



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

MAURO ANTONIO PREZOTTO

**SEGURANÇA JURÍDICA NOS TRIBUNAIS DE CONTAS: aplicação do regime de
transição do artigo 23 da LINDB**

Florianópolis/SC

2022

MAURO ANTONIO PREZOTTO

SEGURANÇA JURÍDICA NOS TRIBUNAIS DE CONTAS: aplicação do regime de
transição do artigo 23 da LINDB

Dissertação submetida ao Programa em Direito da
Universidade Federal de Santa Catarina para a
obtenção do título de mestre em Direito.
Orientador: Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam

Florianópolis/SC

2022

MAURO ANTONIO PREZOTTO

SEGURANÇA JURÍDICA NOS TRIBUNAIS DE CONTAS: aplicação do regime de
transição do artigo 23 da LINDB

O presente trabalho em nível de mestrado foi avaliado e aprovado por banca examinadora
composta pelos seguintes membros:

Prof. Dr. JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM
UFSC - Orientador

Prof. Dr. Rodrigo Valgas dos Santos
CESUSC – Membro da Banca

Prof. Dr. Marcelo Ramos Peregrino Ferreira
ESA-OAB/SC – Membro da Banca

Certificamos que esta é a **versão original e final** do trabalho de conclusão que foi julgado
adequado para obtenção do título de mestre em Direito.

Prof. Dr. Cláudio Macedo de Souza
Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam
Orientador

Florianópolis, 08 de dezembro de 2022.

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Prezotto, Mauro Antonio

SEGURANÇA JURÍDICA NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS: aplicação do regime de transição do artigo 23 da LINDB / Mauro Antonio Prezotto; orientador, José Sérgio da Silva Cristóvam, 2022.

184 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2022.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Tribunal de Contas. 3. Segurança Jurídica. 4. Regime de transição. 5. Controle externo. I. Cristóvam, José Sérgio da Silva. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Dedico este trabalho aos meus pais que, embora não tenham tido a oportunidade de estudar, sempre tiveram o compromisso com a educação de seus filhos. Obrigado por tudo!

AGRADECIMENTOS

Ao chegar à fase final de estudos e elaboração deste trabalho acadêmico, vem aquela necessidade de agradecer. Agradecer àqueles e àquelas que de alguma forma contribuíram para o projeto se tornar uma realidade.

Muitas pessoas passam por nossas vidas, mas seus exemplos permanecem e nos guiam na caminhada da realização do mestrado, tarefa que, para praticamente todos aqueles que passaram por essa fase, implica renúncias, ausências, muita dedicação. Por isso, o meu primeiro agradecimento é para os meus pais. Sem eles, o projeto não se tornaria realidade. O sacrifício deles me permitiu chegar até aqui. Meu pai, que partiu antes mesmo do início da jornada, com certeza sempre esteve presente. Minha mãe, mesmo sem compreender direito o que isso tudo significa, sempre esteve ali preocupada com todas as obrigações. Obrigado por tudo!

Aos irmãos que estiveram ali torcendo pelo êxito da empreitada, obrigado!

Ao Derli, irmão que a vida me deu, que nunca deixou de acreditar no meu potencial, de incentivar, de cobrar, orientar e sugerir. O seu olhar crítico em relação às ideias com certeza muito contribuiu para o resultado.

Ao Chico e Mariza, sogro e sogra, que sempre estiveram e estão torcendo para o meu sucesso!

Às mulheres da minha vida, Tatiane e Júlia, que compreenderam as ausências, mesmo quando presente fisicamente, que suportaram os momentos de irritação e deram o incentivo necessário para seguir em frente e concluir esta etapa.

À Cláudia Bressan Brincas, pelo constante incentivo para o desenvolvimento deste trabalho. Ao Gustavo, colega de escritório pelos belos momentos de discussão. Às colegas Maiara, Alice e Nicole por todo o apoio. Sem vocês, com certeza essa tarefa teria sido mais árdua e demorada.

Um agradecimento especial aos servidores do PPGD, sempre atenciosos e presentes, mesmo no período de pandemia que acabou alcançando o desenvolvimento deste trabalho.

Aos professores e professoras do PPGD que ao longo da jornada compartilharam conhecimento, inquietudes, realizaram provas que engrandeceram nosso conhecimento.

Por fim, ao amigo Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam que aceitou a missão de me orientar, obrigado pelas sugestões, pelas críticas, pelos ensinamentos, pela paciência durante o período de desenvolvimento do trabalho.

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto de estudo a segurança jurídica no âmbito dos Tribunais de Contas, mediante a aplicação do regime de transição previsto no artigo 23 da LINDB, e tem como objetivo principal investigar a possibilidade de se estabelecer um regime de transição padrão aplicável às decisões dos Tribunais de Contas, a partir dos elementos do dispositivo mencionado. O desenvolvimento do trabalho se deu através do método de abordagem dedutivo e das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, com o uso de fontes primárias - legislação constitucional e infraconstitucional brasileira, regimentos e normativas do Tribunal de Contas da União - e secundárias - doutrinas, artigos científicos e trabalhos acadêmicos. A dissertação foi realizada de forma descritiva, ou seja, partiu de premissas gerais decorrentes de previsões legais e entendimentos doutrinários para, ao final, de forma crítica responder ao questionamento inicialmente realizado. A divisão dos capítulos se deu da seguinte forma: o primeiro capítulo trata da segurança jurídica no âmbito da Administração Pública, diferenciando a segurança jurídica estática e dinâmica e qualificando-as como elementos estruturantes do Estado Democrático de Direito; além disso, analisa a segurança jurídica juntamente com a boa-fé, a proteção da confiança, investigando a incidência nos âmbitos normativo-legislativo, judicial e na atividade controladora. O segundo capítulo destaca o aprimoramento da LINDB e as implicações que as alterações trouxeram para o controle externo, bem como aborda atuais e relevantes temas: o direito administrativo do medo e o fenômeno do apagão das canetas como consequência da insegurança jurídica e, por consequência lógica, aborda a necessidade de separação do erro e da má-fé do administrador, haja vista que as alterações promovidas na LINDB também regulamentam o assunto. O terceiro capítulo aborda o regime de transição no âmbito dos Tribunais de Contas, tratando desde os requisitos para aplicação do artigo 23 da LINDB até os limites da aplicação diante dos meios de atuação e das competências da referida Corte. O estudo traz um apanhado das atribuições dos Tribunais de Contas quanto ao momento da realização da atividade controladora, cotejando com as espécies de regime de transição descritos, procurando identificar a que melhor se adequa a cada hipótese de atuação dos Tribunais de Contas. Ao final, foi possível concluir que, embora o artigo 23 da LINDB não apresente elementos suficientes para definir o conteúdo, o prazo e a forma de implementação do regime de transição, cabe ao Tribunal de Contas realizar a análise caso a caso, considerando as espécies de regime previstas na doutrina. Ademais, em que pese não exista na lei uma forma padronizada de transição, é possível concluir que as espécies de regime apontadas são compatíveis com o ordenamento brasileiro e com a atividade do Tribunal de Contas, especialmente, a modulação temporal dos efeitos, cuja aplicação é a mais recomendada.

Palavras-chave: Administração Pública. Controle externo perante o Tribunal de Contas. Segurança jurídica. LINDB. Regime de transição.

ABSTRACT

The present work has as its object of study the legal certainty within the scope of the Courts of Auditors, through the application of the transitional regime provided for in article 23 of the LINDB, and its main objective is to investigate the possibility of establishing a transitional regime rule applicable to decisions of the Courts of Auditors, based on the elements of the said device. The development of the work took place through the deductive approach method and bibliographical and documental research techniques, with the use of primary sources: Brazilian constitutional and infraconstitucional legislation, norms and regulations of the Federal Court of Accounts, and secondary: doctrines, scientific articles and academic works. The dissertation was carried out in a descriptive way, that is, it started from general premises arising from legal provisions and doctrinal understandings, to, in the end, respond in criticism way of the initial questioning. The chapters were divided as follows: the first chapter deals with legal certainty within the scope of public administration, differentiating static and dynamic legal security and qualifying them as structuring elements of the democratic state of law; in addition, it analyzes legal certainty together with good faith, the protection of trust, investigating its incidence in the normative-legislative, judicial and controlling activity scopes. The second chapter highlights the improvement of LINDB and the authorities that the changes brought to external control, in addition to addressing current and relevant topics: the administrative law of fear and the phenomenon of extinction of penalties due to legal uncertainty and, consequently, logic, address the need to separate the administrator's error and bad faith, given that the changes approved in the LINDB also govern the matter. The third chapter addresses the transitional regime within the scope of the Courts of Auditors, dealing with the requirements for the application of article 23 of LINDB to the limits of its application in view of the means of action and the powers of the said Court. The study brings an analysis of the attributions of the Courts of Accounts, regarding the moment of carrying out the controlling activity, comparing with the types of transition regime observed, trying to identify the one that best suits each hypothesis of performance of the Courts of Accounts. In the end, it was possible to conclude that, although article 23 of the LINDB did not present sufficient elements to define the content, term and form of implementation of the transitional regime, it is up to the Court of Accounts to carry out the analysis on a case-by-case basis, considering the species of transition regime prescribed in the doctrine. Furthermore, although there is no standardized transition form in the law, it is possible to conclude that the types of regime mentioned are compatible with the Brazilian legal system and with the activity of the Court of Auditors, especially the temporal modulation of effects, whose application is the most recommended.

Keywords: Public Administration. External control before the Court of Accounts. Legal certainty. LINDB. Transition regime.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

STF - Supremo Tribunal Federal

TC - Tribunal de Contas

TCU - Tribunal de Contas da União

LINDB - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

PLS - Projeto de Lei do Senado

CPC - Código de Processo Civil

TAG - Termo de Ajustamento de Gestão

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	15
2	SEGURANÇA JURÍDICA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	20
2.1	CONCEITUAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA	20
2.1.1	Segurança jurídica como elemento estruturante do Estado Democrático de Direito	24
2.2	INTERLOCUÇÃO ENTRE A SEGURANÇA JURÍDICA, A BOA-FÉ E A PROTEÇÃO DA CONFIANÇA	30
2.2.1	Segurança jurídica e boa-fé	31
2.2.2	Segurança jurídica e proteção da confiança	36
2.3	DIMENSÕES DA SEGURANÇA JURÍDICA E ÂMBITOS DE INCIDÊNCIA	40
2.3.1	Segurança jurídica no âmbito normativo-legislativo	46
2.3.2	Segurança jurídica no âmbito judicial.....	51
2.4	Segurança jurídica e o modelo de controle da Administração Pública na CF/88..	57
2.5	SÍNTESE CONCLUSIVA DO CAPÍTULO	69
3	O IMPACTO DAS MODIFICAÇÕES DA LINDB NA ATIVIDADE DE CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	71
3.1	SEGURANÇA JURÍDICA COMO MOTIVO DETERMINANTE DAS ALTERAÇÕES DA LINDB	72
3.1.1	O protagonismo dos sistemas de controle.....	76
3.1.2	O apagão das canetas e o direito administrativo do medo como consequências da insegurança jurídica.....	80
3.2	PANORAMA DAS ALTERAÇÕES NA LINDB INTRODUZIDAS PELA LEI Nº 13.655/2018	85
3.2.1	Regime de responsabilização dos agentes públicos a partir das novas previsões da LINDB 93	
3.2.2	Necessidade de separar o erro da má-fé	97
3.2.3	Relevância da segurança jurídica no processo sancionatório	102
3.3	PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS E CONSEQUENCIALISMO.....	103

3.3.1	Precedentes administrativos como meios de concretização da segurança jurídica	104
3.3.2	Consideração das consequências práticas decorrentes da decisão controladora	110
3.4	SÍNTESE CONCLUSIVA DO CAPÍTULO	116
4	REGIME DE TRANSIÇÃO NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS.....	118
4.1	Objeto de proteção e pressupostos para incidência do regime de transição	118
4.1.1	Decisão inovadora.....	120
4.1.2	Novo dever ou condicionamento de direito decorrente da inovação interpretativa	124
4.1.3	Indispensabilidade do regime de transição	125
4.2	DESTINATÁRIOS DO DEVER DO ARTIGO 23.....	127
4.3	ELEMENTOS PARA AVALIAR A NECESSIDADE E O CONTEÚDO DO REGIME DE TRANSIÇÃO.....	128
4.3.1	Elementos orientativos para a definição do regime de transição	132
4.4	EPÉCIES DE REGIME DE TRANSIÇÃO.....	138
4.4.1	Modulação temporal e de conteúdo	139
4.4.2	Compensação financeira	144
4.4.3	Ajuda de adaptação	145
4.4.4	Cláusulas de exceção e de opção.....	146
4.4.5	Termo de ajustamento de gestão	146
4.5	A ESCOLHA DO REGIME DE TRANSIÇÃO A SER ADOTADO NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS.....	148
4.5.1	Análise das atribuições dos Tribunais de Contas como etapa necessária para a definição do regime de transição	149
4.5.2	Definição do regime de transição no âmbito dos Tribunais de Contas com base no critério do momento de controle dos atos da Administração Pública	162
4.6	SÍNTESE CONCLUSIVA DO CAPÍTULO	170

5 CONCLUSÃO	172
REFERÊNCIAS	177

1 INTRODUÇÃO

A presente dissertação de Mestrado em Direito, vinculada à Área de Concentração “Direito, Estado e Sociedade” e desenvolvida na Linha de Pesquisa “Direito, Estado e Constituição”, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC), se insere nos domínios do Direito Constitucional, Direito Administrativo e Controle da Gestão Pública e tem como tema central de estudo a segurança jurídica no âmbito dos Tribunais de Contas, a partir da aplicação do regime de transição previsto no artigo 23 da LINDB, em razão de decisão que cria novo dever ou condicionamento de direito.

A delimitação do tema se dá a partir do estudo do instituto da segurança jurídica como elemento estruturante do Estado Democrático de Direito e a interlocução com as alterações na Lei de Introdução às Normas de Direito (LINDB), promovidas pela Lei nº 13.655, de 25 abril de 2018, especialmente quanto aos aspectos que impactam as decisões dos Tribunais de Contas como órgãos de controle da Administração Pública.

A escolha do tema para estudo se justifica, primeiro, porque as alterações da LINDB são relativamente recentes, posto que datam do ano de 2018; segundo, porque a Lei nº 13.655/2018 trouxe importantes instrumentos para a interpretação das normas de direito público, com o objetivo de garantir a segurança jurídica, especialmente quanto à previsibilidade da atuação dos órgãos públicos, de modo a proteger a boa-fé e as legítimas expectativas daqueles que se relacionam com o poder público quanto à manutenção de situações estabilizadas.

Atualmente, a justa e legítima expectativa dos cidadãos tem sido mitigada pelas constantes modificações havidas na atuação dos órgãos públicos, em especial, daqueles encarregados do controle sobre os atos da Administração Pública. A pluralidade de sistemas de órgãos de controle, com legitimidade e competência para avaliar os mesmos atos administrativos e o exercício da fiscalização dos atos dos gestores públicos predominantemente a *posteriori*, no mais das vezes modificando entendimentos consolidados com aplicação imediata, gerou fenômenos conhecidos como “apagão das canetas” e o “direito administrativo do medo”.

É bem verdade que a proliferação legislativa, cujas normas por vezes são dotadas de significativa abstração, tem exigido dos órgãos de controle atuação com certo grau de normatividade, complementando e dando sentido às normas genéricas, atuando de forma mais

presente no cotidiano da gestão pública, o que contribui para o estado de coisas que motivou as recentes modificações da LINDB.

Essa atuação dos órgãos de controle e, no que interessa para o presente estudo, dos Tribunais de Contas, provoca insegurança jurídica no âmbito da atuação da Administração Pública, situação que atinge os gestores e os particulares, pessoas físicas e jurídicas, que se relacionam com o poder público, gerando comprometimento da eficiência da gestão.

A partir disso, o legislador decidiu introduzir no cenário normativo novos instrumentos de atuação para os órgãos públicos, aí incluídos os órgãos de controle, de modo a, senão afastar completamente, ao menos mitigar riscos e danos decorrentes das incertezas que rondam a atuação do poder público, protegendo a boa-fé, a confiança nas instituições e nas decisões, e, especialmente, a segurança jurídica.

Dentre os instrumentos trazidos pela Lei nº 13.655/2018, a regra que prevê a necessidade de adoção de um regime de transição quando for adotado novo entendimento em face de norma de conteúdo indeterminado, criando dever ou condicionamento de direito, potencializa a ideia de segurança jurídica.

Diante do novo instrumento previsto no artigo 23 da LINDB, que traz significativa contribuição para o aprimoramento da atuação dos órgãos de controle, garantindo a segurança nas relações dos particulares com o poder público, bem como para os próprios gestores, é que se propõe o presente estudo, desenvolvido para responder ao seguinte problema: é possível estabelecer um regime de transição padrão em face das decisões inovadoras proferidas pelos Tribunais de Contas, como meio de concretização da segurança jurídica, a partir dos elementos previstos no artigo 23 da LINDB - Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, alterado pela Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018?

A hipótese básica para o problema colocado é que a redação do artigo 23 da LINDB não conteria elementos suficientes para definir um regime de transição padrão no âmbito dos Tribunais de Contas, aplicável a todas as hipóteses de inovação interpretativa que imponham novo dever ou condicionamento de direito.

A hipótese secundária, decorrente da eventual confirmação da hipótese básica, é de que o regime de transição no âmbito dos Tribunais de Contas deve ser fixado em cada caso, a partir das circunstâncias concretas da situação analisada que demandou a inovação.

É preciso considerar, quando do estabelecimento das medidas para a adequação ao novo entendimento no regime de transição, os elementos trazidos pelo artigo 23 da LINDB: (i) equanimidade; (ii) proporcionalidade; (iii) eficiência; e (iv) respeito aos interesses gerais.

A pesquisa desenvolvida tem como objetivo central discutir as bases normativas do artigo 23 da LINDB, buscando-se extrair dele elementos que possam auxiliar e orientar os Tribunais de Contas no estabelecimento de um regime de transição, com conteúdo claro, destinatários definidos, forma e prazo de adequação e aplicação da decisão inovadora, de modo a resguardar a segurança jurídica, a boa-fé e a legítima expectativa quanto à manutenção das situações estabilizadas.

Para cumprir o objetivo geral, tem-se a necessidade de detalhar a pesquisa de acordo com os seguintes objetivos específicos:

1. analisar a segurança jurídica nas diferentes dimensões, bem como a interlocução com o sistema de controle da Administração Pública erigido na atual Constituição Federal;
2. discutir as principais alterações da LINDB introduzidas pela Lei nº 13.655/2018 e os motivos impulsionadores da inovação legislativa;
3. averiguar se o artigo 23 da LINDB traz elementos suficientes para o estabelecimento de um padrão de regime de transição no âmbito dos Tribunais de Contas, de modo a concretizar a segurança jurídica, bem assim quais os respectivos impactos.

Para tanto, é necessário descortinar, a partir do estudo da norma, as hipóteses de incidência, os eventuais princípios norteadores para o estabelecimento de regime, a partir das espécies conhecidas e utilizadas por outros órgãos, analisando a aplicabilidade no âmbito do controle da Administração Pública exercido pelos órgãos de contas, especialmente em razão das atribuições, competências e instrumentos de atuação.

O método de abordagem para a dissertação é o dedutivo e como procedimento de pesquisa adota-se o monográfico. A técnica de pesquisa empregada é a bibliográfica, a partir das fontes primárias (legislação constitucional e infraconstitucional brasileira) e secundárias (livros sobre temáticas específicas, manuais, artigos de revistas especializadas em suporte físico e digital, teses, dissertações e normas técnicas).

Para atingir os objetivos propostos, a dissertação foi dividida em três capítulos.

O primeiro capítulo é dedicado a estudar a segurança jurídica, a partir da delimitação para compreensão do instituto como elemento estruturante do Estado Democrático de Direito, discutindo as diferentes dimensões. Ainda, aborda os aspectos da boa-fé e da proteção da confiança como vertente subjetiva da segurança jurídica, que serve de bússola para a atuação dos órgãos e agentes públicos. A partir da delimitação da segurança jurídica, o estudo discute a incidência no âmbito do sistema de controle da Administração Pública erigido na Constituição Federal de 1988, com destaque para aquele de competência dos Tribunais de Contas, como

órgãos de controle externo, que atuam em auxílio à atividade fiscalizatória exercida pelo Poder Legislativo. A abordagem de tais elementos no primeiro capítulo é essencial para o desenvolvimento dos tópicos subsequentes, especialmente no capítulo final que se ocupará do estudo do regime de transição em face de decisões inovadoras dos Tribunais de Contas, para concretizar a segurança jurídica nas relações e atos da Administração Pública.

O capítulo segundo é destinado ao estudo das recentes mudanças no cenário de controle da Administração Pública promovidas pela Lei nº 13.655/2018, na LINDB. São abordados com mais vagar os fundamentos que impulsionaram as modificações da Lei de Introdução, dentre os quais os fenômenos conhecidos como “apagão das canetas e o “direito administrativo do medo”, motivados especialmente pelo protagonismo do complexo sistema de controle da Administração Pública integrado a múltiplos órgãos com competência e legitimidade para sindicarem os mesmos atos. Nessa linha, o segundo tópico traz um panorama, ainda que breve, das principais alterações da LINDB, as quais, em alguma medida, se relacionam com o tema central de estudo da presente dissertação, destacando-se a relevância da segurança jurídica no processo sancionatório e a necessidade de se considerar as consequências práticas da decisão controladora, elementos importantes para o tema que será abordado no capítulo final.

O terceiro capítulo é dedicado a estudar o regime de transição referido no artigo 23 da LINDB no âmbito dos Tribunais de Contas, tendo como ponto de partida o objeto de proteção e os pressupostos para a incidência no âmbito da atividade de controle exercido pelos Tribunais de Contas, os destinatários da regra.

Como ponto fundamental do estudo para responder ao problema colocado, no capítulo terceiro são estudados os elementos trazidos pelo artigo 23 da LINDB, bem como pelo Decreto nº 9.830/2019, de modo a verificar a existência ou não de diretrizes suficientes para definir um padrão de regime de transição a ser adotado no âmbito dos Tribunais de Contas, realizando um cotejo das espécies de regime de transição conhecidas, já adotadas em outras esferas de poder, com as atribuições dos órgãos de contas, estudo que é realizado tendo por base, dentre outros dispositivos legais, as disposições da Constituição Federal de 1988 e a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União.

A partir desses estudos, pretende-se indicar, com base nas diretrizes da nova legislação, a espécie de regime preferencial no âmbito da atividade de controle da Administração Pública, sob a responsabilidade dos Tribunais de Contas.

Para o desenvolvimento do estudo, serão adotados alguns conceitos operacionais, que contribuirão para a compreensão da abordagem.

O primeiro conceito operacional se refere à segurança jurídica, a qual é compreendida, para os fins do presente estudo, como elemento estruturante do Estado Democrático de Direito, sendo elemento de proteção em face inovações normativas decorrentes de interpretações realizadas pelos Tribunais de Contas sobre normas de conteúdo indeterminado, com potencial para afetar direitos de terceiros.

O segundo conceito operacional é o regime de transição previsto no artigo 23 da LINDB, ponto central da pesquisa, que pode ser entendido como o mecanismo de adequação gradual dos afetados ao novo entendimento estabelecido pelo órgão de controle, que impôs novo dever ou condicionamento de direito.

O terceiro conceito operacional diz respeito ao entendimento acerca do controle da Administração Pública pelos Tribunais de Contas, que aqui será compreendido como a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial quanto à legalidade, legitimidade e economicidade.

O quarto conceito operacional é aquele que define o escopo de princípios que são elementos estruturantes do dever ser que orientará a formação e a aplicação de regras (espécie de normas).

O quinto conceito operacional relevante é o consequencialismo, que pode ser entendido como a orientação ao juiz de sopesar os efeitos práticos e materiais decorrentes da decisão proferida, para além da sistemática jurídica técnica.

