administrativo. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 210, 25-35, out./dez. 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MOREIRA, Egon Bockmann. Agências reguladoras independentes, poder econômico e sanções administrativas. In: GUERRA, Sérgio (Org.). *Temas de Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo: princípios constitucionais, a Lei 9.784/1999 e o Código de Processo Civil/2015*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação Pública*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

MOREIRA, Egon Bockmann; GOMES, Gabriel Jamur. A indispensável coisa julgada administrativa. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 277, n. 2, p. 239-277, mai./ago. 2018.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo*: princípios constitucionais, a Lei 9.784/1999 e o Código de Processo Civil/2015. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

MOREIRA, Egon Bockmann. A negociação processual e sua incidência nos processos administrativos. In: *Direito do Estado*, a. 2016, n. 228. Disponível em: www.direitodoestado.com.br. Publicado em: 05 ago. 2016).

MOREIRA, Egon Bockmann; FERRARO, Marcella Pereira. Processo administrativo e negócios processuais atípicos. In: *Revista de Processo – RePro* v. 43, nº 282. São Paulo: Ed. RT, ago./2018.

PEREIRA, Ana Lucia P.; GIOVANINI, Ana Elisa P. P. Arbitragem na Administração Pública brasileira e indisponibilidade do interesse público. In: *Quaestio Iuris*, v. 10, n. 2, Rio de Janeiro, 2017.

PEREIRA, Ana Lucia Pretto. *Reserva do possível*: judicialização de políticas públicas e jurisdição constitucional. Curitiba: Juruá, 2014.

SEN, Amartya. *The Idea of Justice*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2009 - tradução livre).

THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. V. I. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

Notas Rodapé:

[1] Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil. E-mail: egon@xvbm.com.br. Professor de Direito Econômico da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre e Doutor em Direito. Especialista em Mediação (Harvard Law School e Pepperdine Law School). Advogado. Árbitro.

[2] Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF, Brasil. E-mail: ana.pretto@ucb.br. Professora de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Brasília (UCB). Mestre e Doutora em Direito. Advogada.

[3] O projeto de lei original resultou sobretudo de pesquisas desenvolvidas no âmbito da Fundação Getúlio Vargas – FGV/SP, em parceria com a Sociedade Brasileira de Direito Público – sbdp, sob coordenação dos Professores Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto. Parcela dos estudos que deram origem à proposta submetida ao Congresso Nacional foi publicada na obra SUNDFELD, Carlos Ari (org.), *Contratações Públicas e seu Controle* (São Paulo: Malheiros Editores, 2013). Uma boa coletânea de artigos sobre o tema pode ser encontrada em: <http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/PARA-ENTENDER-O-PL-7.448.pdf>. Acesso em 13/11/2018.

[4] Cumpre pontuar a advertência de Alexandre Santos de Aragão, nesse respeito: “O que devemos buscar [...] é que a prevalência dos fins sobre os meios legais esteie uma firme metodologia, que, fincada nos Princípios da Eficiência, Moralidade e Proporcionalidade, minore as possibilidades de ser utilizada contra os fins a que se destina e que, ao mesmo tempo, evite que a aplicação meramente lógico-subsuntiva das regras jurídicas pela mera invocação da legalidade formal, muitas vezes utilizada como biombo de malversações, contrarie os objetivos públicos maiores do ordenamento jurídico.” ARAGÃO, Alexandre Santos de. A consensualidade no Direito Administrativo. Acordos regulatórios e contratos administrativos. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 42, n. 167, jul./set. 2005, p. 298.

[5] Sobre o tema, os autores já tiveram oportunidade de se manifestar em: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. Administração Pública e mediação: notas fundamentais. In: *Revista de Direito Público da Economia*, v. 61, Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 119-145; PEREIRA, Ana Lucia P.; GIOVANINI, Ana Elisa P. P. Arbitragem na Administração Pública brasileira e indisponibilidade do interesse público. In: *Quaestio Iuris*, v. 10, n. 2, Rio de Janeiro, 2017, p. 1146-1161.

[6] Conforme anteriormente consignado: “a locução ‘conforme a lei e o Direito’ é de extrema importância. Determina que o agente cumpra a norma legal, com observância de todo o ordenamento jurídico. Ao distinguir os dois termos, o artigo disciplina que para o processo administrativo a lei não é a única fonte, nem tampouco pode ser interpretada de forma restritiva. Não basta uma leitura simplista, literal, de um singelo artigo de lei, para a aplicação do Direito pelo agente público. A Lei 9.784/1999 exige mais do que isso – tornando essa compreensão limitada contrária ao princípio da legalidade.” (MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo: princípios constitucionais*, a Lei 9.784/1999 e o Código de Processo Civil/2015. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, pp. 113-114).

[7] Em específico sobre o consequencialismo jurídico e por todos, v. MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito Constitucional Econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e pragmatismo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (sobretudo a primeira parte do livro).

[8] ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. “O exame da proporcionalidade permitirá observar se a fundamentação da decisão que causou restrições a direitos foi adequada e justificada pelo interesse público – fator de legitimidade dos atos administrativos em geral –, o que será feito, conforme aponta Gilmar Ferreira Mendes, se constatada a presença de suas três submáximas de análise: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.” (Cf. PEREIRA, Ana Lucia Pretto. *Reserva do possível: judicialização de políticas públicas e jurisdição constitucional*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 189-194).