O sexto conceito operacional, por sua vez, aborda o princípio da eficiência, cuja compreensão não é limitada à ideia mercadológica, mas sim como uma orientação à maximização prática da finalidade do ordenamento jurídico com o menor ônus possível ao Estado e à sociedade.

Sistematizando tais conceitos, com este estudo espera-se trazer alguma contribuição para a importante tarefa de aplicação da regra do artigo 23 no âmbito dos Tribunais de Contas, de modo a assegurar a proteção da boa-fé e da legítima expectativa dos cidadãos quanto à manutenção das regras sob as quais os atos foram praticados, como elementos fundamentais para alcançar a almejada segurança jurídica, sem prejuízo das necessárias inovações.

2 SEGURANÇA JURÍDICA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Este primeiro capítulo é dedicado a estudar o instituto da segurança jurídica e a incidência no âmbito do controle da Administração Pública.

Para cumprir o objetivo, será apresentada uma conceituação do instituto da segurança jurídica, considerando as diferentes acepções acerca do tema, de modo a permitir uma melhor compreensão da aplicação ao presente trabalho.

A partir da abordagem inicial, serão destacadas referências que identificam o instituto como elemento estruturante do Estado Democrático de Direito, que espraia efeitos a todos os campos e searas do Direito. Nesse mesmo caminhar, serão abordados aspectos relacionados à boa-fé e à proteção da confiança, que se conectam ao instituto da segurança jurídica.

A segurança jurídica será tratada ainda a partir das dimensões estática e dinâmica, tema que tem relação direta com o objetivo central deste trabalho, em função da aplicabilidade da nova matriz de apreciação dos atos da Administração Pública, trazida pelo artigo 23 da LINDB. Nessa delimitação, será feita uma análise da incidência da segurança jurídica nos âmbitos normativo-legislativo e judicial, mediante a adoção do instituto da modulação dos efeitos das decisões judiciais.

Por fim, será apresentado o modelo de controle da Administração Pública sedimentado na CF/88 e a relação com a segurança jurídica, estabelecendo as bases para as considerações que serão desenvolvidas nos capítulos subsequentes.

2.1 CONCEITUAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Em um cenário de complexidade das relações, provocado pela velocidade informacional da sociedade contemporânea, a busca pela segurança jurídica é fator preponderante e dever de todas as esferas de poder. Um ambiente com estabilidade para a tomada de decisão favorece não apenas os gestores públicos, que terão as condutas analisadas posteriormente pelas autoridades controladoras de forma coerente e segura, mas também os próprios particulares, que poderão planejar ações no presente com possibilidade de calcular as consequências futuras. E esse ambiente só existirá com a plena garantia e observância da segurança jurídica.

A preocupação com a segurança jurídica está evidenciada na Constituição Federal de 1988 desde o preâmbulo e perpassa o texto constitucional em diferentes pontos¹. Associada a um estado de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade do Direito, a segurança jurídica, do ponto de vista normativo, é, na definição de Humberto Ávila, uma preferência da própria CF/88².

Embora voltada ao Direito Tributário, Humberto Ávila tem uma obra dedicada exclusivamente à teoria da segurança jurídica, da qual se extraem fundamentos relevantes para a conceituação do instituto. Para o autor, a segurança jurídica é uma “norma-princípio”. Isso porque, a partir da análise da estrutura e das partes constituintes, é possível verificar a proteção de “um ideal de coisas”, que, para se concretizar, depende de determinados comportamentos, alguns dos quais já previstos expressamente³.

A segurança jurídica contempla três dimensões: a cognoscibilidade, a confiabilidade e a calculabilidade. A primeira delas - a cognoscibilidade - e não apenas determinação, pois a linguagem por vezes é indeterminada - se refere à capacidade de o destinatário da norma ter “acesso material e intelectual ao conceito normativo”, ainda que esse conceito apresente certa indeterminação. Dessa forma, adota-se uma “concepção determinável da interpretação”, ao se considerar que as regras contemplam conceitos que, por via das vezes, podem ser em alguma medida indeterminados justamente em virtude da própria linguagem⁴.

A confiabilidade - no lugar de imutabilidade - tem relação com o fato de que, embora a CF/88 contenha cláusulas pétreas que impõem limites à mudanças, assegurando estabilidade e continuidade normativas, há margem para alterações, na medida em que o texto constitucional traz como princípio o Estado Social de Direito que exige do poder público uma atuação voltada ao planejamento capaz de servir como elemento indutor da sociedade, mediante políticas sociais, além de outras ações direcionadas ao desenvolvimento e distribuição de riquezas.

Por fim, também deve ser compreendida como elemento da segurança jurídica a calculabilidade - em substituição à previsibilidade (absoluta) - na medida em que permite a antecipação do conteúdo da norma. Apesar de a CF/88 conter regras que propiciam, por parte do destinatário da norma, uma visão antecipada da atuação estatal, a natureza do Direito, por si

¹ A título meramente exemplificativo, cabe mencionar o artigo 5º, *caput* e incisos II, XXXVI, XXXIX e XL, dispositivos que, em alguma medida, veiculam normas voltadas à segurança jurídica.

² Segundo o autor, “a segurança jurídica decorre do próprio sistema constitucional como um todo. Vale dizer: um dos seus fundamentos não está contido na Constituição; ele é a própria Constituição”.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 50.

³ *Ibidem*, p. 267-268.

⁴ *Ibidem*, p. 270.

só, dotada de conceitos abertos que necessitam de processos argumentativos para o estabelecimento de sentidos, não permite a univocidade dos enunciados⁵.

Em complemento, a calculabilidade, a qual não implica sobremaneira a ausência do controle de previsões, deve ser analisada a partir de duas dimensões. A primeira baseada nos conteúdos que são atribuídos às normas vigentes no momento da ação, uma vez que previsibilidade não significa a antecipação total do conteúdo das normas jurídicas, como bem esclarece o autor⁶, mas a possibilidade de interpretação prévia, em razoável medida, do que se quer dizer com determinada norma. A segunda está relacionada à modificabilidade das normas, porquanto a calculabilidade precisa ser entendida como a “capacidade” de se prever quais consequências jurídicas a aplicação futura da norma pode ter sobre fatos regulados por normas passadas⁷.

Certo é que a segurança jurídica se reveste como um dos fundamentos do Estado de Direito, ao lado da justiça e do bem-estar social, na medida em que integra a própria justificação do Estado como contrato social. Nas palavras de Luís Roberto Barroso⁸, “recebe-se em segurança aquilo que se concede em liberdade”.

O instituto reúne um conjunto de ideias e conteúdos, que abrange: (i) existência de instituições públicas com poder e garantias sujeitas ao princípio da legalidade; (ii) confiança nos atos emanados pela Administração Pública, dotados de boa-fé e razoabilidade⁹; (iii) estabilidade das relações jurídicas, manifestada a partir da característica de durabilidade das normas, bem como na anterioridade das leis e na conservação de direitos em face de lei nova; (iv) previsibilidade comportamental tanto do Estado quanto do particular; e (v) igualdade *na lei* e *perante a lei*¹⁰, com foco nas soluções que assegurem isonomia¹¹.

⁵ Idem, p. 270

⁶ Ibidem. 268-271.

⁷ Idem, p. 270.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Tomo III - 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 132-133.

⁹ A razoabilidade pode ser entendida como a “adequação proporcional entre os meios empregados no ato administrativo e os fins desejáveis estabelecidos em lei”.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 244.

¹⁰ Nas palavras de Bandeira de Mello, o princípio da igualdade é aquele que determina “a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas”, ainda que entre as pessoas existam distinções óbvias. A distinção igualdade na lei e perante a lei significam as duas vertentes do referido princípio, pois, na primeira, entende-se o dever de aplicar o direito no caso concreto independentemente dos atributos do destinatário e, na segunda, pressupõe que as normas jurídicas não devem conhecer distinções que não aquelas que promovam equidade. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. 8ª tir. São Paulo: Malheiros, 2012.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. p. 133.

Não obstante a existência de previsões normativas acerca da segurança jurídica, como, por exemplo, na própria CF/88¹², na Teoria Geral do Direito e na legislação atinente ao Direito Administrativo, Penal e Civil, a segurança enfrenta uma crise de identidade em função da velocidade das mudanças e da errônea percepção de que, para evoluir, é preciso avançar rapidamente e esse avanço legitima descartar, se necessário, as próprias expectativas dos indivíduos¹³.

José Afonso da Silva¹⁴ aponta a existência de quatro tipos de segurança jurídica reconhecidos pela CF/88: (i) *segurança como garantia*, (ii) *segurança como proteção dos direitos subjetivos*, (iii) *segurança como direito social* e (iv) *segurança por meio do direito*.

A (i) *segurança como garantia* está prevista no *caput* do artigo 5º da Constituição, o qual invoca a inviolabilidade do direito à segurança, além do direito à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade como garantias fundamentais. Além dos direitos resguardados pelo artigo 5º, a CF/88 garante a segurança também em matéria tributária, no artigo 150.

A (ii) *segurança como proteção dos direitos subjetivos* está relacionada à necessidade de assegurar a estabilidade dos direitos adquiridos pelos indivíduos, de forma que “as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída” respeitados o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

A (iii) *segurança como direito social*, expressa no artigo 6º da CF/88, “significa a previsão de vários meios que garantam aos indivíduos e suas famílias condições sociais dignas; tais meios se revelam basicamente como conjunto de direitos sociais”.

Por fim, tocante à (iv) *segurança por meio do direito*, o autor explica existirem dois desdobramentos: a segurança do Estado e a segurança das pessoas. A primeira se refere às condições básicas de defesa do Estado (estado de defesa e estado de sítio), enquanto a segunda está relacionada tanto à segurança pública como às garantias penais, de forma a,

¹² A esse respeito já foram indicados anteriormente (nota de rodapé 1) alguns dispositivos da CF/88 que tratam da segurança jurídica (artigo 5º, *caput*, incisos, II, XXXVI, XXXIX, XL).

¹³ “A velocidade das mudanças, não só econômicas, tecnológicas e políticas, mas também jurídicas, e a obsessão pragmática e funcionalizadora, que também contamina a interpretação do Direito, não raro encaram pessoas, seus sonhos, seus projetos e suas legítimas expectativas como miudezas a serem descartadas, para que seja possível avançar (para onde?) mais rapidamente. Desse modo, o debate acerca da segurança jurídica, especialmente no que diz respeito aos efeitos da lei nova sobre a realidade existente quando de sua entrada em vigor, vem - sem ironia - se perpetuando no tempo”.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Tomo III - 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 135.

¹⁴ SILVA, José Afonso da. Constituição e segurança jurídica. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 17-26.

respectivamente, proteger a pessoa “contra-ataques criminosos de outros indivíduos privados” e “contra as arbitrariedades de agentes públicos”.

Feitas essas considerações introdutórias sobre o conceito de segurança jurídica, passe-se à análise de outros aspectos relevantes à compreensão do tema, como, por exemplo, a segurança jurídica como elemento estruturante do Estado Democrático de Direito; a relação com a boa-fé e a proteção da confiança; as dimensões estática e dinâmica, com uma abordagem do princípio no âmbito normativo-legislativo e no judicial; e o modelo de controle a partir do desenho estabelecido pela CF/88.

2.1.1 Segurança jurídica como elemento estruturante do Estado Democrático de Direito

A constituição de um Estado Democrático de Direito no Brasil pautado, entre outros fundamentos, pela segurança jurídica, está prevista no artigo 1º da CF/88. Entretanto, a concepção contemporânea de um Estado Democrático de Direito passa, anteriormente, pela ideia do próprio Estado de direito em contraposição aos governos absolutistas que comandavam as nações existentes na idade moderna.

Na formulação originária, manifestada em meados do século XIX por estudiosos alemães como Robert Von Mohl, Friedrich Julius Stahl, Otto Bahr, Carl Friedrich Gerber e Rudolf Von Gneist, a ideia de Estado de direito, diametralmente oposta ao Estado absolutista, “visava, na essência, à limitação do poder do Estado, pelo direito, como garantia aos indivíduos contra o arbítrio”¹⁵, tendo como características a submissão do Estado à lei em vigor; a divisão de poderes; a garantia de direitos individuais; e princípios basilares como a legalidade, a igualdade e a juridicidade.

O foco na imposição de limites ao poder estatal, privilegiando as liberdades e garantias individuais - o chamado Estado liberal -, decorrente em boa parte do legado negativo deixado pelos estados absolutistas, acabou por tornar o modelo de Estado de direito exacerbadamente formalista e engessado, além de perpetuar as diferenças sociais e o empobrecimento da massa trabalhadora.

Nessa toada, o chamado Estado de direito passou a observar regras de competência e de forma sem muita preocupação com a ideia de justiça dos atos do Poder Público, o que legitimou ataques à democracia dentro do próprio berço da concepção de Estado de direito, a Alemanha, com a ascensão do regime nazista em meados do século XX, por exemplo¹⁶.

¹⁵ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 115-116.

¹⁶ *Ibidem*, p. 116.

Após as grandes guerras mundiais, a visão de Estado de direito - até então em uma perspectiva liberal - evoluiu para a ideia de um Estado social, mais precipuamente em uma concepção material, com a afirmação, no século XX, dos chamados direitos sociais. A expressão *Estado social* apareceu pela primeira vez na Lei Fundamental de Bonn (Alemanha) em 1949¹⁷.

O Estado social material, como “consequência do clamor das massas e dos desafios econômicos”, se apresentou como uma forma de “superar o neutralismo e o formalismo do Estado Liberal”, contudo, sem necessariamente abandonar as conquistas daquele período histórico, atuando no sentido de “articular os direitos e liberdades individuais com os direitos sociais”, bem como a segurança jurídica com a segurança social¹⁸.

Embora tenha representado relevante progresso na teoria do Estado de direito, como uma forma de busca de segurança nas relações, da perspectiva social, o Estado de direito evoluiu para uma concepção de democracia, inaugurando o chamado Estado Democrático de Direito, conceito retirado da Constituição Portuguesa de 1976¹⁹.

O Estado Democrático de Direito - que não pode ser considerado simplesmente uma junção das dimensões anteriores - é peculiar na medida em que precisa superar a contradição do Estado contemporâneo, que precisa equilibrar a liberdade individual com a prestação de serviço pelo Estado²⁰.

Contemporaneamente, a ideia de Estado de direito “revela um parâmetro de estruturas estatais em que o poder público é definido, limitado, controlado por uma constituição e por direitos fundamentais, com leis formal e materialmente compatíveis com os objetivos de proteção da liberdade, justiça e segurança”²¹.

¹⁷ Ibidem, p. 122.

¹⁸ A contradição do Estado contemporâneo está no dilema: “ou preserva a todo o custo a liberdade dos indivíduos ou, em alguns casos, cresce desproporcionalmente ao concentrar os poderes necessários para realizar a tarefa de distribuição das prestações materiais necessárias à vida digna do indivíduo”.

MORAES, Ricardo Quartim de. A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente. **Revista de informação legislativa**. v. 51, n. 204, p. 269-285, out./dez. 2014, p. 275-277.

¹⁹ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 121.

²⁰ MORAES, Ricardo Quartim de. A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente. **Revista de informação legislativa**. v. 51, n. 204, p. 269-285, out./dez. 2014, p. 279.

²¹ CABRAL, Antonio do Passo. **Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo**: introdução ao artigo 23 da LINDB. 2. ed, rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 35.

Na visão de José Joaquim Gomes Canotilho²², o Estado de direito encontra expressão jurídico-constitucional “num complexo de *princípios e regras* dispersos pelo texto constitucional”. Esse conjunto concretiza o que o autor chama de *ideia nuclear* do Estado de direito - “sujeição do poder a princípios e regras jurídicas”, o que garante às pessoas liberdade, igualdade perante à lei e segurança.

O jurista português vai além da ideia de Estado Democrático de Direito para um Estado Constitucional Democrático de Direito: “Estado constitucional só é constitucional se for democrático”. Para José Joaquim Gomes Canotilho, Estado de direito só o é se for democrático, havendo uma “democracia de Estado de direito e um Estado de direito de democracia”²³.

Na mesma linha, José Sérgio da Silva Cristóvam²⁴ observa que o Estado constitucional de direito é caracterizado pela supremacia da Constituição e pelo caráter vinculante dos direitos fundamentais. Dessa forma, o Estado constitucional de direito é resultado da “relação íntima e indissociável entre o Estado Democrático de Direito e o Estado social (direitos sociais)”, cuja centralidade está focada na pessoa humana.

A partir dessa breve exposição da evolução da ideia de Estado de direito, passando pelas vertentes liberal, social e democrático-constitucional, a segurança jurídica deve ser analisada como elemento estruturante do Estado Democrático de Direito.

Marilda de Paula Silveira²⁵ faz um interessante apanhado de como o ideal de segurança jurídica se manteve presente nos diferentes períodos do Estado de Direito: “esse pressuposto da segurança como requisito indispensável ao exercício da liberdade fundamentou o Estado de Direito desde as suas origens”.

No modelo liberal, a garantia da liberdade estava diretamente relacionada às limitações legais e à “segurança de que as normas seriam aplicadas aos seus destinatários, entre os quais o próprio Estado”²⁶. Impende observar que a noção de segurança está, ao lado da liberdade,

²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. 20 reimp. Coimbra/Portugal: Edições Almedina, 2017, p. 230-231.

²³ “A articulação das dimensões de Estado de direito e de Estado democrático no moderno Estado constitucional democrático de direito permite-nos concluir que, no fundo, a proclamada tensão entre ‘constitucionalistas’ e ‘democratas’, entre Estado de direito e democracia, é um dos ‘mitos’ do pensamento político moderno. Saber se o ‘governo de leis’ é melhor que o ‘governo de homens’ ou vice-versa é, pois, uma questão mal posta: o governo dos homens é sempre um governo sob leis e através de leis. É, basicamente, um governo de homens segundo a lei constitucional, ela própria imperativamente informada pelos princípios jurídicos radicados na consciência jurídica geral nacional e internacional.

Ibidem, p. 231.

²⁴ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Administração Pública democrática e supremacia do interesse público: novo regimento jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 76-77.

²⁵ SILVEIRA, Marilda de Paula. **Segurança jurídica, regulação, ato: mudança, transição e motivação**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 27.

²⁶ Ibidem.

propriedade e resistência à opressão, expressamente prevista no artigo 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789²⁷, documento ápice do nascimento do Estado de direito liberal, a partir da Revolução Francesa.

Quando o Estado mínimo perdeu espaço para o Estado social, fazendo com que a Administração Pública tivesse que manter as liberdades e garantias individuais ao mesmo tempo em que resguardasse a promessa de concretização dos direitos e das proteções sociais, a segurança jurídica novamente se apresentou como fundamento indispensável do Estado de direito, em uma perspectiva de ressaltar a dignidade da pessoa humana, de limitar o poder estatal e de aperfeiçoar a representatividade popular²⁸.

Com o surgimento de um novo modelo de Estado de Direito com a finalidade de concretizar a “democratização econômica e social” - o Estado Democrático de Direito - a necessidade de segurança jurídica foi exatamente uma das razões que justificaram a reformulação da ideia de Estado.

Sendo assim, inegável a presença do ideal de segurança jurídica ao longo de todo o processo de formação dos diferentes modelos de Estado de direito. “O que se altera são as demandas e a extensão que o momento histórico e o modelo constitucional asseguram a essa garantia [a da segurança jurídica]”²⁹.

A autora conclui o raciocínio com a constatação de que, “em todas as mudanças de paradigma suportadas pelo Estado de Direito, é possível identificar uma crise de legitimidade, que acaba por levar ao descrédito o modelo que não conseguiu alcançar resultados eficientes nos objetivos que lhe são impostos”. Sendo assim, para o pleno funcionamento do Estado Democrático de Direito, é imprescindível que os cidadãos entendam que o sistema é legítimo, sendo a segurança jurídica, “desdobrada na confiança que os cidadãos depositam nas instituições estatais”, um dos fatores que garantem a legitimidade do sistema³⁰.

Como já dito anteriormente, a segurança jurídica está alicerçada nos ideais de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade do Direito, de modo que o oposto - a

²⁷ Artigo 2º- O fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses Direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789**. Disponível em:

<<https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao>>. Acesso em: 24 jun. 2022.

²⁸ SILVEIRA, Marilda de Paula. **Segurança jurídica, regulação, ato: mudança, transição e motivação**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 28.

²⁹ Ibidem.

³⁰ Ibidem.

insegurança jurídica - constitui elemento de desestruturação e instabilidade do Estado democrático.

Complexidade, obscuridade, incerteza, indeterminação, instabilidade e descontinuidade são algumas das expressões utilizadas por Humberto Ávila para ilustrar a insegurança. Conforme o autor “hoje, o nível de insegurança jurídica assumiu um grau nunca antes alcançado”, podendo-se apontar causas de natureza social e causas de natureza jurídica para explicar esse cenário³¹.

A complexidade das relações sociais e jurídicas construídas na sociedade atual fazem com que a busca da segurança jurídica seja tarefa contínua, como forma precípua de consolidar as bases do Estado Democrático de Direito³².

Nesse contexto de complexidade e, por vezes, de instabilidade, não se duvida que a segurança jurídica tenha assumido um papel de destaque não apenas no Brasil, mas em todas as nações. O instituto não ostenta tão somente a condição de “elemento estruturante do Estado de Direito”, mas uma própria “condição de justiça e de existência” do regime democrático e também “status de direito fundamental da pessoa humana e da ordem jurídica estatal”³³.

³¹ “As causas sociais dizem respeito às características da sociedade atual. Vive-se, no nosso tempo, em uma sociedade plural, também denominada de sociedade de risco, sociedade global ou sociedade da informação. Esse tipo de sociedade qualifica-se, em primeiro lugar, pela existência de uma enorme quantidade de informações. [...] Esse material informativo, embora possibilite uma maior compreensão do mundo, paradoxalmente contribui para o aumento da incerteza: quanto maior é a quantidade de informação, tanto maior é a possibilidade de se prever o futuro; contudo, quanto maior é a quantidade de informação, tanto maior também é aquilo que precisa ser previamente considerado e avaliado. [...] Esse tipo de sociedade caracteriza-se, em segundo lugar, pela existência de uma enorme diversidade de interesses. Cada indivíduo busca resguardar os seus interesses nas normas jurídicas. [...] Os mencionados interesses, ainda por cima, nem sempre são coincidentes. Eles são, em vez disso, muitas vezes colidentes, cabendo ao Estado coordená-los por meio da edição de novas normas. Tais normas tornam-se, assim, não apenas mais numerosas como também quantitativa e qualitativamente mais complexas...”.
ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 55-57.

³²A legislação brasileira, no âmbito processual, tem instituído instrumentos que visam proporcionar maior segurança jurídica aos jurisdicionados, os quais deverão ser observados pelos juízes e tribunais, conforme expressamente consignado no CPC/2015, em seu artigo 927:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em nov. 2022.

³³ “Não obstante estar associada na maioria das vezes à própria ideia de direito – independentemente de sua posituação em determinado ordenamento jurídico –, o fato é que, no atual contexto histórico, chamado de pós-modernidade por muitos, de alta complexidade social, econômica e do sistema jurídico como um todo, em que preponderam generalizada desconfiança e descrédito em relação à normatividade posta, teóricos e doutrina especializada convergem quanto à necessidade de se privilegiar a previsibilidade e confiança nas relações Estadocidadãos, possibilitando um ambiente seguro e estável do ponto de vista jurídico e social”. MOSIMANN, Ítalo

A complexidade das relações contemporâneas “se reduz quando é possível calcular os efeitos de determinada forma de agir”; em contrapartida, um cenário de imprevisibilidade tende a priorizar um comportamento inerte, pois “a possibilidade de que ocorram efeitos imprevistos paralisa os agentes”³⁴. Dessa forma, é papel do Direito buscar a calculabilidade das condutas.

Conforme Ricardo Alexandre da Silva, o direito previsível faz alusão “não apenas à possibilidade de prever o resultado de uma demanda ou os efeitos da incidência de determinada proposição normativa, mas também à capacidade dos cidadãos de orientarem suas vidas em conformidade com o Direito”, assegurando-se liberdade e igualdade³⁵.

Na visão de Antonio do Passo Cabral, a segurança jurídica deriva justamente da cláusula do Estado de direito: “para que o ‘governo das leis’ possa ser estruturado, tem que haver segurança, e seria uma exigência do Estado de Direito que haja regras gerais, claras, conhecidas por todos, constantes no tempo e não incoerentes entre si”. Dessa forma, o Estado de direito - que protege o indivíduo da arbitrariedade - é decisivo para a própria determinação do conteúdo do princípio da segurança jurídica: “o Estado de Direito ou é seguro, ou não é Estado de Direito”, de modo que somente é atingido a partir de um “ordenamento inteligível, confiável e previsível”³⁶.

Para além disso, Humberto Ávila ressalta que a segurança jurídica e o Estado de Direito relacionam-se a partir de duas dimensões: formal e material. A dimensão formal se refere à separação dos Poderes, à hierarquização das normas e à proteção jurisdicional, enquanto a material protege um conjunto de direitos, visto que a segurança jurídica funciona como uma espécie de “direito-garantia”³⁷. Tal interpretação já reverberou no Supremo Tribunal Federal (STF)³⁸, que definiu a segurança jurídica como um “subprincípio do Estado de Direito”.

Augusto. **A segurança jurídica como elemento estruturante do estado de direito**. 2019. Disponível em: <<https://iasc.org.br/2019/01/a-seguranca-juridica-como-elemento-estruturante-do-estado-de-direito#:~:text=Tema%20dos%20mais%20debatidos%20na,os%20tribunais%20cumprem%20relevante%20fun%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 24 jun. 202).

³⁴ SILVA, Ricardo Alexandre da. **A nova dimensão da coisa julgada**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. p. 17-21.

³⁵ Idem, p. 21.

³⁶ CABRAL, Antonio do Passo. **Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo**: introdução ao artigo 23 da LINDB. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 33.

³⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 224-228.

³⁸ “Considera-se, hodiernamente, que o tema tem, entre nós, assento constitucional (princípio do Estado de Direito) e está disciplinado, parcialmente, no plano federal, na Lei n. 9.784, de 29.1.99 (v.g., artigo 2º). Como se vê, em verdade, a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria justiça material”. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. **MS n. 24.268**, Tribunal Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJ 17.9.2004, p. 183 do acórdão. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em 25 jun. 2022.

Desse modo, a segurança jurídica, como elemento estruturante do Estado de direito, deve operar como instituto garantidor de atos que não violem o ordenamento jurídico.

Assim, dentro da premissa de princípio norteador do Estado Democrático de Direito, a segurança jurídica funciona como obstáculo a qualquer tentativa de estabelecer um regime político que não esteja baseado em regras claras e objetivas, que se estabilizem no tempo e não sejam contraditórias.

Estabelecidas as premissas da segurança jurídica como elemento estruturante do Estado Democrático de Direito, passa-se, no próximo subitem deste capítulo, à análise do instituto tendo como vertentes a boa-fé e a proteção da confiança, as quais estão intimamente ligadas à ideia de segurança jurídica.

2.2 INTERLOCUÇÃO ENTRE A SEGURANÇA JURÍDICA, A BOA-FÉ E A PROTEÇÃO DA CONFIANÇA

Segurança jurídica, boa-fé e proteção da confiança são princípios que se correlacionam e estão interligados, porém não se confundem.

De pronto, cabe esclarecer que o conceito de princípio ora adotado é aquele delineado por Robert Alexy que, em sua consagrada obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, de 1985, deu luz às categorizações do conceito de norma e, para fins de compreensão hermenêutica, traçou a distinção fundamental entre princípio e regra.

Ao discorrer sobre a diferenciação, Alexy ensina que os “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” e, também são “mandamentos de otimização”, “caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”³⁹. Em apertada síntese, pode-se dizer que são enunciados que não carregam em si um conteúdo expresso ou um comando único de fazer ou não fazer, mas sim um valor que tomará forma, de novo, “dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”⁴⁰.

³⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2008. p. 90.

⁴⁰ *Ibidem*. p. 104.

Nas palavras de Sundfeld, “chamamos de princípios textos que somos levados a entender como normativos, mas cujo conteúdo, de tão escasso, não nos revela a norma que supostamente contém”⁴¹.

De modo complementar, Maria Sylvia Zanella Di Pietro invoca o conceito de José Cretella Junior para ensinar que princípios são “proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas subsequentes”⁴². Nessa linha, pode-se dizer que tudo que é construído no ordenamento se dá a partir desses elementos estruturantes.

No âmbito do direito administrativo, necessariamente desenvolvido na era dos estados democráticos, a autora ainda esclarece que os dois princípios primeiros foram o da legalidade e da supremacia do interesse público sobre o particular, dada a necessidade de estabelecer equilíbrio entre os direitos dos administrados e as prerrogativas da Administração⁴³.

Em alinhamento com o exposto, os princípios da segurança jurídica, da boa-fé e da proteção da confiança são dotados de alta carga de indeterminação, mas que comportam elementos gerais que orientam a atuação da Administração Pública. As particularidades de cada qual e suas conexões serão abordadas a seguir.

2.2.1 Segurança jurídica e boa-fé

Para apresentação inicial, conforme explica Almiro do Couto e Silva⁴⁴, a segurança jurídica é um conceito/princípio jurídico que se divide em duas dimensões: objetiva e subjetiva. A primeira, em resumo, é “aquela que envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do Estado até mesmo quando estes se qualifiquem como atos legislativos. Diz respeito, portanto, à proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada”. A segunda, por sua vez, “concerne à proteção à confiança das pessoas no pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação”.

Por sua vez, a boa-fé seria, nas palavras de Luís Roberto Barroso⁴⁵, “a versão jurídica do mandamento ético de respeito ao próximo, do qual se extrai o dever de tratar o outro

⁴¹ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros, 2012. p.63.

⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 218.

⁴³ Ibidem. p. 219.

⁴⁴ COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do artigo 54 da lei do processo administrativo da União (lei nº 9.784/99). **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 237: 271-315, Jul./Set. 2004, p. 272-273.

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Tomo IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 278-279.

com a mesma medida com que gostaria de ser tratado”. Ela se traduz em uma “atitude de lealdade e transparência, sem a intenção de lesar, locupletar-se ou obter vantagem indevida ou irrazoável” e configura uma obrigação dos órgãos públicos na medida em que não vulnerar a confiança legítima e agir com boa-fé são condutas inerentes ao Estado Democrático de Direito.

Dado o apanhado histórico colacionado no capítulo anterior, resta evidente a relação intrínseca existente entre a evolução do conceito de segurança jurídica e a própria formação do Estado moderno e do Estado Democrático de Direito, atualmente predominante, especialmente quando sopesada a importância da positivação de direitos e deveres.

Concomitante a esse processo, a boa-fé passa a ganhar maior relevância no âmbito das relações entre o Estado e o particular, ganhando nova feição, embora tradicionalmente tenha um relevo maior no campo do direito privado, em especial o das obrigações.

Historicamente, os primeiros registros de boa-fé são encontrados no âmbito do Direito Romano, cuja acepção primeira remetia à confiança, quando apresentada entre iguais, e à proteção, ou amparo, na relação entre desiguais⁴⁶.

Em apertada síntese, com brilhantismo particular, Judith Martins-Costa traça a genealogia da *fides*, demonstrando que, para além de um conceito jurídico, existia na sociedade romana uma vinculação ao modo de agir, podendo ser entendida também como uma “virtude cívica por excelência, qualidade geradora do respeito social e de boa reputação”⁴⁷.

Desde estes primórdios até a literatura atual, pode-se apontar que a boa-fé será sempre compreendida em múltiplas facetas, nunca com uma exatidão singular, mas cuja natureza de seu significado remete sempre à generalidade, à variação conforme o contexto, à multiplicidade de alocações e à mutabilidade no caso a caso.

Em Roma, a *bona fides* atuava em basicamente cinco “campos funcionais”⁴⁸: (i) critério de valoração da execução contratual e parâmetro da admissibilidade dessa mesma execução; (ii) cânone hermenêutico para a determinação do *id quod actum est*, encaminhando a conexão entre a interpretação segundo a boa-fé e a interpretação segundo a intenção das partes; (iii) regra de integração contratual, nas hipóteses de lacuna em relação a determinado aspecto do regulamento de interesses, então atuando funcionalmente para a configuração do comportamento exigível; (iv) regra de interpretação para solver cláusulas obscuras, ambíguas ou plurívocas; (v) cânone para harmonização entre os interesses dos contraentes e de terceiros,

⁴⁶MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018. p. 57.

⁴⁷ Ibidem, p. 79.

⁴⁸ Ibidem.

conduzindo – pela interpretação (segundo a boa-fé) do contrato, - à salvaguarda dos interesses de terceiros e daqueles envolvidos no contrato.

Por sua vez, conforme prossegue a autora, imersa no contexto do *ethos* cavalheiresco, a boa-fé no direito germânico passa a estar mais conectada à ideia de lealdade e crença. Isso porque, neste universo cultural, o compromisso é também de natureza ética, “estabelecida ao nível de comportamento coletivo, uma vez que a atitude cortês sempre implica uma reciprocidade de deveres”.⁴⁹

Com a ascensão do Direito Canônico, a perspectiva moral da boa-fé vai ao encontro do ideário cristão, vinculando-se à presença ou ausência de pecado. Cumpre resgatar que “a Igreja atribuía valor moral à promessa, ou ao consentimento, porque a *mentira é um pecado*, catalogado pelos teólogos ao lado dos pecados da língua”.⁵⁰

Na regência da vida privada, a boa-fé deste momento histórico encontrava função em duas áreas: na prescrição aquisitiva e na legitimação dos *nuda pacta* (respectivamente, tutela da usucapião e contratos consensuais). Sendo assim, “agir em boa-fé, no âmbito obrigacional, significa, pois, respeitar fielmente o pactuado, cumprir punctualmente a palavra dada, sob pena de agir em má-fé (*rectius*, em pecado)”⁵¹.

É interessante notar que o instituto da boa-fé possui sempre uma faceta ética, bem como dialoga diretamente com as condições político-sociais do período em que se analise, carregando em si os marcos mais simbólicos das doutrinas dominantes.

Isto posto, com a formação do Estado Moderno, a corrente jusracionalista se encarrega de imprimir suas próprias modificações, tendo em vistas o claro objetivo de preparar um “caminho para uma construção sistemática autônoma e acessível pela razão”.⁵²

Esse movimento é fundamental para o surgimento da dimensão subjetiva nos elementos do direito, pois “a noção de Direito subjetivo só poderia ser elaborada quando a de indivíduo pudesse ser formulada”. Assim, pelos ensinamentos de Puffendorf, tem-se que a boa-fé passa a estar associada com o fenômeno da equidade, especialmente para fins de exercer a função corretora do equilíbrio contratual.⁵³

⁴⁹ Ibidem, p. 87

⁵⁰ Ibidem, p. 92

⁵¹ Ibidem, p. 93

⁵² Ibidem, p. 100

⁵³ Os impactos desta doutrina se revelam na formação do Código Civil Francês, cuja obra de Robert-Joseph Pothier demonstra, conforme interpretação Judith Martins-Costa:

“Assim, embora tenha havido consentimento, há vício porque no foro íntimo, deve-se ter como contrário à esta boa-fé tudo o que se distancia, ainda que pouco seja, da sinceridade a mais exata e a mais escrupulosa; a mínima dissimulação acerca do que concerne à coisa que é objeto do mercado, e que a parte, com a qual eu contrato,

Permanece em vista que a dimensão da boa-fé objetiva se encontra vinculada ao cumprimento da lei e, neste momento, começam a aparecer os primeiros contornos da já mencionada vinculação entre boa-fé e segurança jurídica.

Em compasso com a linha cronológica, a formação dos sistemas jurídicos latino americanos foi diretamente afetada pela doutrina francesa, desdobrando o conceito de boa-fé subjetiva em três acepções: (i) boa-fé estado de ignorância, isto é, ignorância acerca de se estar em incorrer em erro ou em violação de direito alheio, como na usucapião; (ii) boa-fé crença legítima, como nas hipóteses tuteladas pela Teoria da Aparência; e (iii) a boa-fé como antítese da má-fé, pois traduz a boa-fé na linguagem jurídica em significado muito próximo da acepção leiga, na qual má-fé é a consciência da irregularidade praticada. Em seu turno, a boa-fé objetiva – quando identificada e discernida da boa-fé subjetiva – é definida por duas acepções: (i) *standard* comportamental, (ii) um princípio geral, que em alguns direitos é expresso, em outros é implícito.⁵⁴

Alcançando os dias presentes, no Brasil, tem-se que o instituto pode ser entendido igualmente de três modos: (i) boa-fé como um instituto jurídico, isto é, dela decorrem várias e distintas figuras e manifestações bem como distintas funções; (ii) a expressão boa-fé com de alto grau de vagueza semântica, o que exige critérios para sua concretização; e (iii) boa-fé como uma cláusula geral, só atuando na ordem prática quando uma voz juridicamente autorizada atribuir-lhe determinada eficácia.⁵⁵

A categorização em objetiva e subjetiva também vige, sendo a primeira mais afeita ao “direcionamento de comportamento”, vinculando-se às ideias de probidade, honestidade e lealdade; ao passo que na segunda, há “um estado de fato”, ou ainda “o sentido de uma condição psicológica denotando uma situação fática habitualmente concretizada no convencimento no próprio direito, ou na ignorância de se estar lesando direito alheio ou, ainda, numa crença errônea, mas justificável”⁵⁶.

No bojo do Estado Democrático de Direito, nos moldes já relatados no capítulo antecedente, na esteira do positivismo herdado e na importância dada à proteção do indivíduo,

teria interesse em saber, é contrária a esta boa-fé porque, na medida em que nos é ordenado amar ao nosso próximo como a nós mesmos, não nos pode ser permitido de lhe esconder nada do que nós não gostaríamos que ele nos escondesse, se nós estivéssemos em seu lugar.

Assim, se o dolo não produz propriamente nulidade (uma vez que, de qualquer forma, o consentimento foi expresso), produz, no entanto, o direito a rescindir o contrato, porque o consentimento dado em razão de um artifício enganoso constitui um pecado contra a boa-fé. Esta deve reinar nos contratos, porque nos é ordenado – pelo Direito Natural – amar ao próximo como a nós mesmos, e é por este mandamento que não podemos nada esconder do contratante, ou não o enganar artificialmente”. Ibidem. p. 110-113.

⁵⁴ Ibidem. p.121.

⁵⁵ Ibidem, p. 277.

⁵⁶ Ibidem.

para além da conduta do particular nos negócios privados, exige-se que o modo de atuar da Administração Pública seja compatível com os postulados dos princípios constitucionais moralidade, impessoalidade, da segurança jurídica e, em relação indissociável a esta última, da boa-fé.

Pela definição dada por Couto e Silva⁵⁷ como a necessidade de que, nas relações jurídicas, “as partes nelas envolvidas devem proceder corretamente, com lealdade e lisura, em conformidade com o que se comprometeram e com a palavra empenhada”, a boa-fé acaba por dar conteúdo ao princípio da segurança jurídica, na medida em que se percebe uma certa previsibilidade da ação estatal, que leva a uma coerência na conduta dos entes públicos.

Ainda para Judith Martins-Costa, a “boa-fé atua como norma asseguradora da manutenção de situações consolidadas, desde que geradoras de expectativas legítimas para os administrados em geral e aos contribuintes, considerando-se, por vezes, a boa-fé um subprincípio da moralidade administrativa”⁵⁸. Essa interpretação não se confunde propriamente com a segurança jurídica, mas se influenciam mutuamente, quando diz respeito às ações da Administração.

Neste mesmo sentido, para José Sérgio da Silva Cristóvam⁵⁹, o princípio da boa-fé assumiu destaque como princípio constitucional implícito na nova concepção do regime jurídico-administrativo. Dessa forma, no âmbito do Direito Administrativo, a boa-fé encontra “*status* constitucional a partir da dimensão objetiva do próprio princípio da moralidade administrativa”, previsto no artigo 37, *caput*, da CF/88.

O princípio da boa-fé tem aplicabilidade nas relações específicas e de efeitos concretos e pode ser invocado tanto pelo Estado quanto pelo particular, na medida em que obriga a cooperação entre as partes, que devem efetivamente considerar os interesses uma da

⁵⁷ COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do artigo 54 da lei do processo administrativo da União (lei nº 9.784/99). **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 237: 271-315, Jul./Set. 2004. p. 273.

⁵⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018. p. 333.

⁵⁹ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Administração Pública democrática e supremacia do interesse público: novo regimento jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 272-273.

outra, evitando comportamentos desleais e contraditórios⁶⁰. Na concepção de Judith Martins-Costa, diz-se que há boa-fé em duas vias, portanto.⁶¹

Pincelando o tema central do presente estudo, conforme será aprofundado oportunamente, toda mudança procedida no ordenamento deve considerar, portanto, as dinâmicas já estabelecidas e sopesar a conduta esperada, conforme lastreada na boa-fé. Isto posto, a modificação de entendimento jurisprudencial, no caso específico, do Tribunal de Contas, visando agir diligentemente, com plena ciência do dever de proteção e confiança já estabelecidos, deve resguardar as situações jurídicas firmadas e prever um caminho de transição até a solidificação de nova posição, sob pena da quebra da boa-fé para com os administrados.

2.2.2 Segurança jurídica e proteção da confiança

A proteção da confiança, a seu turno, que nasceu por construção jurisprudencial na Alemanha, pode ser compreendida como a face subjetiva do princípio da segurança jurídica, uma vez que determina ao Estado que atue com limites na modificação das próprias condutas e dos atos que produziram efeitos aos destinatários, ainda que tenham sido posteriormente considerados ilegais, uma vez que a sociedade em geral agiu a partir da crença de se tratarem de atos legítimos, supondo que seriam devidamente mantidos pelo Poder Público⁶².

Essa faceta subjetiva da segurança que se traduz em sentimento de confiança pode ser, inclusive, examinada sob diferentes vieses, como, por exemplo, o da Psicologia (relações de confiança entre as pessoas), da Economia (confiança na condição de princípio organizacional e de trocas), da Sociologia (confiança como valor social e antecipador de comportamentos), da Filosofia (confiança como fenômeno espiritual ou moral) e da Política (confiança dos cidadãos nos sistemas de governo).

Dessa forma, para que a confiança se desdobre como uma espécie de subprincípio da segurança jurídica, é preciso que se compreenda este último instituto como aquilo que

⁶⁰ ARAÚJO, Valter Shuenquener. **O princípio da proteção da confiança**: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado. 2. ed., rev. e atual. Niterói: Impetus, 2016, p. 36.

⁶¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018. p. 339.

⁶² COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do artigo 54 da lei do processo administrativo da União (lei nº 9.784/99). **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 237: 271-315, Jul./Set. 2004, p. 274.

“ultrapassa a dimensão psicológica individual para adentrar a dimensão axiológica social, mas não meramente comportamental”⁶³.

José Joaquim Gomes Canotilho⁶⁴ também ensina que a proteção da confiança e a segurança jurídica andam estreitamente associadas, sendo ambas exigíveis perante qualquer ato emanado pelo aparato estatal, seja do Poder Executivo, do Legislativo ou do Judiciário.

Ao contrário do princípio da boa-fé, que tem aplicabilidade nas relações jurídicas de efeitos concretos, o princípio da proteção da confiança se dá tanto nas relações concretas quanto nas de cunho abstrato. Enquanto a boa-fé pode ser invocada igualmente pelo Estado e pelo particular na análise do caso concreto, a proteção da confiança opera em um único sentido: a favor do particular⁶⁵.

A proteção da confiança ou das expectativas legítimas, assim como a boa-fé, é um princípio que se dirige, na visão de Luís Roberto Barroso⁶⁶, primariamente à Administração Pública e ao Poder Judiciário: “compete a tais órgãos aplicar o direito aos casos concretos e, nesse ofício, devem atuar com certa constância e previsibilidade, já que lhes cabe preservar a ordem jurídica existente e assegurar a isonomia perante a lei”.

A proteção da confiança pode ser compreendida como um instituto mais amplo que a preservação de direitos adquiridos, uma vez que também abarca direitos ainda não adquiridos, mas que estão em vias de se perfectibilizarem, motivo pelo qual devem ser também protegidos⁶⁷.

Conforme explica Antonio do Passo Cabral⁶⁸, o princípio da confiança ganhou espaço, ao lado da coisa julgada e das preclusões, que já eram tradicionalmente formas de estabilidade processuais, de forma a fazer parte de uma “constelação de técnicas” relacionadas à segurança jurídica.

⁶³ “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 seu objeto ou como seu instrumento”.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 122.

⁶⁴ “A segurança e a proteção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos de poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. 20 reimp. Coimbra/Portugal: Edições Almedina, 2017, p. 257.

⁶⁵ ARAÚJO, Valter Shuenquener. **O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado**. 2. ed., rev. e atual. Niterói: Impetus, 2016, p. 36.

⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Tomo IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 279-280.

⁶⁷ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 322.

⁶⁸ CABRAL, Antonio do Passo. **Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo: introdução ao artigo 23 da LINDB**. 2. ed, rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 27-29.

Apenas para fins de rememorar, enquanto a coisa julgada - mais associada ao processo judicial, mas que também pode ser estendida aos atos administrativos - é entendida, de forma geral, como a imutabilidade ou a indiscutibilidade da decisão de mérito quando não são mais cabíveis recursos, a preclusão - a qual pode ser temporal, consumativa ou lógica, é a perda de uma faculdade processual, o que pode impossibilitar a prática subsequente de determinado ato processual, tendo eficácia limitada pela litispendência⁶⁹.

Ao lado dessas duas técnicas - coisa julgada e preclusões - o Direito Administrativo experimentou novos institutos, como a proteção da confiança, que “atua para limitar a retroação de leis contra os indivíduos, ou para restringir a anulação de atos da administração favoráveis aos administrados, que criam expectativas consolidadas de uma conduta por parte do Estado”⁷⁰, devendo ser aplicado nas circunstâncias em que se demonstre que o agente autuou confiando na expectativa criada.

Ainda nessa mesma linha, Cabral⁷¹ observa que, além da boa-fé e da proteção da confiança, a segurança jurídica passa a ser aplicada dentro de um quadro que inclui o princípio da continuidade. A proteção da confiança ocupa, então, um lugar muito próximo da continuidade jurídica, visto que ambas - confiança e continuidade – são elementares para que as relações humanas sejam duradouras.

Embora estejam interrelacionados no tocante ao aspecto temporal, não se descuida do fato de que há sensíveis distinções entre os mencionadas princípios⁷². A primeira delas se refere à aplicabilidade. Enquanto a continuidade jurídica serve igualmente aos interesses individuais e públicos, a proteção da confiança tem lugar apenas nas relações diretas entre Estado e indivíduo, funcionando como um mecanismo de direito de defesa do particular em face do aparato estatal.

⁶⁹ No âmbito do REExt n. 730462 (Tema 733 - relativização da coisa julgada fundada em norma posteriormente declarada inconstitucional, após o prazo da ação rescisória) o STF assentou a tese no sentido de que a reforma ou rescisão de decisão anterior baseada em entendimento diferente da declaração de inconstitucionalidade da norma depende da interposição de recurso ou de propositura de ação rescisória. Eis o ponto essencial: [...] 4. Afirma-se, portanto, como tese de repercussão geral que a decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo não produz a automática reforma ou rescisão das sentenças anteriores que tenham adotado entendimento diferente; para que tal ocorra, será indispensável a interposição do recurso próprio ou, se for o caso, a propositura da ação rescisória própria, nos termos do art. 485, V, do CPC, observado o respectivo prazo decadencial (CPC, art. 495). Ressalva-se desse entendimento, quanto à indispensabilidade da ação rescisória, a questão relacionada à execução de efeitos futuros da sentença proferida em caso concreto sobre relações jurídicas de trato continuado. [...].
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 7430.462**, São Paulo. Julgado em 28/05/2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur318554/false>. Acesso em: nov./2022.