[9] DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 271-333.

[10] Ampliar em CURTIS, Dana. “Reconciliation and the Role of Empathy”. In ALFINI, James J.; GALTON, Eric R. (eds.), *ADR Personalities and Practice Tips*. Washington: American Bar Association, Section of Dispute Resolution, 1998, pp. 53-63; e FRIEDMAN, Gary J. *Inside Out: How conflict professionals can use self-reflection to help their clients*. Chicago: American Bar Association Section of Dispute Resolution, 2014.

[11] Diferentes teorias da justiça possuem como traço comum a proposição de um estado ideal de equidade, de igualdade, a ser alcançado, o qual nem sempre corresponde às necessidades de comunidades políticas singularmente consideradas. Nesse sentido, a ideia de justiça de Amartya Sen apresenta um caminho de continuidade à filosofia política de John Rawls. Conforme sustenta o autor, “A justiça está ligada ao modo como correm as vidas das pessoas, e não apenas com a natureza das instituições em seu entorno.” (SEN, Amartya. *The Idea of Justice*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2009 - tradução livre).

[12] Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 8. ed.. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 78.

[13] O que confere segurança jurídica à comunidade diretamente interessada. De acordo com Humberto Ávila, “segurança jurídica representa, pois, a segurança como fenômeno valorativo intersubjetivável vinculado ao Direito de uma dada sociedade, quer como valor, quer como norma, tendo o jurídico como objeto ou como seu instrumento.” (ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2. ed.. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 110.)

[14] É o caso, por exemplo, da possibilidade de que lei complementar estadual institua aglomerações urbanas e microrregiões, para objetivos comuns (Constituição Federal, art. 25, §3º: “Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.”)

[15] É o princípio do “contraditório efetivo”, extraído dos arts. 7.º, 9.º e 10.º, do Código de Processo Civil (THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. V. I. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 85-88).

[16] Nesse respeito, cumpre rememorar o que observado em outra oportunidade: “No que respeita a tais negociações endoprocessuais, o regime jurídico do processo administrativo impõe cautelas extraordinárias. Isso porque a Administração Pública será, ao mesmo tempo, parte e julgador – além de detentora de deveres de ordem pública (isso sem se falar em sua posição de hipersuficiência material-processual, decorrente de seu poder político-econômico). Logo, ela não poderá convencionar no sentido de abdicar de competências relativas ao seu dever-poder processual. Demais disso, tampouco poderá submeter e/ou induzir as pessoas privadas a negociações impostas. Quem negocia, dispõe e abdica consensualmente; jamais subordina

e impõe de modo unilateral.” (MOREIRA, Egon Bockmann. A negociação processual e sua incidência nos processos administrativos. In: *Direito do Estado*, a. 2016, n. 228. Disponível em: www.direitodoestado.com.br. Publicado em: 05 ago. 2016). Ampliar em: MOREIRA, Egon Bockmann; FERRARO, Marcella Pereira. Processo administrativo e negócios processuais atípicos. In: *Revista de Processo – RePro* v. 43, nº 282. São Paulo: Ed. RT, ago./2018, pp. 475-510.

[17] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O princípio do enriquecimento sem causa em direito administrativo. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 210, 25-35, out./dez. 1997. p. 33.

[18] Afinal, os ilícitos penais e administrativos são ontologicamente equivalentes, distanciando-se apenas quanto à resposta que lhes é atribuída pelo Ordenamento Jurídico. A esse respeito, v. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, pp. 840-857; MOREIRA, Egon Bockmann. Agências reguladoras independentes, poder econômico e sanções administrativas. In: GUERRA, Sérgio (Org.). *Temas de Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004, pp. 160-199.

[19] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 10. ed.. São Paulo: Dialética, 2004. p. 372. Ampliar em: MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação Pública*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, pp. 262-266.

[20] A Lei fixou para o *caput* do artigo *vacatio legis* de 180 dias, contados a partir do início da vigência da Nova Lei, o que teve início em 25 de abril de 2018.

[21] A dimensão objetiva de direitos fundamentais corresponde ao dever de observância, pelas autoridades públicas, de suas competências constitucionais no que diz respeito à implementação de medidas que busquem a plena efetividade de referidos direitos. Sobre o tema: ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed.. Coimbra: Almedina, 2006, p. 115; CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 14, n. 54, jan-mar/2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 33; SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 144-149.

[22] BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma nova hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 278. No que respeita à participação popular nos processos administrativos – incluindo-se aqui as consultas públicas – como modo de efetivação da terceira camada de direitos fundamentais, v. MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo: princípios constitucionais, a Lei 9.784/1999 e o Código de Processo Civil/2015*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, pp. 74-79.

[23] Lei federal n.º 9.784/99, art. 31, *caput*: “Art. 31. Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada.”

[24] Sobre um discurso de conceituação em torno da chamada *coisa julgada administrativa*, no direito brasileiro, v.: MOREIRA, Egon Bockmann; GOMES, Gabriel Jamur. A indispensável coisa julgada administrativa. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 277, n. 2, p. 239-277, mai./ago. 2018.

[25] Em conjunto com o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, arts. 354-A e seguintes.

[26] Eis os textos normativos, que se aplicam aos processos administrativos: “Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.”, e “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.” Ampliar em: MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo*: princípios constitucionais, a Lei 9.784/1999 e o Código de Processo Civil/2015. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, pp. 80-88.