⁷⁰ CABRAL, Antonio do Passo. **Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo**: introdução ao artigo 23 da LINDB. 2. ed, rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 26-27.

⁷¹ Ibidem, p. 55-58.

⁷² Refere-se aqui aos princípios da segurança jurídica, boa fé e proteção da confiança.

No que concerne aos efeitos, a proteção da confiança cria obstáculos às mudanças e tende a assegurar a permanência de posições jurídicas; já a continuidade “canaliza a força normativa da estrutura sistêmica, jogando a favor do ordenamento jurídico sem, contudo, impedir totalmente alterações”⁷³, fomentando, em caso de mudança, uma transição suave com vistas a um afastamento gradual da posição estável.

Como se percebe, embora cada princípio possa ser conceituado distintamente, há forte correlação entre segurança, boa-fé e proteção da confiança, na medida em que devem caminhar juntas na análise dos atos públicos, sejam jurisdicionais ou administrativos.

Conforme ensina José Sérgio da Silva Cristóvam⁷⁴, uma das maiores demonstrações de densificação legislativa da segurança jurídica, boa-fé e proteção da confiança encontra-se na Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

A referida lei conjuga como deveres da Administração Pública a obediência aos princípios da segurança jurídica (*caput* do artigo 2º); atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé (inciso IV do parágrafo único do artigo 2º); interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada a aplicação retroativa de nova interpretação (inciso XIII do parágrafo único do artigo 2º); e decadência administrativa para anulação de atos ilegais com efeitos favoráveis aos destinatários (*caput* do artigo 54)⁷⁵.

Segurança jurídica, proteção da confiança e boa-fé (esta última mais detidamente verificada na relação concreta entre Estado e particular) são elementos destinados à manutenção do *status quo*, de forma a evitar surpresas desagradáveis e indesejadas em razão de modificações na norma ou na conduta estatal. Entretanto, guardam uma posição de tensão em

⁷³ *Ibidem*, p. 56-57.

⁷⁴ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Administração Pública democrática e supremacia do interesse público**: novo regimento jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes. Curitiba: Juruá, 2015, p. 273.

⁷⁵ “O artigo 54, *caput*, da Lei Federal 9.784/99 representa um excelente exemplo de densificação ponderativa legislativa, no sentido de que, antevendo a enorme e recorrente possibilidade de colisões in concreto entre os princípios da legalidade administrativa e da autotutela da Administração Pública, de um lado, e os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança legítima dos cidadãos e da boa-fé administrativa, de outro, a partir da clara ponderação favorável ao princípio estruturante da dignidade humana, mas sem desconsiderar o princípio republicano, o legislador infraconstitucional estabeleceu o prazo decadencial de cinco anos para que o Poder Público possa rever seus atos e os efeitos deles decorrentes, se favoráveis aos destinatários”. CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Administração Pública democrática e supremacia do interesse público**: novo regimento jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes. Curitiba: Juruá, 2015, p. 274.

relação às “tendências que pressionam o Estado a adaptar-se a novas exigências da sociedade, de caráter econômico, social, cultural ou de qualquer outra ordem”⁷⁶.

Nesse jogo de forças, nessa luta entre o novo e o velho dentro do Estado, é preciso equilíbrio na busca do ideal de justiça material. E é justamente nesse cenário, de uma sociedade complexa, cujas relações são fluidas e se transformam em alta velocidade, é que a segurança jurídica deve ser compreendida atualmente a partir de duas dimensões - estática e dinâmica, as quais serão melhor trabalhadas no próximo subitem deste capítulo.

2.3 DIMENSÕES DA SEGURANÇA JURÍDICA E ÂMBITOS DE INCIDÊNCIA

Segurança jurídica - como já dito anteriormente, associada a um estado de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade do Direito - não deve ser vista tão somente como estado de permanência da situação posta. Talvez a definição mais adequada seja aquela que entende a segurança jurídica como movimento organizado e ordenado, como alteração planejada e adequadamente absorvida pelo destinatário da norma jurídica ou da atuação estatal.

Conforme ensina Antonio do Passo Cabral⁷⁷, a segurança jurídica foi tradicionalmente pensada como algo que olha para o passado, em um olhar retrospectivo, de imutabilidade e inalterabilidade, o que impedia a modificação de atos já praticados e dos efeitos dessas condutas. Entretanto, a sociedade contemporânea exige pensar a segurança jurídica a partir de um novo paradigma, que conecta a preocupação com o passado sem descuidar do futuro: “o sistema jurídico atual exige um formato dinâmico da segurança jurídica que permita margens de modificação da estabilidade dos atos jurídicos”.

Nesse sentido, é preciso compreender que a segurança jurídica assume duas dimensões: *estática* e *dinâmica*. De modo geral, com base especialmente na obra de Humberto Ávila, que se dedicou à teoria da segurança jurídica, a perspectiva estática está relacionada aos

⁷⁶ “É certo que o futuro não pode ser um perpétuo prisioneiro do passado, nem podem a segurança jurídica e a proteção à confiança se transformar em valores absolutos, capazes de petrificar a ordem jurídica, imobilizando o Estado e impedindo-o de realizar as mudanças que o interesse público estaria a reclamar. Mas, de outra parte, não é igualmente admissível que o Estado seja autorizado, em todas as circunstâncias, a adotar novas providências em contradição com as que foram por ele próprio impostas, surpreendendo os que acreditaram nos atos do Poder Público” (COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do artigo 54 da lei do processo administrativo da União (lei nº 9.784/99). **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 237: 271-315, Jul./Set. 2004, p. 276.

⁷⁷ CABRAL, Antonio do Passo. **Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo**: introdução ao artigo 23 da LINDB. 2. ed, rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 29-30.

requisitos estruturais, necessários para que o direito possa servir como instrumento de orientação, ou seja, à *cognoscibilidade*. Por sua vez, a dinâmica está ligada aos problemas de realização do direito, à ação no tempo e à transição no direito, ou seja, à *confiabilidade* e à *calculabilidade*⁷⁸.

A *dimensão estática* conecta-se ao conhecimento e à comunicação e busca responder a seguinte pergunta: “quais são os elementos necessários para que o cidadão possa, sem engano, livre e autonomamente, plasmar com dignidade o seu presente conforme o Direito?”⁷⁹.

O autor expõe dois requisitos para responder ao questionamento. O primeiro está relacionado ao fato de que o cidadão precisa ter *acesso* à norma jurídica a partir de circunstâncias que possibilitem aferir a existência e a vigência da disciplina em questão. O segundo requisito é a necessidade de que o cidadão consiga *compreender* exatamente o que a norma jurídica determina, proíbe ou permite. É por isso que as normas devem ser “acessíveis, claras e suficientemente determinadas”, bem como o Direito precisa ser seguro⁸⁰.

Humberto Ávila, então, divide a possibilidade de tomar consciência da norma jurídica em dois aspectos: a *cognoscibilidade material*, relacionada à segurança de existência e de vigência da disciplina jurídica, e a *cognoscibilidade intelectual*, atinente à segurança de conteúdo pela inteligibilidade normativa⁸¹.

A *cognoscibilidade material* se estrutura a partir da (i) *acessibilidade normativa*, (ii) da *abrangência normativa* e (iii) da *possibilidade de identificação da norma*. Quanto ao primeiro item, para que o indivíduo possa entender a norma, é preciso, em primeiro lugar, que tenha acesso a ela, uma vez que “as pessoas só podem ser guiadas por normas se elas sabem da sua existência”.

Nessa linha, a (i) *acessibilidade normativa* passa pela *publicação* da norma, condição necessária para que seja acessível; pela *intimação*, como exteriorização da necessidade de conhecer e de calcular os efeitos da realização de atos ou de fatos que sejam de interesse do jurisdicionado; e pela *vigência*, pois além de conhecer a norma, o indivíduo precisa ter clareza de a partir de quando essa norma deve ser respeitada.

A (ii) *abrangência normativa* compreende a *codificação*, pois permite o agrupamento de maneira lógica e em um único documento; a instituição de *normas gerais*, as quais garantem

⁷⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 317-364.

⁷⁹ Ibidem.

⁸⁰ Ibidem.

⁸¹ Ibidem.

segurança e estabilidade em um ambiente federativo e se destinam a garantir tanto a uniformidade (tratamento normativo unitário entre todos os entes federados) quanto a diversidade (garantia de tratamento normativo que respeite a autonomia federativa); e, por fim, a *pertinência*, pois a introdução em uma única lei de diferentes temas prejudica a inteligibilidade da norma pelo cidadão, sendo necessário que os dispositivos guardem pertinência entre si para facilitar a cognoscibilidade.

Quanto ao terceiro aspecto da cognoscibilidade material - *possibilidade de identificação normativa* – Humberto Ávila explica que, além de ter conhecimento da existência e da vigência da norma, o indivíduo precisa ter uma percepção da *norma aplicável* ao caso concreto, tarefa complexa diante do vasto conjunto legislativo existente no ordenamento jurídico e que, por vezes, causa até mesmo contradição. É necessário ainda conhecer o *valor da norma aplicável*, ou seja, ter clareza sobre as consequências abstratas e gerais acerca do descumprimento das normas legais.

Passando à noção de *cognoscibilidade intelectual*, o autor aborda a (i) *inteligibilidade pela clareza normativa* e a (ii) *inteligibilidade pela determinabilidade normativa*. No tocante à primeira, Humberto Ávila observa que a *clareza normativa* é o ponto de equilíbrio: tanto informação demais, quanto informação de menos são prejudiciais ao balizamento do comportamento. Dessa forma, a clareza que leva à inteligibilidade da norma somente pode ser obtida por meio da dose certa de informação.

Em relação à segunda - *inteligibilidade pela determinabilidade normativa*, o autor parte de uma perspectiva *da norma* e também *do ordenamento*. Quanto à *norma*, é preciso que haja *clareza linguística*, no sentido de precisão, como inclusive prescrito na própria Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998⁸². Essa noção de precisão enquanto clareza linguística, assim como a clareza normativa, depende de equilíbrio: precisão demais conduz à complexidade e precisão de menos impede que o Direito exerça função de orientação. Ainda quanto à *norma*, é necessária *determinabilidade de conteúdo*, uma espécie de “densidade suficiente” para que as normas possam ser cumpridas pelos destinatários e possam ser aplicadas pelos operadores jurídicos.

⁸² Artigo 11. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas:

I - para a obtenção de clareza:

[...]

II - para a obtenção de precisão:

[...]. BRASIL. Presidência da República. **Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do artigo 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm. Acesso em 28 jun. 2022.

Por fim, quanto ao *ordenamento*, é imperiosa a *coerência* (ou consistência material) e a *consistência* (ou coerência formal). A coerência do ponto de vista estático é, nas palavras do autor, “a relação gradual de suporte que determinada alternativa obtém do conjunto do ordenamento jurídico”, enquanto a consistência “significa a exigência de não-contradição entre as normas, tanto na fase da sua edição pelo Poder Legislativo, quanto na fase da sua aplicação”.

Feitas essas considerações acerca da dimensão estática da segurança jurídica com base na obra de Humberto Ávila⁸³, passa-se à análise da dimensão dinâmica. Enquanto na primeira a pergunta central estava relacionada aos elementos necessários para que o cidadão possa tomar decisões no presente com base na norma jurídica vigente (cognoscibilidade), o questionamento a ser respondido no tocante à dimensão dinâmica da segurança jurídica é: “quais são os elementos necessários para que o cidadão possa, sem frustração nem surpresa, livre e autonomamente, assegurar os efeitos jurídicos da liberdade exercida no passado e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro?” (confiabilidade e calculabilidade).

A resposta a essa pergunta, na visão do autor, demanda uma reflexão sobre as condições de realização do Direito: “o cidadão precisa ter condições de saber se a liberdade juridicamente exercida ontem será respeitada hoje, e se a liberdade hoje exercida será respeitada amanhã”⁸⁴.

Enquanto a dimensão estática da segurança jurídica está relacionada à cognoscibilidade, a dimensão dinâmica passa pelas noções de (i) *confiabilidade* e de (ii) *calculabilidade* da norma. Confiabilidade enquanto algo normalmente associado à ideia de proibição (não absoluta!) de mudança e calculabilidade atrelada à concepção de suavidade ou de constância da mudança.

A (i) *confiabilidade normativa* tem relação com as noções de *estabilidade* e *eficácia* das normas jurídicas. A *estabilidade*, por sua vez, assume uma dimensão *objetiva* e uma dimensão *subjetiva*. A objetiva rege-se pela (i) *permanência do ordenamento jurídico*, ou seja, pela manutenção de conteúdos (como, por exemplo, os conteúdos constitucionais que não podem sofrer alteração em razão das cláusulas pétreas previstas na CF/88) e pela manutenção das próprias normas, em uma ideia de durabilidade do ordenamento, que deve ser minimamente

⁸³ ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 364.

⁸⁴ *Ibidem*.

estável, vez que a modificação contínua da legislação impede o próprio planejamento do particular, ferindo a segurança jurídica.

A dimensão objetiva orienta-se ainda pela ideia de (ii) *intangibilidade de situações individuais por razões objetivas*, isto é, a impossibilidade de modificação da situação fática individual já consolidada, o que pode ocorrer pelo *transcurso de tempo* (decadência e prescrição), pela própria *consolidação jurídica da situação do particular* (ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada; ou, no âmbito tributário, o fato gerador já ocorrido), pela *consolidação fática da situação do particular* (o que o Supremo Tribunal Federal já denominou de situação consolidada pela “força normativa dos fatos”) e pela *ausência de prejuízo* (cujos efeitos, em que pese possam ser considerados ilegais ou inconstitucionais, são mantidos diante da ausência de prejuízo em nome da permanência e da durabilidade do Direito)⁸⁵.

Por outro lado, a dimensão subjetiva da estabilidade das normas jurídicas, dentro da ideia de confiabilidade normativa, está relacionada à *proteção da confiança*, justamente a face subjetiva da segurança jurídica e que funciona como instrumento de defesa do particular em relação ao comportamento estatal. A proteção da confiança orienta-se por alguns requisitos de aplicação e deve ser garantida por todos os Poderes: o Legislativo (quando da elaboração e da alteração das leis), o Executivo (nas hipóteses de modificação da conduta administrativa) e o Judiciário (nos casos de mudança jurisprudencial)⁸⁶.

Quanto ao segundo aspecto da confiabilidade normativa - a *eficácia* das normas jurídicas - entendida como a qualidade de produzir efeitos jurídicos, em maior ou menor grau, se trata de condição para a realização da segurança jurídica, embora em uma perspectiva mais abstrata. Humberto Ávila explica que a eficácia jurídica não significa efetividade de fato, mas a expectativa geral de que o Direito válido será regularmente eficaz⁸⁷.

Nesse sentido, para que a norma seja eficaz e, por consequência, para que se garanta a segurança jurídica em termos de confiabilidade, é preciso proporcionar ao particular o *direito à proteção judicial* (devido processo legal), o qual rege-se por *pressupostos institucionais* (Poder Judiciário independente, acessível e universal) e *processuais* (juiz natural, imparcial e independente; atos processuais públicos; decisões fundamentadas; contraditório e ampla defesa), bem como os próprios *instrumentos de proteção judicial* de que dispõe o cidadão para a defesa de direitos, como, por exemplo, os remédios constitucionais.

⁸⁵ Ibidem.

⁸⁶ Ibidem, p. 367-495.

⁸⁷ Ibidem, p. 628.

Compreendida a confiabilidade normativa como primeiro elemento da dimensão dinâmica da segurança jurídica, passa-se à análise da *calculabilidade normativa*. Esta, por sua vez, compreende requisitos de segurança jurídica relativos ao futuro, ou seja, de que forma pode o particular calcular as consequências futuras das decisões tomadas no presente, juridicamente orientadas pelas normas jurídicas postas, o que Humberto Ávila chama de “segurança de transição do presente ao futuro”. Sendo a previsão absoluta inatingível, a segurança jurídica exige um estado não de previsibilidade, mas de calculabilidade. Nesse contexto, considera-se bem-sucedida a capacidade de tomada de decisão com base nas possibilidades antecipáveis e, conseqüentemente, nas conseqüências previsíveis⁸⁸.

Quando o particular não consegue antecipar e medir o espectro de conseqüências e de tempo, não há condições para a existência da calculabilidade e, portanto, não há segurança jurídica. Dessa forma, é fundamental que as mudanças sejam antecipáveis, suaves e executadas a partir de parâmetros dos quais os Poderes não podem se afastar.

Haverá calculabilidade se houver *anterioridade*, *continuidade* e *vinculatividade*, elementos que, na visão do autor, têm relação com a duração do tempo, que conectam o passado ao futuro. Anterioridade como “segurança de eficácia” pela postergação de efeitos; continuidade como “segurança rítmica” pela suavidade e pelas regras de transição; e vinculatividade pela limitação normativa, tempestividade e proibição de arbitrariedade⁸⁹.

Christine Oliveira Peter da Silva e Felipe Lourenço Abath Silva⁹⁰ entendem que a dimensão dinâmica da segurança jurídica está associada a um conceito de Estado Constitucional

⁸⁸ O estado de calculabilidade representa a “capacidade de o cidadão antecipar as conseqüências alternativas atribuíveis pelo Direito a fatos ou a atos, comissivos ou omissos, próprios ou alheios, de modo que a conseqüência efetivamente aplicada no futuro se situe dentro daquelas alternativas reduzidas e antecipadas no presente” Ibidem, p. 635.

⁸⁹ Ibidem. p. 637-677.

⁹⁰ Os autores ressaltam que: “É possível, portanto, afirmar que o modelo de segurança jurídica dinâmica, ao contrário de seu modelo estático, admite a pluralidade social e a dinâmica das relações em sociedade, propondo que se faça uma passagem do modelo de Estado de Direito, pautado na mera previsibilidade legal, para o de um Estado Constitucional, focado na prognose de relações jurídicas estabilizadoras. Não temos dúvidas de que a proposta de segurança jurídica dinâmica apresenta-se como novidade ainda estranha à dogmática jurídica e constitucional brasileira, de modo que a inevitável convivência de dois paradigmas, um correlacionado ao Estado de Direito – qual seja o da segurança jurídica estática – e outro correlacionado ao Estado Constitucional – qual seja o da segurança jurídica dinâmica, ainda gerará muitos e produtivos confrontos teóricos e práticos. Contudo, para aqueles e aquelas que vislumbram um modelo de Estado Constitucional em que se possa garantir uma segurança jurídica possível e real ao cidadão, a reflexão sobre a segurança jurídica dinâmica torna-se um imperativo, a fim de que possam ser descobertos e experimentados os necessários instrumentos afinados com a dinâmica do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, pilar de um Estado Constitucional, lugar de poder e tensões, mas que deve ser, essencialmente, pluralista e aberto”.

SILVA, Christine Oliveira Peter da; SILVA, Felipe Lourenço Abath. **No Estado constitucional pluralista e aberto, segurança jurídica é dinâmica**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-09/observatorio-constitucional-estado-constitucional-pluralista-seguranca-juridica-dinamica>. Acesso em: 12 nov. 2022.

“pluralista e aberto, cujo conteúdo se mostra como real expressão de um modelo político-dinâmico”. Como a sociedade está cada vez mais dinâmica, permeada por relações sociais e jurídicas voláteis, não seria possível admitir uma “ciência social aplicada a postulados e premissas sociais fixas, concebidas como imutáveis, pois que o estático de hoje pode não ser mais o de amanhã”.

Como se observa, a segurança jurídica deve ser compreendida dentro dos aspectos de cognoscibilidade (dimensão estática) e de confiabilidade e calculabilidade (dimensão dinâmica) para permitir, dentro de uma sociedade cujas relações são cada vez mais complexas, que o particular possa se orientar adequadamente, conhecendo o plexo de normas jurídicas, confiando nas posições já consolidadas e calculando consequências futuras para atos praticados no presente.

A proteção da segurança jurídica nessa dicotomia entre passado e futuro só é alcançada se o Estado não tentar evitar a mudança, pura e simplesmente. Na contemporaneidade, o papel do Estado, “antes de buscar petrificar posições jurídicas pretéritas, tornando as mudanças ilegais ou inadmissíveis, é fazer com que as alterações transcorram *por meio do direito*, e não à margem dele”. Dessa forma, o modelo de segurança jurídica não pode ser estanque, devendo-se atuar para garantir a preservação tanto do viés estático quanto do dinâmico⁹¹.

Ademais, a segurança jurídica é dever de todos os Poderes, motivo pelo qual passa-se a abordar o instituto no âmbito normativo-legislativo (2.4) e no âmbito judicial (2.5), especialmente quanto à modulação de efeitos de decisões judiciais. A segurança jurídica no âmbito administrativo, mais voltado ao Poder Executivo e aos órgãos de controle, terá lugar ao longo do segundo capítulo deste trabalho.

2.3.1 Segurança jurídica no âmbito normativo-legislativo

A segurança jurídica deve ser garantida pelos três Poderes - Legislativo, Executivo e Judiciário, mas a atuação do legislador merece um cuidado específico, porquanto, diferentemente do que ocorre com o administrador e o juiz, os quais precisam agir dentro de parâmetros já postos, o legislador tem o poder de inovar o ordenamento, com mais liberdade para criar novos direitos ou alterar aqueles já existentes⁹².

⁹¹ CABRAL, Antonio do Passo. **Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo**: introdução ao artigo 23 da LINDB. 2. ed, rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 40.

⁹² ARAÚJO, Valter Shuenquener. **O princípio da proteção da confiança**: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado. 2. ed., rev. e atual. Niterói: Impetus, 2016, p. 216-217.

Do ponto de vista da segurança jurídica no âmbito normativo-legislativo, é preciso considerar ser tarefa do legislador olhar para o futuro, uma vez que a edição de leis e atos normativos em geral - classificados como normas gerais, abstratas e dirigidas a um conjunto indeterminado de indivíduos e situações - abrange, via de regra, fatos que ocorrerão após o processo normativo-legislativo. Entretanto, não pode o legislador descuidar do passado, havendo necessidade de, em certas ocasiões, prever regras de retroatividade e/ou regime de transição.

Seja na perspectiva de vislumbrar situações futuras ou mesmo quando se torna necessário atentar para o passado, a segurança jurídica deve ser perseguida pelo legislador, pois alterações bruscas nas circunstâncias legais já postas podem trazer consequências danosas aos cidadãos. Nessa linha, Humberto Ávila⁹³ observa que, ao legislador, compete atuar dentro de um rol de deveres que inclui, por exemplo, a determinabilidade das hipóteses de incidência; a proibição de restrição de direitos adquiridos, de atos jurídicos perfeitos ou de coisas julgadas; a proibição de legislação retroativa que atinja a confiança legítima; e a obrigação de instituição de regras de transição ou cláusulas de equidade.

No âmbito normativo-legislativo, a segurança jurídica deve ser vista como um fator de previsibilidade, de forma que os particulares possam programar a vida e as relações jurídico-econômicas sem receio de alterações normativas inesperadas⁹⁴. Essa é justamente a tarefa precípua do Estado de direito: garantir que os efeitos pretéritos dos atos já praticados sejam, de alguma forma, estáveis.

Para Luís Roberto Barroso, a segurança jurídica - e os desdobramentos como boa-fé, proteção da confiança, preservação da ordem jurídica e da isonomia perante a lei - deve ser observada por todo o Poder Público, o que, por certo, inclui o legislador⁹⁵.

A violação da proteção da confiança pode ocorrer quando uma nova lei não se reveste suficientemente de interesse público a ponto de admitir a desconsideração da situação dos

⁹³ ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 176-177.

⁹⁴ CABRAL, Antonio do Passo. **Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo**: introdução ao artigo 23 da LINDB. 2. ed, rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 25.

⁹⁵ "Nem mesmo o legislador poderá ser totalmente indiferente a tais princípios constitucionais. Embora lhe caiba justamente inovar na ordem jurídica, modificando o direito aplicável, em determinadas circunstâncias, quando seja possível caracterizar a legítima expectativa do cidadão diante, e.g., da longa permanência no tempo de determinada disciplina jurídica, a proteção da confiança poderá gerar o direito dos particulares a um regime de transição favorável".

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Tomo IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 280.

indivíduos que tiveram expectativas frustradas. “Muitas vezes, portanto, as leis, ao invés de servirem de mecanismos de estabilidade, acabam gerando mais incertezas”⁹⁶.

A segurança jurídica e a proteção da confiança dizem respeito, ainda, à continuidade das leis e à confiança dos destinatários da norma de que elas subsistirão. Isso não significa a proteção genérica do particular em relação a toda e qualquer alteração legal, uma vez que cada situação traz consigo a peculiaridade para, nas palavras de Odete Medauar⁹⁷, “detectar ou não a confiança suscitada”. Na visão da autora, a segurança jurídica no âmbito normativo-legislativo garante a proteção do particular em face de alterações normativas que, mesmo dotadas de legalidade, se revelam de tal modo abruptas ou radicais que as consequências sejam tidas como desastrosas. “O reconhecimento da proteção da confiança pode limitar a liberdade de alterar a legislação ou a disciplina normativa existente em certa matéria, impondo, ao legislador ou à autoridade administrativa, regime de transição”.

José Joaquim Gomes Canotilho⁹⁸ apresenta três dimensões que considera importantes no tocante à proteção da segurança jurídica, relativas aos atos (i) normativos, (ii) jurisdicionais e (iii) da administração. Com relação aos primeiros, o doutrinador português destaca que a segurança jurídica postula o “princípio da precisão ou determinabilidade dos actos normativos”, que seria uma espécie de conformação material e formal para que as normas sejam claras, compreensíveis e não contraditórias, concretizando fator de determinabilidade, clareza e fiabilidade da ordem jurídica, o que leva a uma situação de segurança jurídica dentro de Estado de direito.

Em relação à determinabilidade das leis, Canotilho ressalta duas ideias fundamentais: “exigência de clareza das normas legais”, vez que uma lei obscura ou contraditória impede a interpretação inequívoca capaz de alicerçar a solução jurídica ao caso concreto; e “exigência de densidade suficiente na regulamentação legal”, pois se o ato normativo-legislativo não for suficientemente concreto não oferecerá medida jurídica capaz de alicerçar posições juridicamente protegidas dos cidadãos, tampouco constituir norma de atuação para a Administração Pública ou possibilitar a fiscalização da legalidade e a defesa dos direitos e interesses dos particulares.

⁹⁶ ARAÚJO, Valter Shuenquener. **O princípio da proteção da confiança**: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado. 2. ed., rev. e atual. Niterói: Impetus, 2016, p. 217.

⁹⁷ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 322-323.

⁹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. 20 reimp. Coimbra/Portugal: Edições Almedina, 2017, p. 257-258.

Além da precisão ou determinabilidade das normas jurídicas, o autor lembra que os atos normativos não podem ter “pré-efeitos”, ou seja, não podem produzir efeito jurídico algum enquanto não estiverem em vigor dentro de parâmetros constitucional e legalmente prescritos.

As normas podem retroagir, mas não devem fazê-lo de forma desenfreada. O doutrinador português observa que, embora mudanças legislativas possam provocar algum tipo de desconforto aos particulares, sobretudo quando implicam efeitos negativos para estes a ideia de um direito estanque, que não muda e não evolui, por outro lado, também não se revela a melhor alternativa.

Nesse sentido, explica Canotilho, é preciso ponderar valores jurídicos da segurança, da confiança e da conformação atualizada e justa das relações jurídicas pelos poderes normativos legitimados democraticamente, de forma que a retroatividade não é juridicamente admissível “pela simples razão de o cidadão ter confiado na não-retroactividade das leis”, mas, sim, pelo fato de que “o cidadão pode confiar na não-retroactividade quando ela se revelar ostensivamente inconstitucional perante certas normas ou princípios jurídicos-constitucionais”⁹⁹.

Para melhor definição do conceito de retroatividade, o autor pontua haver duas finalidades: decretar a validade e a vigência de uma norma a partir de determinada data anterior à entrada em vigor (“retroatividade em sentido restrito”) e conectar os efeitos jurídicos de uma norma a situações de fato já existentes antes da entrada em vigor (“conexão retroativa quanto a efeitos jurídicos”).

Há ainda a chamada retroatividade *autêntica*, que se observa quando uma norma se destina a produzir efeitos sobre o passado (eficácia *ex tunc*), e a retroatividade *inautêntica*, aquela que ocorre quando uma norma jurídica incide sobre situações já existentes em que pese a nova disciplina jurídica pretenda ter efeitos para o futuro (eficácia *ex nunc*)¹⁰⁰¹⁰¹.

Valter Shuenquener Araújo pondera que, quando a norma retroagir para beneficiar o particular, tanto a retroatividade autêntica quanto a inautêntica podem ser admitidas. Por outro

⁹⁹ Ibidem, p. 261.

¹⁰⁰ ARAÚJO, Valter Shuenquener. **O princípio da proteção da confiança**: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado. 2. ed., rev. e atual. Niterói: Impetus, 2016, p. 203-2077.

¹⁰¹ Esse tema foi enfrentado quando do debate acerca da constitucionalidade da Lei Complementar n. 135/2010 (conhecida como Lei da Ficha Limpa) que produziu alterações substanciais na Lei Complementar n. 64/1990, que trata, dentre outros temas, das causas de inelegibilidade. O STF foi provocado a discutir a constitucionalidade de nova norma e sua aplicação imediata (ADI 4578 e ADCs 29 e 30), tendo decidido, por maioria de votos, pela sua imediata aplicação, inclusive alcançando atos e fatos ocorridos anteriormente à vigência da LC 135/90. Tal decisão foi tomada a partir de uma construção hermenêutica bastante controversa e questionada, na medida em que ignorou os princípios basilares do ordenamento, como a segurança jurídica e a proteção da confiança discutidos ao longo deste trabalho.

lado, a retroatividade desfavorável ao indivíduo só pode ser admitida após passar pelo crivo do princípio da proteção da confiança e das expectativas legítimas existentes. Dessa forma, será o caso concreto o balizador da aplicação da retroatividade, seja ela autêntica ou inautêntica. As características da situação em análise é que determinarão se há fundamentos para legitimar a ocorrência da retroatividade¹⁰².

Ao estudar a (ir)retroatividade das normas jurídicas, Humberto Ávila aventa, em primeiro lugar, que a CF/88 prevê dois tipos de proteção ao particular em respeito ao exercício passado de liberdade: como direito fundamental¹⁰³ e no aspecto tributário¹⁰⁴. Em segundo lugar, conclui, em um viés de proteção da confiança legitimamente depositada pelo particular em relação aos atos estatais, que a regra da irretroatividade se destina a “evitar a restrição surpreendente e enganosa de exercício passado de liberdade juridicamente orientada”¹⁰⁵. Isso significa que o problema da retroatividade não se atém à uma questão temporal, mas interfere, inclusive, na própria garantia de direitos fundamentais prevista constitucionalmente.

A racionalização e a otimização do processo normativo-legislativo, por certo, também são formas de garantir a segurança jurídica. No entender de Eros Grau¹⁰⁶, a “inflação normativa” põe em risco os ideais de segurança e de certeza jurídica. A quantidade e a flexibilidade das leis atingem picos tão elevados na sociedade contemporânea que, antes mesmo de sofrerem novas alterações legislativas, as normas jurídicas até então postas sequer haviam se incorporado ao “patrimônio psicológico dos indivíduos”.

Embora, na avaliação do jurista, o direito não seja operacionalizável sem a presunção de que a lei é conhecida por todos, esse cenário de excesso de normas coloca em xeque o

¹⁰² Ibidem, p. 203-207.

¹⁰³ Artigo 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

[...]. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União: Brasília, DF, p. 1, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 jun. 2022.

¹⁰⁴ Artigo 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

III - cobrar tributos:

a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;

[...]. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União: Brasília, DF, p. 1, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 jun. 2022.

¹⁰⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 462-463.

¹⁰⁶ GRAU, Eros. **O direito posto e o direito pressuposto**. 9 ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 185-186.

brocado latino *ignorantia legis neminem excusat* (desconhecimento da lei não é desculpa). Citando o jurista italiano Francesco Carnelutti, ainda observa que a multiplicação das leis jurídicas se assemelha à multiplicação das leis naturais e faz com que o cidadão não consiga mais detidamente conhecê-las. Em uma metáfora trazida pelo autor italiano, é a constatação de que o homem, em meio à confusão das leis, fica tão desorientado quanto o condutor de um veículo quando muitos faróis cruzam a estrada¹⁰⁷.

Assim, a produção do conteúdo normativo-legislativo deve ser resguardada pela segurança jurídica, sob pena de se levar a um caminho tortuoso que resulta na quebra da confiança legítima depositada pelo particular em relação ao que se espera do comportamento estatal.

2.3.2 Segurança jurídica no âmbito judicial

A atuação dos órgãos jurisdicionais se dá com base no ordenamento jurídico posto. Assim, a atividade do Poder Judiciário está condicionada, por assim dizer, àquilo que o Poder Legislativo, dentro do sistema constitucional de separação de poderes, já previamente delimitou. Em que pese a discussão sobre a possibilidade de o Judiciário interpretar o sentido e o alcance da lei, esse raciocínio - de razoável limitação do poder da jurisdição - é importante porque consagra a segurança jurídica, dever, como já dito, de todos os Poderes.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso¹⁰⁸, cabe à jurisdição decidir, no caso concreto, quais direitos e obrigações foram criados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, “é natural que o princípio da segurança jurídica se dirija também à atividade jurisdicional”, até mesmo porque, se ao Poder Judiciário fosse permitida a modificação de entendimento a qualquer tempo e em quaisquer circunstâncias, inclusive com atribuição de efeitos retroativos, “instalar-se-ia a absoluta insegurança jurídica”.

Nesse sentido, tem-se que as decisões do Poder Judiciário precisam ser, em determinada medida, previsíveis e estáveis, garantindo-se aos jurisdicionados tratamento isonômico quando se encontrarem em uma mesma situação. Isto é, a segurança jurídica no

¹⁰⁷ Ibidem.

¹⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Tomo IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 276-277 e p. 28.

âmbito judicial refere-se à necessidade de respostas coerentes para hipóteses semelhantes ou equivalentes¹⁰⁹.

Em razão do princípio do Estado Democrático de Direito, valores como certeza jurídica, estabilidade e previsibilidade dos cidadãos em relação à aplicação do direito estão intimamente ligados. Tais valores justificam a prática de respeito aos precedentes judiciais, como uma forma de conferir estabilidade e segurança à jurisprudência, sejam os precedentes interpretativos, como nos ordenamentos jurídicos que adotam o sistema de *civil law*, ou vinculantes, como nos que seguem o *common law*¹¹⁰.

Assim, independentemente do sistema adotado pelo país, há uma tendência de se conferir peso aos precedentes emanados pelo Poder Judiciário, o que leva ao caminho da segurança jurídica, uma vez que as decisões judiciais, como não poderiam deixar de ser, produzem efeitos nos casos concretos.

A proteção da confiança deve ser levada em conta pelo Poder Judiciário, de modo que, em caso de alteração de orientação jurisprudencial, não se pode admitir que atos praticados conforme posicionamento anterior sejam desfeitos, se isso violar a confiança que havia sido depositada pelo cidadão¹¹¹. Por outro lado, não se pode invocar o princípio da confiança com

¹⁰⁹ A título exemplificativo, oportuno mencionar aqui a aplicação do princípio da segurança jurídica no âmbito judicial, a partir de decisão na seara eleitoral. O Tribunal Superior Eleitoral – TSE, enfrentou no Recurso Especial Eleitoral n. 32.507 (julgado em 17/12/2008) o tema relacionado ao chamado prefeito itinerante (trata da possibilidade de concorrer a uma terceira eleição consecutiva para a chefia do poder executivo municipal, ainda que em municípios distintos. No julgamento daquele recurso o TSE modificou a sua jurisprudência pacífica, passando a entender que, ainda que em circunscrição eleitoral distinta, caracteriza ofensa ao contido no § 5º do art. 14 da CF/88, a terceira eleição consecutiva ao cargo de chefe do poder executivo. O novo entendimento foi aplicado de imediato, ou seja, à eleição que acabara de ser disputada.

BRASIL. TSE. **Recurso Especial Eleitoral n. 32.507/AL**. Disponível em: <https://sjurpesquisa.tse.jus.br/sjur-pesquisa/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=false&httpSessionName=brsstateSJUT-1478427530§ionServer=TSE&docIndexString=2>. Acesso em: nov./2022. Essa matéria foi submetida ao crivo do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Recurso Extraordinário n. 637.485 do Rio de Janeiro, o qual, por maioria de votos, assentou o entendimento no sentido de que as decisões judiciais que traduzem viragem jurisprudencial também se submetem ao princípio da anterioridade eleitoral previsto no art. 16 da CF/88, que veicula, no âmbito eleitoral, o princípio da segurança jurídica.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 637.485**. disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur230864/false>. Acesso em dez. 2022. No caso concreto, como pontuou Tatiane Mariza de Souto, diante da aparente colisão entre os princípios republicano e da segurança jurídica, o STF considerou que a segurança jurídica deve prevalecer para proteger a confiança e a estabilização das expectativas daqueles que participam das disputas eleitorais. SOUTO, Tatiane Mariza de. **Princípio da segurança jurídica e a mudança da jurisprudência eleitoral no caso do prefeito itinerante**. Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Unisul, 2015. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/6808/1/TCC%20REVISADO.pdf>, acesso em dez. 2022.

¹¹⁰ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 237-239.

¹¹¹ ARAÚJO, Valter Shuenquener. **O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado**. 2. ed., rev. e atual. Niterói: Impetus, 2016, p. 228-229.

base em entendimento jurisprudencial ainda não confirmado pela mais elevada instância competente.

Portanto, a necessidade de estabilidade e pacificação da jurisprudência, com respeito à segurança jurídica e à proteção da confiança, não significa que o Judiciário esteja impedido de modificar o entendimento, caso considere que a atual posição deva ser substituída por outra. Significa que, mesmo a partir de eventual alteração, o princípio da segurança jurídica continuará imperando¹¹².

Humberto Ávila¹¹³ propõe uma análise sobre a mudança jurisprudencial considerando que esta corre apenas quando “uma decisão judicial afasta-se, pela primeira vez, de uma outra decisão judicial eficaz sobre a mesma questão” - a partir de diferentes ângulos, como, por exemplo: o Judiciário está vinculado aos próprios precedentes? Caso o Judiciário possa alterar o entendimento sobre determinada questão, de que modo deverá fazê-lo? Em caso de mudança, os efeitos serão retroativos ou prospectivos ou, ainda, ambos?

No tocante ao primeiro questionamento, o autor salienta que o princípio constitucional da igualdade exige do Poder Judiciário que se vincule aos próprios precedentes (“onde existirem as mesmas razões, devem ser proferidas as mesmas decisões”), salvo se houver justificativa que autorize eventual alteração.

Na hipótese de mudança de entendimento - segundo questionamento - o novo posicionamento deve ser fundamentado e garantir o respeito às posições anteriormente consolidadas. É possível, portanto, mudar, desde que de maneira estruturada, sendo o próprio princípio da segurança jurídica, incluído aí o aspecto subjetivo relacionado à proteção da confiança, um norteador dessa avaliação.

Inclusive, tal mudança pode ser muito bem-vinda, na medida em que tiver o condão de evidenciar um melhor entendimento, corrigir equívocos, aprofundar a avaliação de fatos ou argumentos não devidamente observados anteriormente.

Dessa forma, sustenta o autor que o problema não está na alteração em si do posicionamento do Poder Judiciário, mas nos efeitos dessa mudança, que poderão ser

¹¹² “As exigências da segurança jurídica, evidentemente, não têm o condão de cristalizar a jurisprudência e impedir o avanço social também no âmbito da prestação jurisdicional. Essa modificação, porém, estabelecerá um novo paradigma a partir do qual as expectativas dos jurisdicionados serão construídas. Ou seja, o órgão jurisdicional sempre poderá modificar o seu entendimento acerca de determinada matéria, mas o princípio da segurança jurídica continua a incidir: a partir desse momento, os casos novos equivalentes deverão receber a mesma solução”. BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Tomo III - 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 285-286.

¹¹³ ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 495-499 e p. 508-510.

expressivamente negativos se o indivíduo que exerceu intensamente os direitos de liberdade e propriedade, confiando na permanência das normas, for surpreendido de uma hora para outra com a alteração.

Quanto ao terceiro questionamento, ligado aos efeitos da mudança, o autor pontua ser necessário enfrentar o problema da “retroatividade jurisprudencial”, que difere da retroatividade atinente ao legislador, pois “enquanto a lei se destina ao futuro, as decisões judiciais, em regra, vertem sobre o passado”. E, para isso, é necessário diferenciar a *eficácia declaratória* da *eficácia retroativa* de uma decisão judicial¹¹⁴.

A *eficácia declaratória* está relacionada aos efeitos da própria decisão que alcança os fatos narrados na petição inicial, ocorridos antes da prolação da decisão. As partes envolvidas no processo conhecem a norma e têm condições, em determinada medida, de calcular o conteúdo e a eficácia da disciplina jurídica. O processo serve para discutir quem tem razão, isto é, se deve ser aplicado ao caso concreto defendido por “A” ou o cenário defendido por “B”. Portanto, aqui, não há problema nem de cognoscibilidade nem de calculabilidade e a eficácia declaratória da decisão é, por assim dizer, neutra em relação à retroatividade, pois a decisão em si guarda relação com o passado.

Por outro lado, a *eficácia retroativa* de uma decisão judicial diz respeito aos casos em que o particular age com base em um entendimento judicial que, posteriormente, é alterado por um novo posicionamento com efeitos retroativos. Nessa situação específica, Humberto Ávila pondera que “o particular atua com base em uma decisão judicial que entende também aplicável ao seu caso, mas tem seu comportamento valorado por outra que desconhecia no momento da sua ação”. Para o autor, somente nesse sentido estrito é que se poderia falar em “retroatividade da jurisprudência” e, por consequência, influenciando as noções de cognoscibilidade e calculabilidade da segurança jurídica¹¹⁵.

Feitas essas considerações, importante ressaltar que uma das formas se de garantir a segurança jurídica no âmbito judicial é, portanto, a modulação de efeitos - uma espécie de moderação das consequências da anulação, via de regra, de uma norma considerada inconstitucional, para evitar que a declaração em si seja mais danosa que a própria permanência dos efeitos pretéritos.

¹¹⁴ Ibidem p. 508-509.

¹¹⁵ Idem, p. 510.

O instituto foi expressamente previsto no artigo 27¹¹⁶ da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, com a finalidade de permitir que a Corte constitucional restrinja os efeitos de uma decisão tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

Dispositivo semelhante foi incorporado à Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental¹¹⁷. O artigo 11¹¹⁸ da referida lei estabelece que, na hipótese de declaração de inconstitucionalidade no âmbito de uma ADPF, o STF também pode restringir os efeitos da decisão com base na segurança jurídica ou no excepcional interesse social.

Mais recentemente, o Código de Processo Civil (Lei 13.105, de 16 de março de 2015) reforçou o tema da modulação de efeitos no artigo 927¹¹⁹, reiterando que, com base na segurança jurídica e no interesse social, pode haver ajustes dos efeitos nas hipóteses de alteração de jurisprudência do STF e dos tribunais superiores e nos julgamentos de casos repetitivos.

¹¹⁶ Artigo 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Diário Oficial da União: Brasília, DF, p. 1, 11 nov. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso em: 7 jul. 2022.

¹¹⁷ Artigo 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...]

§ 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União: Brasília, DF, p. 1, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 jun. 2022.

¹¹⁸ Artigo 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

BRASIL. **Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do artigo 102 da Constituição Federal. Diário Oficial da União: Brasília, DF, p. 2, 6 dez. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm. Acesso em: 7 jul. 2022.

¹¹⁹ Artigo 927. Os juízes e os tribunais observarão: [...]

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

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União: Brasília, DF, p. 1, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 7 jul. 2022.

Marilda de Paula Silveira¹²⁰ lembra que, antes mesmo da positivação do instituto em 1999, o STF já havia aplicado a modulação de efeitos por questões de segurança jurídica e proporcionalidade quando da análise de recursos extraordinários¹²¹ na década de 70. Com a previsão legal expressa a partir da década 90, pós CF/88, vieram, então, dois requisitos para aplicação da modulação: o quórum especial de dois terços e a existência de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

Dessa forma, a dinâmica dos julgamentos no controle concentrado de constitucionalidade passou a envolver três grandes frentes, conforme situa a autora: (i) a aplicação de efeitos retroativos limitados (quando os efeitos de uma norma declarada inconstitucional continuam vigorando até determinado marco temporal anterior à declaração); (ii) a aplicação de efeitos *ex nunc* (norma declarada inconstitucional surte efeitos até o trânsito em julgado da decisão); e (iii) efeitos prospectivos ou para o futuro (a declaração de inconstitucionalidade vem acompanhada de um marco temporal futuro a partir do qual a norma deixará de produzir efeitos, garantindo-se a preservação dos efeitos pretéritos)¹²².

A modulação de efeitos no controle concentrado caminha no sentido oposto à tradicional interpretação de que todo ato normativo inconstitucional equipara-se a ato nulo e, portanto, a declaração de inconstitucionalidade projetaria necessariamente efeitos *ex tunc*. Não mais é assim. Por certo, a manutenção de disposição inconstitucional no ordenamento jurídico viola muito mais a segurança jurídica do que a possibilidade de modular efeitos para preservar as situações jurídicas consolidadas enquanto perdurou a referida norma.

A possibilidade de diferimento dos efeitos não se restringe, contudo, ao controle concentrado de constitucionalidade. Marilda de Paula Silveira¹²³ recorda que, embora sejam inúmeros os precedentes de modulação de efeitos em controle concentrado, também é considerável o rol de casos¹²⁴ em que a Corte constitucional atribuiu eficácia *ex nunc* às declarações de inconstitucionalidade no âmbito do controle difuso.

¹²⁰ SILVEIRA, Marilda de Paula. **Segurança jurídica, regulação, ato: mudança, transição e motivação**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 159-161.

¹²¹ RE 78.594/SP, Rel. Min. Bilac Pinto, sessão de 7.6.1974 e RE 79.343/BA, Rel. Min. Leitão de Abreu, J. 31.5.1977. BRASIL. **Supremo Tribunal Federal (STF)**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/pesquisarInteiroTeor.asp>. Acesso em: 7 jul. 2022.

¹²² Ibidem.

¹²³ SILVEIRA, Marilda de Paula. **Segurança jurídica, regulação, ato: mudança, transição e motivação**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 159-161.

¹²⁴ Por exemplo: HC 83.959; RE 197.917; RE 442683; RE 637485. BRASIL. **Supremo Tribunal Federal (STF)**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/pesquisarInteiroTeor.asp>. Acesso em: 7 jul. 2022.

Nessa linha, Luís Roberto Barroso¹²⁵ aponta haver distinção entre a decisão judicial ordinária (aquela que envolve atividade típica de interpretação constitucional) e a decisão judicial que declara inconstitucionalidade (pois esta última importa na paralisação dos efeitos de uma norma), defendendo que a modulação de efeitos é possível em ambas as hipóteses, ainda que somente em relação à declaração de inconstitucionalidade haja previsão expressa de modulação.

Para o jurista, se é admitida a hipótese de modular os efeitos de uma decisão que versa sobre inconstitucionalidade, muito mais ponderado seja admitir a modulação no desempenho da função da jurisdição ordinária, uma vez que devem ser levados em conta, em ambos os casos, os mesmos requisitos de ponderação, relacionados a elementos normativos e fáticos, bem como os princípios da segurança jurídica, boa-fé, confiança legítima e moralidade.

2.4 SEGURANÇA JURÍDICA E O MODELO DE CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA CF/88

Para o estudo que será realizado, especialmente no último capítulo deste trabalho concernente à materialização da segurança jurídica no âmbito das decisões dos Tribunais de Contas, é necessário trazer uma abordagem do modelo de controle estabelecido na atual constituição brasileira, de modo a compreender cada um deles em seus diferentes aspectos.

De antemão, já é possível dizer que, sendo a segurança jurídica elemento estruturante do Estado Democrático de Direito, tem ela incidência inclusive nas atividades de controle dos atos da Administração Pública, tema que será estudado adiante.

Por enquanto, é preciso destacar que a função de fiscalizar surgiu com o constitucionalismo e o Estado de Direito da revolução francesa. Trata-se de atribuição a ser exercida, via de regra, pelo parlamento. A necessidade de controle sobre a Administração Pública consta da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a qual assegura à sociedade o direito de pedir contas do agente público¹²⁶.

O controle exercido pelo Legislativo, como menciona José Afonso da Silva, se refere àquele de caráter político, que visa a manutenção do equilíbrio entre os Poderes da República,

¹²⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Tomo IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 262-268.

¹²⁶ Artigo 15. A sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789**. Disponível em: <<https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao>>. Acesso em: 24 jun. 2022.

ou seja, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, segundo a teoria da separação dos Poderes de Montesquieu, para quem um Poder só encontra limites em outro Poder. Logo, as três funções precisam estar distribuídas entre órgãos distintos¹²⁷.

A separação dos poderes é uma característica que marca a quase totalidade dos Estados modernos, inclusive o Brasil¹²⁸. Tem-se, desse modo, que a ideia de controle é própria das democracias, nas quais todo aquele que possui parcela do poder estatal tem os atos sujeitos a serem sindicados, função que pode ser exercida pelo povo ou por instituições e órgãos com atribuições específicas.

O controle é típico instrumento republicano, no qual aquele que exerce função pública tem o dever de prestar contas ao povo, em função de quem exerce essas atribuições. Dessa forma, o controle pode abranger atividades de auditoria, que implica a verificação comparativa de procedimentos e busca pela correção de rota, e atividades de fiscalização propriamente dita, que visam identificar irregularidades, além de punir os responsáveis¹²⁹.

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes sustenta que o controle deve ser entendido como direito fundamental, ainda que não expresso neste sentido no texto constitucional. Para o autor, o direito de receber dos órgãos públicos informações de interesse coletivo ou geral; o direito de petição aos poderes públicos; o direito de ajuizar ação popular para anular ato lesivo ao patrimônio público e o direito de apresentar denúncia aos Tribunais de Contas são elementos típicos que caracterizam o controle como direito fundamental¹³⁰.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o controle tem como finalidade garantir que a Administração Pública se pautе pelos princípios previstos no ordenamento jurídico, como, por exemplo, legalidade, moralidade, finalidade pública, publicidade, motivação, impessoalidade, bem como abrange, em determinadas circunstâncias, o controle de mérito, relacionado à atuação administrativa discricionária¹³¹.

O controle dos atos estatais previsto na Constituição Federal de 1988 revela, basicamente, três modalidades¹³²: o controle interno (exercido pelo próprio órgão público), o

¹²⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 751.

¹²⁸ Artigo 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. **BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União: Brasília, DF, p. 1, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 jun. 2022.

¹²⁹ SCAFF, Fernando Facury. **Orçamento republicano e liberdade igual: ensaio sobre direito financeiro, república e direitos fundamentais no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 423.

¹³⁰ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunal de Contas do Brasil: jurisdição e competência**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 39.

¹³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 922.

¹³² Para o aprofundamento estudo quanto à extensão do controle exercido pelo Poder Judiciário, inclusive quanto ao mérito do ato administrativo e o controle das políticas públicas, consultar, dentre outras obras: GRINOVER,

controle externo (exercido por órgãos com atribuição para fiscalizar terceiros) e o controle social (exercido pela população de forma colaborativa com o Poder Público).

Quando se fala em controle, especialmente nas modalidades interna e externa, os dispositivos mais conhecidos do texto constitucional são os artigos 70 a 75 (Seção IX - Da fiscalização contábil, financeira e orçamentária). O artigo 70 trata da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da Administração Direta e Indireta sob a responsabilidade do Congresso Nacional, mediante controle externo, além do sistema de controle interno de cada Poder.

O artigo 71, por sua vez, especifica que o controle externo a ser exercido pelo Congresso Nacional contará com auxílio do Tribunal de Contas da União, elencando as competências e prerrogativas da Corte de Contas, que, por simetria, se aplicam também aos Tribunais Estaduais e dos Municípios, onde houver.

Já o artigo 74 trata do controle interno que, de forma integrada, precisa ser mantido por todos os Poderes - Legislativo, Executivo e Judiciário. Destaque-se que uma das finalidades do controle interno é justamente dar apoio ao controle externo enquanto missão institucional, de forma que os responsáveis pelo controle interno deverão, assim que tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dar ciência ao Tribunal de Contas, sob pena de responsabilização solidária.

Embora voltado aos controles interno e externo, os dispositivos constitucionais destacados da seção IX (artigos 70 a 75) também prestigiam o controle social, como se observa do § 2º do artigo 74, o qual assenta que qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas.

Em complemento ao regime previsto entre os artigos 70 e 75, o artigo 31 da Constituição estabelece, em simetria com a fiscalização em nível federal, que, no âmbito dos Municípios, o controle externo será exercido pelo Poder Legislativo Municipal, com auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas

Ada Pellegrini; WATANABE Kazuo. **O controle jurisdicional de políticas públicas**, Forense, 2017; FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 200; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Direitos sociais e controle jurisdicional de políticas públicas**: algumas considerações a partir dos contornos do Estado constitucional de direito. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, n. 89, jun. 2011. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/direitos-sociais-e-controle-jurisdicional-de-politicas-publicas-algumas-consideracoes-a-partir-dos-contornos-do-estado-constitucional-de-direito/>>. Acesso em: 23 nov. 2022.

dos Municípios, onde houver; e o controle interno pelos sistemas do próprio Poder Executivo Municipal.

O § 3º do artigo 31, assim como faz o § 2º do artigo 74, reforça o controle social, na medida em que prevê que as contas dos Municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei.

Entretanto, outros artigos do texto constitucional apresentam parâmetros de controle interno, externo e social. O artigo 40 abarca os três tipos de controle no tocante ao regime próprio da previdência social dos servidores titulares de cargos efetivos. Os incisos III e VII do § 22 preveem o controle interno (fiscalização pela União), bem como os controles externo e o social como aspectos a serem disciplinados em lei complementar federal sobre normas de organização em geral do regime.

O parágrafo único artigo 193, por exemplo, que trata da ordem social, prevê que as políticas sociais serão planejadas pelo Estado e garante a participação da sociedade nos processos de formulação, monitoramento, controle e avaliação dessas políticas.

Quanto à saúde, direito fundamental constitucional, o artigo 197 estabelece que o Poder Público deverá, nos termos da lei, dispor sobre regulamentação, fiscalização e controle das ações e serviços de saúde. A assistência social também é protegida por normas de controle. O artigo 204 prevê como diretrizes, entre outras, a participação da população por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis (inciso II).

A CF/88 previu o controle também em relação à educação. O artigo 212-A instituiu que a legislação referente à manutenção e ao desenvolvimento do ensino na educação básica e à remuneração condigna dos profissionais disporia, entre outros, sobre transparência, monitoramento, fiscalização e controle interno, externo e social do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb), de forma a assegurar a criação, autonomia, manutenção e consolidação de conselhos de acompanhamento e controle social.

O controle na área da cultura também foi assegurado pela Constituição. O inciso X do § 1º do artigo 216-A tratou de garantir a democratização dos processos decisórios com participação e controle social como um princípio do Sistema Nacional de Cultura, política nacional de cultura organizada em regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa.

Como se viu, a CF/88 disciplinou, em diferentes momentos do texto constitucional, um rigoroso modelo de controle dos atos estatais, que pode ser exercido tanto pelos próprios órgãos públicos, nas modalidades interna e externa, quanto pela população, de forma colaborativa e participativa, por meio do chamado controle social.

Embora instituto reconhecido pelo ordenamento jurídico e pela doutrina há bastante tempo e, não obstante já passadas mais de três décadas da atual Constituição Federal, quando foram estabelecidas as bases do atual sistema de controle dos atos estatais, José Sérgio da Silva Cristóvam¹³³ lembra que podem ser levantadas críticas quanto à eficiência e à efetividade do modelo. Além de dispendioso, o sistema de controle interno e externo se revela lento e pouco proativo, pois calcado mais em uma pedagogia punitiva do que como forma de orientação com foco em controle e resultados. Dessa forma, é necessária uma maior atenção aos mecanismos de controle social, por constituírem aparato consolidador de um modelo de Administração Pública democrática e com condições de aprimorar o sistema atualmente estabelecido.

O controle, quanto ao tipo (modalidade), pode ser interno, externo ou social. A doutrina apresenta, de modo geral, algumas outras classificações como, por exemplo, quanto ao órgão executor (administrativo, legislativo, judicial); quanto ao momento (preventivo, concomitante ou posterior); quanto à finalidade (legalidade ou mérito); quanto à forma de instauração (de ofício ou provocação). Entretanto, para as finalidades deste trabalho, a abordagem se concentrará mais propriamente na distinção quanto às modalidades, com foco no controle externo e quanto ao momento¹³⁴.

No tocante ao controle interno, o controle administrativo constitui o poder (tutela e autotutela) que a Administração Pública detém de fiscalizar e eventualmente corrigir os próprios atos, podendo abarcar os aspectos de legalidade ou de mérito. O instituto encontra respaldo constitucional desde 1824, pois o Poder Moderador, característico da Constituição do Império, exercia, em determinadas circunstâncias, funções hoje consideradas típicas de

¹³³ Especialmente quanto aos “elevados custos de manutenção de um sistema assim hipertrofiado de órgãos e agentes públicos, com diversas sobreposições de esferas de controle”. CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Administração Pública democrática e supremacia do interesse público: novo regimento jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 288-290.

¹³⁴ Para um exame mais aprofundado do tema consultar, dentre outros autores, MILESKI, Helio Saul. **O controle da gestão pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2018; JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Tribunal de Contas do Brasil: jurisdição e competência**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

auditores e controladores, em especial, concernentes ao julgamento disciplinar de servidores públicos¹³⁵.

A necessidade de institucionalização de um sistema propriamente dito de controle interno no ordenamento jurídico brasileiro tem registros iniciais na década de 60, com a edição da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, que estatui normas gerais de Direito Financeiro. Na referida lei, se verifica pela primeira vez a expressa referência ao controle interno, incumbido, ao lado do controle externo, do controle da execução orçamentária, quanto à legalidade dos atos de que resultem arrecadação de receitas ou realização de despesas; a fidelidade funcional dos agentes da administração, responsáveis por bens e valores públicos; e o cumprimento do programa de trabalho de governo.

Na sequência, a Constituição de 1967 passou a prever expressamente o controle interno, estabelecendo um sistema de auditoria financeira e contábil, bem como as finalidades dessa modalidade, como, por exemplo, criar condições para a eficácia do controle externo, acompanhar a execução de programas de trabalho e de orçamento, avaliar os resultados alcançados pelos administradores e verificar a execução de contratos.

O modelo atual de controle interno foi consolidado na CF/88 e reforçado, no plano infraconstitucional, com a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000), que instituiu medidas e ações para uma gestão responsável e conferiu ao sistema de controle interno novas e importantes atribuições quanto ao controle da Administração Pública, especialmente sobre a execução orçamentária.

No âmbito da Administração Direta, o controle interno decorre do poder de autotutela, que permite ao Estado rever os próprios atos, como já restou reconhecido pelo Poder Judiciário, por meio de decisões emanadas pelo STF, em especial, os enunciados de súmula nº 346¹³⁶ e 473¹³⁷.

Já na Administração Indireta, o controle exercido pela própria Administração Pública é denominado de tutela. Além das formas de controle interno, externo e social estabelecidas pela CF/88, as entidades que integram a Administração Indireta se submetem aos

¹³⁵ FORTINI, Cristiana; SILVEIRA, Raquel Dias da. Perspectiva constitucional do controle interno. In: FORTINI, Cristiana; IVANEGA, Miriam Mabel (Coord.). **Mecanismos de controle interno e sua matriz constitucional: um diálogo entre Brasil e Argentina**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 26.

¹³⁶ Enunciado de súmula nº 346/STF: “A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos”. BRASIL. **Supremo Tribunal Federal (STF)**. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>>. Acesso em: 25 jun. 2022.

¹³⁷ Enunciado de súmula nº 473/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”. BRASIL. **Supremo Tribunal Federal (STF)**. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>>. Acesso em: 25 jun. 2022.

procedimentos e normas específicos estabelecidos pela Lei nº 13.303/2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e contempla capítulo específico concernente à fiscalização pelo Estado e pela sociedade.

Ainda quanto ao controle interno, realizado via de regra por controladorias, é imprescindível que a relação entre os órgãos de controle e os demais órgãos do Poder em comento seja de coordenação, mitigando-se eventual subordinação. Dessa forma, devem os órgãos de controle interno agir com independência administrativa, técnica e financeira e estarem situados hierarquicamente na mesma posição dos demais ministérios ou secretarias¹³⁸.

O controle externo previsto no modelo constitucional, por sua vez, é exercido pelo Poder Legislativo, com auxílio dos Tribunais de Contas¹³⁹, e tem contornos bem definidos, deles não podendo se afastar sob pena de caracterizar interferência de um Poder sobre outro e, por consequência, violação ao princípio constitucional da separação de poderes.

Ainda que o controle pelo Poder Legislativo deva ser exercido nos limites da CF/88, quanto aos órgãos fiscalizados, abrange todos aqueles que integram a Administração Pública, portanto, a Administração Direta e Indireta, bem como o Poder Judiciário e o Ministério Público, no tocante às atividades administrativas por eles desempenhadas.

A ideia de controle externo já existia na época em que o Brasil era colônia de Portugal, apesar de exercido de forma bastante precária. Com a vinda da família real portuguesa para o Brasil, em 1808, surgiram as figuras do Erário Régio (encarregado da guarda do tesouro real) e do Conselho da Fazenda (responsável pelo controle dos gastos públicos)¹⁴⁰.

Com a independência do Brasil em 1822 e a outorga da Constituição do Império de 1824, passou a ganhar força a ideia de criação de mecanismos de controle dos gastos e do orçamento público. Nessa época, começaram a surgir órgãos similares às Cortes de Contas, tendo o Tribunal de Contas da União sido criado em 1890, a partir do Decreto 966/A, e efetivamente instalado em 1893.

¹³⁸ FORTINI, Cristiana; SILVEIRA, Raquel Dias da. Perspectiva constitucional do controle interno. In: FORTINI, Cristiana; IVANEGA, Miriam Mabel (Coord.). **Mecanismos de controle interno e sua matriz constitucional: um diálogo entre Brasil e Argentina**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 29-30.

¹³⁹ O papel dos Tribunais de Contas no tocante ao controle externo dos atos da Administração Pública será abordado sob o aspecto do protagonismo no item 3.1.1 e do consequencialíssimo no item 3.3.2 e mais especificamente no último capítulo deste trabalho.

¹⁴⁰ SAMPAIO, Thiago Bezerra. O controle externo e interno da Administração Pública: estudo acerca do suscitado conflito entre as decisões do Tribunal de Contas da União e as deliberações do Conselho Nacional de Justiça. In: CARVALHO, Fábio Lins de Lessa (Coord.). **Direito administrativo progressista**. Curitiba: Juruá, 2020, p. 261-265.

As competências e atribuições do Tribunal de Contas foram, ao longo das diferentes Constituições brasileiras, sendo moldadas até o atingimento do modelo atual com a CF/88, que conferiu às Cortes de Contas a possibilidade de controlar a administração quanto à legalidade e também quanto aos resultados, analisando também a eficiência e a eficácia dos atos estatais.

Nesse aspecto, o controle externo pode ser compreendido como um conjunto de ações desenvolvidas por uma estrutura organizacional, por meio de atividades, procedimentos e recursos próprios e, portanto, alheios à estrutura que será objeto do controle, com a finalidade de fiscalizar, verificar e eventualmente propor a correção dos atos administrativos. Assim, o controle externo é realizado por órgão apartado do controlado.

Essa característica de não vinculação do órgão fiscalizador ao órgão fiscalizado visa garantir a plena eficácia das ações de gestão governamental, uma vez que a fiscalização da Administração Pública deve ser feita por órgão de “fora de suas partes”¹⁴¹, pautada por princípios determinados pelo ordenamento jurídico, como, por exemplo, legalidade, moralidade, publicidade, motivação e impessoalidade.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁴² divide o controle legislativo em político e financeiro. O controle político abrange a análise de legalidade e de mérito. À título de exemplo, a autora menciona a competência exclusiva do Congresso Nacional e do Senado para apreciar os atos do Poder Executivo, especificamente quanto às matérias elencadas nos artigos 49 e 52¹⁴³ da

¹⁴¹ GUERRA, Evandro Martins. **Os controles externo e interno da Administração Pública**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2003, 345 p.

¹⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 934.

¹⁴³ Artigo 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

II - autorizar o Presidente da República a declarar guerra, a celebrar a paz, a permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente, ressalvados os casos previstos em lei complementar;

III - autorizar o Presidente e o Vice-Presidente da República a se ausentarem do País, quando a ausência exceder a quinze dias;

IV - aprovar o estado de defesa e a intervenção federal, autorizar o estado de sítio, ou suspender qualquer uma dessas medidas;

V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa; [...]

XII - apreciar os atos de concessão e renovação de concessão de emissoras de rádio e televisão; [...]

XIV - aprovar iniciativas do Poder Executivo referentes a atividades nucleares; [...]

XVI - autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais; XVII - aprovar, previamente, a alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares. [...]

Artigo 52. Compete privativamente ao Senado Federal: [...]

III - aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de:

a) Magistrados, nos casos estabelecidos nesta Constituição;

b) Ministros do Tribunal de Contas da União indicados pelo Presidente da República;

c) Governador de Território;

d) Presidente e diretores do banco central;

e) Procurador-Geral da República;

CF/88; a convocação de ministros de Estado e titulares de órgãos subordinados à Presidência da República para prestar informações sobre assunto previamente determinado; a apresentação de pedidos de informações ao Poder Executivo; e a instauração de Comissão Parlamentar de Inquérito para apurar irregularidades.

O controle financeiro é aquele exercido pelo Poder Legislativo, com suporte do Tribunal de Contas. Encontra-se disciplinado entre os artigos 70 e 75 da CF/88 e tem como objeto a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, tanto da Administração direta, quanto da indireta, cuja análise se dá a partir dos aspectos da legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncias de receitas.

Ainda que não seja o foco desse trabalho, apenas para pontuar, é preciso ressaltar a possibilidade de controle judicial¹⁴⁴, a cargo do Poder Judiciário, o qual que abrange os atos de qualquer natureza da Administração Pública, devendo ser analisados quantos aos aspectos da legalidade, moralidade e os demais princípios constitucionais.

É preciso ressaltar que o controle da Administração Pública não é tarefa exclusiva de órgãos específicos ou mesmo de outros Poderes do Estado, já que pode ser realizado, de forma concomitante, pelo próprio cidadão, o qual pode agir para a defesa de interesses individuais, mas também de toda a coletividade.

O controle social, portanto, terceira modalidade do controle previsto no atual regime constitucional, é fruto da participação popular. Alcança todos os órgãos que integram a estrutura do Estado, inclusive dos Poderes Legislativo e do Judiciário. Tem como fundamentos o regime democrático, previsto constitucionalmente¹⁴⁵, e a cidadania, que, conforme José Afonso da

f) titulares de outros cargos que a lei determinar;

IV - aprovar previamente, por voto secreto, após arguição em sessão secreta, a escolha dos chefes de missão diplomática de caráter permanente;

V - autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios;

[...]

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União: Brasília, DF, p. 1, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 jun. 2022.

¹⁴⁴ “O controle judicial constitui, juntamente com o princípio da legalidade, um dos fundamentos em que repousa o Estado de Direito. De nada adiantaria sujeitar-se a Administração Pública à lei se seus atos não pudessem ser controlados por um órgão dotado de garantias de imparcialidade que permitam apreciar e invalidar os atos ilícitos por ela praticados”.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

¹⁴⁵ Artigo 1º [...]

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União: Brasília, DF, p. 1, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 jun. 2022.

Silva, “qualifica os participantes da vida do Estado, é atributo das pessoas integradas na sociedade estatal, atributo político decorrente do direito de participar no governo e direito de ser ouvido pela representação política”¹⁴⁶.

Márcio Ferreira Kelles¹⁴⁷ conceitua o controle social como o “conjunto de processos e mecanismos de controle, por parte da sociedade civil, realizado individual ou coletivamente, sobre as estruturas político-institucionais do Estado”, que funciona de forma a “auxiliar e compreender que a ação estatal será tão mais legítima, quanto mais a sociedade participar desse jogo iterativo que se joga jogando”.

O controle social pode ser classificado em duas categorias: *institucional*, quando exercido por instituições integrantes ou não da Administração, como é o caso do Ministério Público; e *natural*, exercido diretamente por entidades e organismos da sociedade civil, ou diretamente pelas comunidades, mediante a participação de representantes em órgãos colegiados das entidades públicas¹⁴⁸.

Quanto à categoria *institucional*, ao lado de outras funções legalmente estabelecidas, em especial as contidas no artigo 129 da CF/88, ao Ministério Público foi atribuída legitimidade para demandar em juízo, por meio de ações específicas, a defesa de interesses difusos e coletivos, bem como buscar a responsabilização de agentes públicos ou de pessoas jurídicas, em caso de danos à Administração Pública.

Apesar de outras entidades também disporem de legitimidade para promover ações com vistas à reparação de danos e responsabilização, a independência legalmente atribuída ao Ministério Público, bem como os instrumentos de que a instituição dispõe, o tornam mais estruturado e apto para o desempenho da importante função de controle da Administração.

Quanto à categoria *social*, a Constituição Federal contempla, como já visto, a possibilidade de qualquer cidadão denunciar irregularidades aos Tribunais de Contas; analisar as contas prestadas pelos Municípios; acompanhar as políticas públicas nas áreas da saúde, educação, cultura e assistência social; bem como garante a participação do usuário na Administração Pública, podendo especialmente apresentar reclamações quanto à prestação de

¹⁴⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 346-347.

¹⁴⁷ KELLES, Márcio Ferreira. A complementariedade dos controles interno e externo da administração pública mediados pelo controle social. In: FORTINI, Cristiana; IVANEGA, Miriam Mabel (Coord.). **Mecanismos de controle interno e sua matriz constitucional: um diálogo entre Brasil e Argentina**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 97.

¹⁴⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26ª ed. ver, amp. e atual. São Paulo: Atlas, 2013, p. 201-202.

serviços públicos; ter acesso a registros administrativos e informações sobre atos de governo; e representar contra exercício irregular ou negligente de cargo, emprego ou função.

O direito de acesso à informação, previsto no texto constitucional, constitui um dos mais importantes instrumentos para o exercício do controle social, tendo sido disciplinado pela Lei nº 12.527/2011, permitindo assim o acesso a dados de interesse particular, bem como aqueles inerentes à Administração Pública, de interesse de toda a coletividade.

A participação popular na Administração Pública é inerente ao próprio Estado Democrático de Direito. A participação social em essência tem início com o exercício do direito fundamental de voto, mas não se esgota nele. Mecanismos garantidos pelo próprio texto constitucional, como acesso à informação, o direito de receber dos órgãos públicos informações de interesse pessoal ou coletivo, o direito de petição, entre outros, são exemplos de formas que garantem que os cidadãos participem e, por consequência, auxiliem no controle dos atos de gestão pública.

Outros instrumentos como o plebiscito e o referendo, audiências públicas, orçamento participativo, consultas públicas e as ouvidorias (misto de controle interno e de controle social) também são exemplo de participação popular nas decisões tomadas, especialmente, pelo Poder Executivo, mas também atinentes às atividades legislativa e jurisdicional¹⁴⁹.

Juarez Freitas¹⁵⁰ observa que o controle social é, inclusive, uma espécie de defesa da constitucionalidade, ao lado do controle judicial, de modo que devem ser interpretadas restritivamente quaisquer limitações ao princípio da participação popular. Contudo, pondera que o controle social também pode ser “controlado” para que não se transforme em usurpador.

Feitas essas breves considerações acerca das modalidades de controle interno, externo e social previstas na CF/88, é importante frisar que tanto a tutela quanto a autotutela estão fundamentadas nos princípios que regem a atividade da Administração Pública, dentre eles, a segurança jurídica, pois, ao tempo em que a Administração pode, por ela mesma, rever os rumos de posicionamentos equivocados (sejam ilegais ou embasados em oportunidade e

¹⁴⁹ REIS, Camille Lima. A participação popular na administração pública a partir do emprego tecnológico. In: CARVALHO, Fábio Lins de Lessa (Coord.). **Direito administrativo progressista**. Curitiba: Juruá, 2020, p. 16-21 e 29-35.

¹⁵⁰ Na visão do autor, considerando que, de certo modo, o controle social “terá sempre matizes particulares em tensão com o ideal regulador do ‘bem de todos’ (CF/88, artigo 3º), e também nessa medida não pode ser visto como evento isolado: a participação é processo dialético de crítica, não algo abstrato, unilateral e congelável no tempo e no espaço. [...] O controle participativo, quando exercido sem patologia, não apenas serve para limitar o exercício da discricionariedade dos agentes públicos: serve, de modo prioritário, como adicional controle de resultados da gestão”.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 5 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 383-385.

conveniência), deverá fazê-lo de modo a respeitar eventuais direitos adquiridos, sem violar a boa-fé e a proteção da confiança emanada pelo cidadão em relação aos atos estatais.

Conforme destaca Valter Shuenquener Araújo¹⁵¹, pode haver um conflito entre o princípio da legalidade e o princípio da proteção da confiança, vertente subjetiva da segurança jurídica, na medida em que, regra geral, a constatação de que um determinado ato administrativo é ilegal resultaria na imediata anulação, com efeitos *ex tunc*, do ato benéfico ao administrado. Entretanto, o princípio da proteção da confiança pode ser aplicado, em hipóteses como esta, para preservação da situação do particular que havia confiado no ato anteriormente emanado pela Administração Pública. A confiança legítima, dessa forma, “reforça a ideia de que não existe um cego dever para o administrador anular todos os atos estatais que contenham vícios, pois inúmeros outros fatores podem aconselhar a sua manutenção”.

Ainda nesse sentido, José Sérgio da Silva Cristóvam¹⁵² observa que a atuação administrativa pode se dar *contra legem* para assegurar a prevalência de outros princípios constitucionais, como a segurança jurídica, boa-fé, confiança legítima, eficiência, moralidade e impessoalidade administrativa. Citando Gustavo Binbenbim, o autor explica a necessidade de ponderação entre princípios, de forma que se, em determinado caso concreto, houver prevalência do princípio da segurança jurídica em face do princípio da legalidade, não haverá necessariamente uma “transigência com a ideia de Estado de direito”, mas, sim, uma decorrência da “aplicação otimizada da Constituição”.

O controle social, por decorrência lógica, também realça a segurança jurídica, na medida em que o cidadão contribui para a fiscalização dos atos de gestão pública, bem como para a própria criação e introdução de novas normas no ordenamento jurídico, por meio de consultas e audiências públicas, por exemplo, respeitados os parâmetros constitucionais e infraconstitucionais já estabelecidos e conformadores da proteção da confiança.

Na acepção trabalhada neste capítulo, a incidência da segurança jurídica, sobre a atividade controladora exercida pelos Tribunais de Contas será retomada no terceiro capítulo, quando da análise dos aspectos relacionados ao regime de transição previsto no artigo 23 da LINDB e a sua aplicação à atividade fiscalizatória exercida por aquele órgão.

¹⁵¹ ARAÚJO, Valter Shuenquener. **O princípio da proteção da confiança**: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado. 2. ed., rev. e atual. Niterói: Impetus, 2016, p. 129.

¹⁵² CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Administração Pública democrática e supremacia do interesse público**: novo regimento jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes. Curitiba: Juruá, 2015, p. 256.

2.5 SÍNTESE CONCLUSIVA DO CAPÍTULO

O primeiro capítulo desta pesquisa traçou um panorama acerca da segurança jurídica, iniciando pela delimitação do instituto com base na lição de Humberto Ávila, que o conceitua a partir de três vertentes: *cognoscibilidade* (acesso material e intelectual à norma), *confiabilidade* (margem para alterações, porém com limites, inclusive, constitucionais) e *calculabilidade* (capacidade de prever cenários futuros para planejar ações no presente).

A primeira etapa abordou, ainda, a segurança jurídica como elemento estruturante do Estado Democrático de Direito, sem a qual os regimes republicanos não encontram sustentação; passando pela boa-fé na relação entre o particular e a Administração Pública e pela proteção da confiança, que seria uma espécie de vertente subjetiva da segurança jurídica.

As dimensões estática (*cognoscibilidade*) e dinâmica (*confiabilidade* e *calculabilidade*) da segurança jurídica receberam atenção especial ao longo do item 2.3. Não é possível conceber que, em uma sociedade permeada por complexidade nas relações entre indivíduos, a evolução - necessária e bem-vinda - seja marcada por descompassos e incoerências que resultem em instabilidade institucional, política, econômica e jurídica.

Como elemento do Estado Democrático de Direito, a segurança jurídica é ideal a ser perseguido por todas as esferas de Poder. Dessa forma, é preciso garantir um ambiente de estabilidade tanto no âmbito normativo-legislativo, com limitações à atuação estatal no sentido de modificar regras atualmente postas no ordenamento jurídico, quanto na esfera jurídica, que precisa respeitar situações já consolidadas e, quando necessário, prever regimes de transição e modulação de efeitos das decisões judiciais.

Por fim, tratou-se também do modelo de controle estabelecido na Constituição Federal de 1988, que passa, via de regra, pelo controle interno (dentro dos próprios Poderes, a partir de órgãos como controladorias e corregedorias), pelo controle externo (exercido pelo Poder Judiciário, pelos Tribunais de Contas e, em parte, pelo Ministério Público) e pelo controle social (efetivado a partir da participação popular). O panorama do modelo de controle abordado no primeiro capítulo servirá como base para o desenvolvimento, na segunda etapa deste trabalho, dos tópicos relacionados ao protagonismo das esferas controladoras que têm como resultado o chamado *direito administrativo do medo*.

Encerrando este primeiro capítulo, é preciso que se diga que este trabalho não pretende esgotar o estudo da segurança jurídica no âmbito do controle da Administração Pública, mas apresentar e estruturar subsídios para a compreensão do problema colocado sobre a

(im)possibilidade de se estabelecer um regime padrão de transição no âmbito dos Tribunais de Contas, como meio de concretização da segurança jurídica, a partir dos elementos do artigo 23 da LINDB.

Como contribuição ao estudo, o próximo capítulo será dedicado ao estudo do advento das recentes mudanças no cenário de controle da Administração Pública instituídas pela Lei nº 13.655/2018, na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro abordando o panorama das alterações, regime de responsabilização dos agentes públicos e relevância da segurança jurídica no processo sancionatório.

3 O IMPACTO DAS MODIFICAÇÕES DA LINDB NA ATIVIDADE DE CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, conhecida como LINDB¹⁵³ ou apenas como Lei de Introdução, instituída pelo Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, é, nas palavras de Flávio Tartuce, uma *norma de sobredireito*, ou seja, uma norma jurídica que tem por escopo regulamentar outras normas do ordenamento jurídico brasileiro¹⁵⁴.

Originalmente e ao longo das últimas décadas, a LINDB compunha-se de 19 artigos, tratando de questões gerais como vigência e características das normas, formas de integração, aplicação das leis no tempo e no espaço e aspectos de Direito Internacional.

Embora válida para qualquer norma jurídica, independentemente da área, a LINDB sempre foi estudada em conjunto ao Direito Civil. Entretanto, as alterações promovidas em 2018 - por meio da Lei nº 13.655, de 25 de abril, que incluiu na Lei de Introdução disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do Direito Público e foi cunhada como *nova LINDB* - mudaram a dinâmica de interpretação do decreto-lei, visto que os dez novos artigos (artigo 20 a 30 - o artigo 25 foi vetado) repercutem diretamente no Direito Público, em especial, no Administrativo.

Enquanto o primeiro capítulo tratou da segurança jurídica sob diferentes aspectos no âmbito do controle da Administração Pública e revelou a necessidade de considerar o instituto como peça fundamental para atuação dos órgãos de controle, o segundo capítulo será dedicado ao estudo das alterações promovidas pela Lei nº 13.655/2018 na LINDB e, por via reflexa, na Administração Pública como um todo.

Tais modificações legislativas tiveram a segurança jurídica como motivo determinante (como será visto no item 3.1), em uma tentativa de se repensar o protagonismo dos sistemas de controle (3.1.1) e frear fenômenos, como o *apagão das canetas*, provocado em boa parte pelo chamado *direito administrativo do medo* (temas que serão melhor abordados no item 3.1.2).

A partir do panorama das alterações provocadas pela Lei nº 13.655/2018 na LINDB (item 3.2), o regime de responsabilização dos agentes públicos (3.2.1), que, via de regra, transita

¹⁵³ O Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, anteriormente denominado de Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, passou a ser denominada de “Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro” em 2010, com a edição da Lei n. 12.376/2010, que teve origem em projeto de lei apresentado pelo então Deputado Federal por São Paulo, Celso Russomano.

¹⁵⁴ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. Volume único. 11 ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021, 1678, p. 1.

pelas searas cível, penal e administrativa, também será apreciado, com foco na necessidade de separar o erro da má-fé do administrador público (3.2.2), para garantir que o controle exercido sobre as decisões tomadas, as quais em boa medida ocorrem em um cenário de dinamismo, complexidade e incerteza, se dê de maneira justa e equilibrada, em especial, quando se trata de norma de conteúdo indeterminado.

Neste segundo capítulo, merecerá algumas considerações a relevância da segurança jurídica no processo sancionatório (item 3.2.3), em especial na relação do instituto com os precedentes administrativos (3.3.1) e na previsão estabelecida pela Lei nº 13.655/2018, de que as decisões controladoras precisam levar em consideração as consequências práticas (3.3.2).

Feita essa breve introdução sobre o que será analisado a partir de agora, sempre buscando a interface com a segurança jurídica, tema do primeiro capítulo e que sustenta toda a análise proveniente desta pesquisa, passa-se às considerações acerca do advento da nova LINDB no cenário de controle da Administração Pública.

3.1 SEGURANÇA JURÍDICA COMO MOTIVO DETERMINANTE DAS ALTERAÇÕES DA LINDB

A Lei nº 13.655/2018 decorre do Projeto de Lei do Senado - PLS nº 349, apresentado pelo então Senador Antonio Anastasia em 9 de junho de 2015. Na justificativa do projeto, o autor informa que a minuta foi elaborada pelos professores Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto, fruto de projetos de pesquisadores da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP) em parceria com a Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV)¹⁵⁵.

Após a aprovação da matéria no Senado Federal, o PLS nº 349/2015 foi submetido à apreciação da Câmara dos Deputados, onde recebeu o número 7.448. Aprovado pelos Deputados Federais, foi encaminhado à sanção presidencial em 2018. Houve vetos parciais, os quais foram mantidos pelo Congresso Nacional¹⁵⁶.

Com a sanção da lei, em 10 de junho de 2019, foi editado o Decreto nº 9.830, contendo 25 artigos com a finalidade de regulamentar os dispositivos introduzidos na LINDB pela Lei nº 13.655/2018. Dividido em cinco capítulos, o ato regulamentador aborda aspectos como decisão, instrumentos, responsabilidade do agente público e segurança jurídica na aplicação das normas.

¹⁵⁵ Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121664>. Acesso em nov. 2022.

¹⁵⁶ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Msg/VEP/VEP-212.htm. Acesso em nov. 2022.

Carlos Ari Sunfeld, um dos autores da minuta transformada no projeto que originou as alterações na LINDB, em artigo publicado antes mesmo da aprovação da lei, classificou a norma à época em discussão como “uma lei geral inovadora para o Direito Público”. Para ele, os dispositivos inseridos na Lei de Introdução são poucos e concisos, justamente ao estilo da LINDB original, que contém linguagem contemporânea e uma visão mais atual e pragmática do Direito Público. “É uma lei que, ao mesmo tempo, preserva as conquistas do controle público e ajuda no indispensável equilíbrio das relações internas do estado e das relações deste com a sociedade”¹⁵⁷.

Conforme Flávio Tartuce¹⁵⁸, os dez novos artigos introduzidos pela Lei nº 13.655/2018 permitiriam batizar a parte final da LINDB de “Lei da Segurança Hermenêutica da Administração Pública”. Segurança é justamente o grande viés das alterações na Lei de Introdução, como será melhor abordado no próximo tópico.

Como se depreende da própria ementa da Lei nº 13.655/2018, esta objetiva incluir na LINDB disposições relativas à segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do Direito Público. Logo, pode-se afirmar que a busca pela segurança jurídica foi o motivo determinante para a proposta de alteração da referida norma. A eficiência é, nesse sentido, consequência lógica das alterações, uma vez que, se os agentes públicos vivenciam um cenário seguro e favorável à tomada de decisão, certamente serão mais eficientes na criação e na aplicação do direito, atributo que também se pode aferir em relação aos resultados.

A segurança jurídica foi ressaltada pelo próprio autor do projeto de lei, o Senador Antonio Anastasia, ao fazer constar na justificativa apresentada à época, em 2015, a necessidade de fortalecimento do instituto a fim de se evitar um cenário de manutenção de incerteza e de imprevisibilidade provocado pelo aumento de regras relacionadas a processos e controle da Administração Pública, o que coloca em risco a própria estabilidade institucional¹⁵⁹.

¹⁵⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. **Uma lei geral inovadora para o Direito Público**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/control-publico/uma-lei-geral-inovadora-para-o-direito-publico-31102017>. Acesso em: 11 jul. 2022.

¹⁵⁸ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. Volume único. 11 ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021, p. 36.

¹⁵⁹ Da justificativa constante do PLS nº 349/2015, colacionam-se alguns trechos que indicam a preocupação do autor com o instituto da segurança jurídica: “Como fruto da consolidação da democracia e da crescente institucionalização do Poder Público, o Brasil desenvolveu, com o passar dos anos, ampla legislação administrativa que regula o funcionamento, a atuação dos mais diversos órgãos do Estado, bem como viabiliza o controle externo e interno do seu desempenho. Ocorre que, quanto mais se avança na produção dessa legislação, mais se retrocede em termos de segurança jurídica. O aumento de regras sobre processos e controle da administração têm provocado aumento da incerteza e da imprevisibilidade e esse efeito deletério pode colocar em risco os ganhos de estabilidade institucional. [...] O que inspira a proposta é justamente a percepção de que os desafios da ação do Poder Público demandam que a atividade de regulamentação e aplicação das leis seja submetida a novas balizas interpretativas,

Carlos Ari Sunfeld¹⁶⁰ registra que a lei norteia o caminho da garantia de direitos e de mecanismos para “transição jurídica adequada em caso de mudanças, para a estabilização de relações jurídicas, para a eliminação de incertezas jurídicas, para a solução consensual de dificuldades ou conflitos e para a participação da sociedade na produção de normas administrativas”, o que se traduz em ganhos significativos ao Direito Público.

A expansão da LINDB para o Direito Público foi facilitada, na visão de Caroline Maria Vieira Lacerda¹⁶¹, pela inexistência de sistematização da legislação administrativa. De modo que as alterações introduzidas pela Lei nº 13.655/2018 tem o intuito de reforçar a segurança jurídica e ponderar insuficiências que a LINDB tinha quanto à criação e à aplicação do Direito Público. As modificações tornaram mais segura a atuação dos gestores e proporcionam mais estabilidade no tocante a eventuais transições jurídicas, de forma a não comprometer o controle público.

Dessa forma, conforme a autora, as novas regras da LINDB podem ser classificadas em quatro principais eixos: segurança jurídica de cidadãos e empresas diante do Estado; segurança jurídica na atuação dos administradores públicos; democratização e aumento da transparência da Administração Pública; e valorização das consequências de cada decisão tomada de forma aliada à realidade prática de quem decide.

A visão de que a nova LINDB teve como foco a busca pela segurança jurídica é compartilhada por Maria Helena Diniz, para quem o objetivo da Lei nº 13.655/2018 pode ser

processuais e de controle, a serem seguidas pela administração pública federal, estadual e municipal. A ideia é incluir na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei 4.657/1942) disposições para elevar os níveis de segurança jurídica e de eficiência na criação e aplicação do direito público. Conforme esclareceram os referidos professores, o projeto em apreço propõe medidas para neutralizar importantes fatores de distorção da atividade jurídico-decisória pública. São eles:

- O alto grau de indeterminação de grande parte das normas públicas;
- A relativa incerteza, inerente ao Direito, quanto ao verdadeiro conteúdo de cada norma;
- A tendência à superficialidade na formação do juízo sobre complexas questões jurídico-públicas;
- A dificuldade de o Poder Público obter cumprimento voluntário e rápido de obrigação por terceiros, contribuindo para a inefetividade das políticas públicas;
- A instabilidade dos atos jurídicos públicos, pelo isco potencial de invalidação posterior, nas várias instâncias de controle.
- Os efeitos negativos indiretos da exigência de que as decisões e controles venham de processos (que demoram, custam e podem postergar cumprimento de obrigações);
- O modo autoritário como, na quase totalidade dos casos, são concebidas e editadas normas pela Administração Pública”.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei 349, de 9 de junho de 2015**. Inclui, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei 4.657, de 1942), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4407647&ts=1593913219661&disposition=inline>>. Acesso em: 11 jul. 2022.

¹⁶⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. **Uma lei geral inovadora para o Direito Público**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/uma-lei-geral-inovadora-para-o-direito-publico-31102017>. Acesso em 11 jul. 2022.

¹⁶¹ LACERDA, Caroline Maria Vieira. **Os impactos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro nas ações de improbidade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 125-126.

dividido em três aspectos¹⁶². O primeiro está relacionado ao aprimoramento da qualidade decisória em todos os níveis, seja dos órgãos administrativos, de controle ou judiciais, na medida em que os novos dispositivos impõem a motivação decisória e definem balizas para interpretação e aplicação de normas atinentes à gestão pública.

O segundo aspecto da busca pela segurança jurídica concentra-se em estabelecer instrumentos de diálogo, marcados pela transparência e pela eficiência, entre as autoridades públicas e os particulares. Esses instrumentos, que a autora chama de “regime de negociações”, podem ser exemplificados na participação do cidadão nas decisões tomadas pela Administração Pública por meio de consultas públicas, celebração de compromissos e regimes jurídicos de transição.

Por fim, o terceiro aspecto do objetivo das alterações na Lei de Introdução diz respeito a uma nova perspectiva de responsabilização do agente público, que só poderá responder pelas condutas ao agir com dolo ou erro grosseiro, afastando a ideia de responsabilidade com base em culpa simples (ou mera culpa).

Assim, os novos artigos da LINDB se propõem a proteger a sociedade contra “incerteza, riscos e custos excessivos”, trazendo segurança jurídica, na medida em que promovem a participação de todos os atores envolvidos no processo - desde os particulares até as autoridades competentes - o que resulta em racionalidade das decisões, sejam elas administrativas, judiciais ou de natureza controladora. Portanto, os agentes públicos passaram a ter um ônus argumentativo adicional, que passa pela análise das peculiaridades e das dificuldades do caso concreto¹⁶³.

O problema da insegurança jurídica, entretanto, não será completamente solucionado com a nova LINDB. Conforme Juliana Bonacorsi de Palma, a insegurança jurídica é “um dado da realidade: ela jamais poderá ser vencida”¹⁶⁴.

¹⁶² DINIZ, Maria Helena. Artigos 20 a 30 da LINDB como novos paradigmas hermenêuticos do direito público, voltados à segurança jurídica e à eficiência administrativa. **Revista Argumentum – RA**, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 19, N. 2, pp. 305-318, Mai.-Ago. 2018, p. 306.

¹⁶³ “A insegurança jurídica é, infelizmente, uma realidade fática, valorada de forma subjetiva, logo norma alguma poderá eliminá-la, apesar de poder, em certa medida, minimizar suas consequências nefastas”. DINIZ, Maria Helena. Artigos 20 a 30 da LINDB como novos paradigmas hermenêuticos do direito público, voltados à segurança jurídica e à eficiência administrativa. **Revista Argumentum – RA**, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 19, N. 2, pp. 305-318, Mai.-Ago. 2018, p. 305-306 e p. 317.

¹⁶⁴ A autora lembra que o Direito tem buscado métodos para enfrentar a insegurança jurídica, um deles voltado à produção legislativa, por exemplo. Entretanto, possui limitações, “principalmente no atual cenário de transformações conjunturais catalisadas por novas tecnologias, nunca haverá plena regulamentação de todas as situações concretas e, além disso, o tempo da produção normativa é demasiadamente moroso”. Por essa razão, a proposta legislativa que resultou na Lei nº 13.655/2018, voltou-se fundamentalmente ao comportamento dos agentes públicos, controladores e pessoas que interagem com o Poder Público de modo geral.

Assim, a norma não buscou criar mecanismos com a finalidade de a Administração Pública se esquivar dos órgãos de controle. Pelo contrário, tratou de esclarecer e aprofundar experiências já em curso na gestão pública, revestindo-se como uma *metanorma* nas relações com o Poder Público para que os particulares possam planejar ações, em um ambiente que prestigia a segurança jurídica, e as instituições tenham condições de atuar para o alcance das finalidades públicas.

3.1.1 O protagonismo dos sistemas de controle

A necessidade de garantir segurança jurídica na interpretação e aplicação do Direito, facilitando a atuação dos gestores públicos, foi, de certo modo, reforçada pelo cenário de protagonismo dos sistemas de controle que se consolidou ao longo das últimas décadas.

É importante dizer que a atuação dos órgãos de controle deve ser incentivada e legitimada. Como visto no primeiro capítulo desta pesquisa, que abordou o modelo de controle estabelecido na Constituição Federal de 1988 e a interface com a segurança jurídica, a necessidade de introdução de mecanismos de controle sobre os atos estatais vem de longa data, situando-se como típico instrumento republicano e como forma de assegurar, inclusive, a separação dos Poderes.

É fato que a função administrativa está, intrinsecamente, sujeita ao controle, pois é exercida, em regra, por agentes públicos que atuam em nome da coletividade. Desse modo, “a Administração é, por definição, uma atividade controlável”, na medida em que o responsável por definir se o trabalho realizado atende ou não os pressupostos da legalidade e do interesse público não é necessariamente quem o exerce, mas, em boa parte, quem o controla¹⁶⁵.

Edilson Vitorelli¹⁶⁶ lembra, ainda, que o controle do Direito seria uma “marca maior do Estado Democrático contemporâneo”, que não pode ser minimizado em razão da possibilidade de discricionariedade do gestor público, embora esta seja, em muitos casos,

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **A proposta de lei da segurança jurídica na gestão e do controle públicos e as pesquisas acadêmicas**. 2018. Disponível em <<https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/06/LINDB.pdf>>. Acesso: 14 jul. 2022, p. 21.

¹⁶⁵ GUIMARÃES, Bernardo Strobel. A LINDB e os pressupostos de controle em uma administração complexa. In: VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel Morettini (Coord.). **A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 342-343.

¹⁶⁶ VITORELLI, Edilson. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a ampliação dos parâmetros de controle dos atos administrativos: um novo paradigma. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 19, n. 78, p. 195-219, out./dez. 2019. Disponível em: <<http://www.revistaacc.com/index.php/revistaacc/article/view/1150/834>>. Acesso em: 24 jul. 2022, p. 197.

necessária, uma vez que “não há gestão sem escolhas e, se a lei não impõe a solução do caso, cabe ao administrador a decisão”.

Para garantir o controle dos atos estatais, a CF/88 tratou de estabelecer um importante modelo, que pode se dar, como já visto, por meio do controle interno, externo e social, de modo que os esforços da coletividade precisam se concentrar no aprimoramento do regime constitucional para garantir, sobretudo, a aplicação da justiça, na essência do termo, quando se analisa a administração da coisa pública.

Entretanto, é inegável que o avanço dos sistemas de controle contribuiu para o cenário vivenciado quando da apresentação do projeto que culminou na sanção da Lei nº 13.655/2018. Esse cenário, nas palavras de Carlos Ari Sunfeld, revelava uma crise “causada por opções legislativas conscientes, das ideias históricas sobre a divisão de tarefas dentro do estado na construção do interesse público”¹⁶⁷.

José Sérgio da Silva Cristóvam e Thanderson Pereira de Sousa¹⁶⁸ observam que o crivo realizado sobre os atos de gestão do poder público pelas mais variadas instâncias de controle, como o Poder Judiciário, o Ministério Público e os Tribunais de Contas, tem se tornado cada vez mais abrangente e totalizante, “muitas das vezes a partir de pautas político-morais vestidas

¹⁶⁷ A pesquisa acadêmica realizada pela Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), em parceria com a Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV), culminou na publicação, em 2013, como capítulo integrante do livro “Contratações Públicas e seu Controle”, do trabalho “Uma Nova lei para Aumentar a Qualidade Jurídica das Decisões Públicas e seu Controle”, assinado por Carlos Ari Sunfeld e por Floriano de Azevedo Marques Neto. Segundo os autores (2013, p. 278), “a incerteza jurídica é a porta de entrada das violações aos direitos. Necessário, pois, melhorar o ferramental que permita assegurar segurança e previsibilidade tanto na ação do Poder Público quanto na sua relação com os indivíduos”. Referida pesquisa, utilizada como base pelo parlamentar proponente do PLS nº 349/2015, que resultou na Lei nº 13.655/2018, concluiu que, para superar a crise da insegurança jurídica, seria preciso aceitar duas tendências. “Por um lado, a de juízes e controladores compartilharem em alguma medida com a administração pública a construção em concreto do interesse público. Por outro, a de a administração compartilhar uma parte da produção normativa com os legisladores. Mas o problema, apontou a pesquisa, é que as leis sobre a atuação dos diversos órgãos, muito pontuais e fragmentadas, não foram capazes de inventar o ‘direito mais que administrativo’ (capaz de lidar com a construção do interesse público para além do âmbito da administração), necessário para evitar a ineficiência e o arbítrio no exercício dessas competências compartilhadas. Além disso, a gestão pública no Brasil ficara fragilizada e até acuada, muitas vezes por conta de avaliações apressadas e superficiais. Daí a constatação de que só uma solução legislativa articulada poderá abrir caminho para o equilíbrio no compartilhamento de funções jurídicas criadoras pelos vários Poderes e órgãos constitucionais autônomos”. SUNDFELD, Carlos Ari. **Uma lei geral inovadora para o direito público**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/uma-lei-geral-inovadora-para-o-direito-publico-31102017>. Acesso em: 11 jul. 2022.

¹⁶⁸ Os autores ressaltam que os avanços obtidos a partir da ideia de força normativa da Constituição, especialmente a atuação principiológica, “turbinaaram sobremaneira as já robustas funções dos Tribunais de Contas no Brasil, expandindo as possibilidades de fiscalização e correção, infelizmente numa cultura ainda muito mais de punição *a posteriori* do que de orientação preventiva”. Essa conjuntura favorece o “voluntarismo como externalidade negativa”. CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SOUSA, Thanderson Pereira de. O controle da Administração Pública no contexto do constitucionalismo contemporâneo: um debate a partir do contexto das mudanças trazidas pela LINDB. In: **Direitos humanos e participação política**. 1 ed. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2020, v. XI, p. 125-126.

com roupas jurídicas, por serem informadas pelas bitolas abertas e irracionalmente aplicadas da ponderação de princípios à brasileira”¹⁶⁹.

Esse cenário acaba por conduzir ao que eles chamam de “estrangulamento” da Administração Pública. “Do festejado sentimento do ‘agora vai’ pós-Constituição de 1988, o irrefletido alargamento do ambiente de insegurança jurídico-política acabou por nos conduzir a uma espécie de ‘salve-se quem puder’, a redundar num cenário de ‘apagão das canetas’ e de ‘Administração Pública do medo’”.

Nessa perspectiva, a Lei nº 13.655/2018 tem o condão de fornecer subsídios para que a segurança jurídica e a eficiência, objetos da própria ementa da lei, sejam viabilizadas pela atuação dos órgãos de controle. “Corrige-se, assim, a ênfase da legislação anterior, que se revelou incapaz de compor bem os distintos valores públicos, pois andou multiplicando os espaços de contestação das decisões públicas sem atentar a sério para os riscos de instabilidade do sistema”¹⁷⁰.

O problema não está em reconhecer que o controle se dá de modo amplo, mas, sim em entender de que maneira deve ser exercido. O desafio dos órgãos de controle que se impõe na atualidade, portanto, seria equilibrar as exigências de atuação da Administração Pública com a proteção da sociedade, pois a concepção elementar de controle de matriz privada não alcança a seara pública tampouco as exigências reais de atuação dos órgãos administrativos.

É fato que a complexidade das relações sociais contemporâneas forçou o dinamismo da atividade estatal. Na atualidade, segundo Bernardo Strobel Guimarães¹⁷¹, a Administração Pública assume uma “atividade de conformação de interesses utilizando muitas vezes a técnica da ponderação” e, por esta razão, ocorre o que chamou de “perda da clareza do espaço de controle da Administração”. Como consequência, os órgãos de controle assumiram uma postura

¹⁶⁹ Sobre o tema, Francisco Maia Alves, analisando um conjunto de decisões do TCU (Decisão nº 215/1999-TCU-Plenário; Acórdão nº 1.755/2004-TCU-Plenário; Acórdão nº 749/2010-TCU-Plenário; Acórdão nº 1.977/2013-TCU-Plenário; Acórdão nº 1.823/2013-TCU-Plenário; Acórdão nº 746/2014-TCU-Plenário; Acórdão nº 255/2015-TCU-Plenário) sustenta a prática de verdadeiro ativismo controlador, com a amplificação das funções institucionais e a elaboração de regras e exceções para os casos julgados. ALVES, Francisco Sérgio Maia. O ativismo na atuação jurídico-administrativa do Tribunal de Contas da União: estudo de casos. **Revista de Informações Legislativas**, Brasília, a. 53, n. 209, p. 303-328, jan./mar. 2016. p. 323-324. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/520010/001063276.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 2 ago. 2022).

¹⁷⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. **Uma lei geral inovadora para o direito público**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/control-publico/uma-lei-geral-inovadora-para-o-direito-publico-31102017>. Acesso em: 11 jul. 2022.

¹⁷¹ GUIMARÃES, Bernardo Strobel. A LINDB e os Pressupostos de Controle em uma Administração Complexa. In: VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel Morettini (Coord.). **A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 343-350.

de desconfiança em relação à atuação administrativa, o que leva à instalação de um ambiente de insegurança e instabilidade, uma verdadeira antítese do que se espera do Estado.

O controle exercido atualmente sobre a Administração Pública, nesse sentido, está pautado em uma perspectiva formal contrastada com a legalidade, de modo que, materialmente, não é operado sob critérios objetivos, mas sob padrões abertos e capazes de suscitar diferentes interpretações, causando dificuldades operacionais, de modo que muitas vezes os órgãos de controle ultrapassam o aspecto formal, que deveria apenas apontar eventuais ilegalidades, e acabando se imiscuindo na seara discricionária do gestor público, em uma tentativa – equivocada – de tentar definir o que “deveria” ter sido decidido, gerando, inclusive, efeitos retroativos.

O controle em um ambiente complexo, portanto, deve se dar a partir de quatro premissas. A primeira refere-se à necessidade de reconhecer que “a fluidez das normas jurídicas não pode ser vista como foco de insegurança”. Nessa perspectiva, como já visto inclusive ao longo do primeiro capítulo, é que a segurança jurídica deve ser compreendida tanto na dimensão estática (cognoscibilidade) quanto na dimensão dinâmica (confiabilidade e calculabilidade), permitindo que a sociedade e o Direito evoluam sem ocasionar instabilidades institucionais¹⁷².

A segunda está relacionada à necessidade de instrumentalizar a Administração Pública para conviver com o controle em um ambiente complexo, de forma a reparar eventuais ilegalidades, sem descuidar dos efeitos já gerados, com possibilidade de criar regimes de transição nas hipóteses de mudança de orientação. Aqui, novamente é possível fazer um resgate das considerações apresentadas na primeira parte deste trabalho, especialmente quanto à proteção da confiança legítima depositada pelo particular em face dos atos estatais e à possibilidade de modulação de efeitos das decisões para evitar efeitos retrospectivos que provoquem danos à segurança jurídica.

A terceira premissa é a utilização de “esquemas negociados” capazes de reduzir insegurança e, ao mesmo tempo, reparar ilegalidades. A negociação entre as partes permite ajustes para se chegar a uma solução mais adequada a todos os envolvidos. Conforme bem anotado por Guimarães, “já vai longe o tempo em que a indisponibilidade do interesse público era vista como sinônimo de impossibilidade de negociação”¹⁷³.

¹⁷² Ibidem.

¹⁷³ Ibidem.

Por fim, a quarta perspectiva que deve ser encarada pelo controle em um ambiente complexo é a necessidade de proteger quem decide, pois não se pode desconsiderar que decidir é fazer uma opção entre dois ou mais cenários, o que inclui riscos e incertezas.

Portanto, o protagonismo dos sistemas de controle que se observa no cenário atual precisa dar lugar a um sistema de controle que leve em consideração o fato de que a atuação do gestor público ocorre em um ambiente complexo permeado, muitas vezes, por instabilidades institucionais, econômicas, políticas e jurídicas.

A manutenção do protagonismo da forma como se encontra, sem a racionalização do controle da Administração Pública, leva à perpetuação de um ambiente em que o administrador toma decisões - quando as toma - recheadas de temores e incertezas, pondo em risco a própria eficiência da atuação administrativa e o que a sociedade espera do aparato estatal.

3.1.2 O apagão das canetas e o direito administrativo do medo como consequências da insegurança jurídica

Administrar é fazer escolhas e gerenciar riscos. Patrícia Baptista¹⁷⁴ observa que o gestor público contemporâneo atua em uma era recheada de incertezas e riscos das mais variadas naturezas, como tecnológicos, ambientais, sanitários, biológicos, energéticos, farmacológicos, alimentares e políticos. E todos eles redundam nos riscos jurídicos, que permeiam todas as áreas.

Isso sem falar nas situações de ameaças, catástrofes e pandemias, como a da Covid-19, que fizeram com que o gestor público assumisse riscos tomando decisões urgentes em um cenário de absoluta falta de clareza sobre as consequências da doença que se alastrou mundialmente.

É razoável que a sociedade espere do Estado uma atuação de intervenção e gestão desses riscos, porém nem sempre se atenta para o fato de que, em boa parte das vezes, não há subsídios necessários à tomada de decisão, seja porque insuficientes ou mesmo sequer existentes.

Nesse contexto, se assenta o *direito administrativo do risco*, que Patrícia Baptista chama de “uma especialização da atividade ordenadora estatal que observe o conhecimento

¹⁷⁴ BAPTISTA, Patrícia. A LINDB e o Direito Administrativo do Risco: parâmetros substantivos e procedimentais para decisões públicas em ambiente de risco e incerteza. In: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael (Coord). **Nova LINDB: proteção da confiança, consensualidade, participação democrática e precedentes administrativos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 27-30.

técnico-científico como instrumento decisório para lidar com a imprevisibilidade dos riscos, mas fica, de certo modo, refém das limitações e mutações deste conhecimento”¹⁷⁵.

Entretanto, o protagonismo dos sistemas de controle, como visto no tópico anterior, que tradicionalmente atuam sob uma perspectiva formal embasada meramente na legalidade sem atentar às circunstâncias materiais e de complexidade do cenário envolvido na tomada de decisão, faz com que a teoria do risco, inerente à Administração Pública, assumam faces mais agressivas, passando de um cenário de *direito administrativo do risco* para um *direito administrativo do medo*.

Rodrigo Valgas dos Santos¹⁷⁶ tem uma obra dedicada ao assunto, na qual analisa pormenorizadamente o cenário no qual se opera o chamado *apagão das canetas*, metáfora utilizada para demonstrar que os gestores públicos têm evitado tomar decisões consideradas inovadoras por medo da excessiva e, por vezes, injusta responsabilização.

O autor introduz a ideia de *direito administrativo do medo* a partir do conceito de disfuncionalidade administrativa decorrente do controle externo, que seria “toda atuação insuficiente, ineficiente ou ilegal da Administração decorrente da atuação direta ou indireta dos órgãos de controle externo, que podem produzir condutas ou resultados prejudiciais ao desempenho de função administrativa”.

Essas disfuncionalidades fazem com que o administrador público tenha receio de tomar decisões e acabe reagindo de modo equivocado em relação às questões jurídicas e administrativas, em uma sucessiva delegação de responsabilidades a subordinados e até mesmo com o incentivo ao cidadão para que procure resolver litígios no âmbito judicial, de modo a não precisar ordenar despesas sem decisões que lhe imponham a tomada de decisão em determinado sentido.

As disfuncionalidades do controle externo são, em boa parte, explicadas por premissas ideológicas relacionadas ao senso comum de que a maioria dos agentes públicos é corrupta, especialmente reforçado pelas denúncias de irregularidades e improbidades feitas pela mídia.

¹⁷⁵ “A fim de diminuir os riscos inerentes à atividade administrativa, é necessário concentrar esforços na “parametrização da decisão de risco”, com vistas à procedimentalização e à abertura do processo decisório à participação de fontes externas, sejam institucionais ou da sociedade civil. “O processo opera, nesse contexto, como espaço deliberativo, de legitimação e como instrumento para a responsividade do tomador de decisão. E, por fim, como o lugar onde se deve construir, com transparência, a fundamentação adequada”. BAPTISTA, Patrícia. A LINDB e o Direito Administrativo do Risco: parâmetros substantivos e procedimentais para decisões públicas em ambiente de risco e incerteza. In: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael (Coord). **Nova LINDB: proteção da confiança, consensualidade, participação democrática e precedentes administrativos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, 276, p. 27-30.

¹⁷⁶ SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo: Risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 126.

A ideia banal de que os agentes públicos são desonestos gera um “permanente estado de dúvida”, situação que acaba por conduzir à grande interferência dos órgãos de controle externo como se vê atualmente¹⁷⁷.

Nesse sentido, o medo, para além de inibir uma atuação mais inovadora por parte do Administrador, resulta na dificuldade de aplicar, no dia a dia, o Direito da forma compreendida como a mais adequada. Isso implica a própria paralisia do agente público, pois não se trata tão somente do receio de tomar uma decisão, mas da percepção de que, mesmo fundamentando a decisão tomada, ainda assim haverá risco de responsabilização injusta.

Em um paralelo entre o *direito administrativo do risco* - inerente à própria ideia de Administração Pública e que pode, inclusive, ser positivo, pois impulsiona o gestor a novos desafios - e o *direito administrativo do medo*, Valgas dos Santos observa que “o risco transmuda-se em medo quando na percepção do agente público poderá ser punido pelo simples fato de decidir, ou, no mínimo, que estará sujeito a processos sancionadores no âmbito administrativo ou jurisdicional por sua decisão”¹⁷⁸.

O autor assevera que insegurança jurídica figura como um dos fatores que contribuem para o cenário do medo na Administração Pública, especialmente porque (i) as normas jurídicas que regram a seara administrativa são excessivamente abertas, dificultando a interpretação e a aplicação do Direito; (ii) a hiperinflação legislativa¹⁷⁹ torna quase impossível o conhecimento de todas as normas; e, por fim, (iii) em razão da pouca deferência dos órgãos de controle externo às decisões tomadas pelos agentes públicos.

Mario Engler Pinto Junior¹⁸⁰ atenta para o fato de que o gestor público precisa tomar decisões em um cenário no qual muitas vezes a informação não está completa. Já o controle da decisão anteriormente tomada ocorre, via de regra, em momento bastante posterior, motivo pelo

¹⁷⁷ “Na atual quadra da história do controle externo brasileiro qualquer agente público que ordene despesa pública tem enorme probabilidade de receber inúmeras multas, sanções políticas e econômicas, indisponibilidade de bens por infundáveis anos, além de ter sua honra e seu nome execrados perante a familiares e a coletividade. Tudo isso seria muito positivo se efetivamente praticassem malfeitos e danos ao erário. O problema é que por vezes tais sanções não são juridicamente sustentáveis e se observa o crescente decisionismo do agente controlador sobre a Administração pública. Agiganta-se a insegurança na interpretação da norma jurídica de modo a colmatar os desejos do intérprete sobre as escolhas do agente ou ato administrativo objeto de controle. Evidente que todo texto normativo exige limites semânticos e sintáticos que comportam esforço exegético para bem aplicá-lo, o problema está em fazê-lo de modo a prestigiar mais a subjetividade do intérprete do que a objetividade e os limites dados pelo próprio texto normativo”. SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo: Risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 135.

¹⁷⁸ SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo: Risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 334.

¹⁷⁹ Na linha do que já afirmava Eros Grau (2014, p. 185-186) no item 2.3.1 deste trabalho.

¹⁸⁰ PINTO JUNIOR, Mario Engler. O dever fiduciário de diligência do gestor público. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; e SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - Anotada: Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Volume II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 34-35.

qual a decisão judicial ou controladora precisa levar em consideração a “pressão da urgência e a limitação das informações então disponíveis”.

Se essas circunstâncias não forem consideradas, a tendência do administrador público é trabalhar “sempre na defensiva”, atuando dentro de padrões pré-estabelecidos, o que não é saudável nem para o próprio gestor nem para a coletividade, pois a sociedade contemporânea exige soluções inovadoras para os problemas da gestão pública, para que os recursos sejam melhor geridos e os resultados apontem para um caminho de mais eficiência.

Francisco Arlem de Queiroz Sousa¹⁸¹, em artigo intitulado “Hércules, o gestor”¹⁸², faz, a partir dos estudos apresentados por Ronald Dworkin, uma analogia da figura de Hércules - herói da mitologia grega conhecido pela força física e pela realização de missões consideradas impossíveis - com os papéis desempenhados pelos gestores públicos no Brasil.

Enquanto Dworkin apresenta a metáfora do “juiz Hércules”¹⁸³, Sousa aplica a analogia ao gestor público que “se esconde e tem medo de usar o pouco de discricionariedade conferida pela lei que ainda não foi restringida à zero pela miríade de princípios que lhe cercam”, resultando no afastamento do serviço público de bons profissionais que, mesmo agindo de boa-fé, têm medo de serem injustamente responsabilizados.

Segundo o autor, o controle judicial tem produzido *corpos dóceis*¹⁸⁴ e provocado o fenômeno batizado como *apagão das canetas*: “até atos puramente administrativos, que outrora, seria inimaginável a intromissão judicial, hoje são questionados em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no do artigo 5º, XXXV da Constituição”.

¹⁸¹ SOUSA, Francisco Arlem de Queiroz. Hércules, o gestor. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson. **Desenvolvimento nacional**: por uma agenda propositiva e inclusiva. Curitiba: Íthala, 2020. 568, p. 361-380.

¹⁸² O artigo “Hércules, o gestor”, escrito pelo advogado da União Francisco Arlem de Queiroz Sousa, ficou em segundo lugar no concurso de artigos jurídicos “Prêmio Professor Celso Antônio Bandeira de Mello”, realizado durante o 33º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA), em outubro de 2019, em Campo Grande/MS.

¹⁸³ “Dworkin também não aceita que o Direito seja irremediavelmente subjetivo, motivado por convicções particulares e ‘apenas uma questão do que cada juiz, individualmente, acha melhor ou do que ele comeu no café da manhã’. Para resolver tudo isso ele dá vida a um juiz de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, capaz de desenvolver teorias sobre aquilo que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requereriam, batizando-o de Hércules”. SOUSA, Francisco Arlem de Queiroz. Hércules, o gestor. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson. **Desenvolvimento nacional**: por uma agenda propositiva e inclusiva. Curitiba: Íthala, 2020. p. 364.

¹⁸⁴ A expressão “corpos dóceis” é de Michel Foucault “ao narrar que o poder antes era personificado na figura do soberano, mas com a modernidade ele se dissemina nas instituições sob a forma de disciplina, docilizando lenta e paulatinamente os seres humanos até que tudo pareça estar como sempre esteve: normal. ‘É dócil um corpo que pode ser submetido, que pode ser utilizado, que pode ser transformado e aperfeiçoado’”. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987. p. 163. SOUSA, Francisco Arlem de Queiroz. Hércules, o gestor. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson. **Desenvolvimento nacional**: por uma agenda propositiva e inclusiva. Curitiba: Íthala, 2020, p. 377-378.

O agigantamento dos órgãos de controle, o que inclui o Poder Judiciário, na medida em que utilizam a “febre principiológica que avançou sobre todos os campos do direito” para se imiscuir nas competências de outros Poderes, causa uma “paralisia da máquina administrativa”. O gestor público passou a ter medo de usar a discricionariedade conferida pela própria lei.

Esse cenário acaba por robotizar os gestores públicos na medida em que retira deles a “liberdade criativa”, reduzindo-os a um papel de meros cumpridores de recomendações dos mais diferentes órgãos - Controladorias, Ministério Público, Tribunal de Contas e o próprio Poder Judiciário. “Com isso, cada vez mais se impõe que a administração pública seja gerida por seres dotados de poderes sobrenaturais, os quais sejam capazes de encontrar a única solução correta [...] pelo menos encontrar a decisão que agrada ao juiz e consiga satisfazer sua discricionariedade”¹⁸⁵.

Nesse sentido, o autor propõe que o “juiz hércules”, da metáfora dworkiana, peça exoneração do cargo da magistratura e seja empossado como gestor público na seara administrativa, pois somente Hércules, dotado de “capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas conseguirá desenvolver teorias sobre aquilo que a intenção legislativa e o ‘carnaval’ de princípios jurídicos requerem”.

Metáforas a parte, fato é que tanto os controladores - juízes ou não - quanto os gestores públicos são pessoas comuns dotadas de limitações e que precisam atuar, na maior parte das vezes, em um ambiente carregado de complexidade, lastreado em instabilidades e insegurança jurídica.

Nesse sentido, o protagonismo do modelo de controle, que deu lugar a um cenário em que o medo impera no seio administrativo, a ponto de consolidar fenômenos como o *apagão das canetas*, precisa ser repensado de forma aliada às novas premissas introduzidas pela Lei nº 13.655/2018, as quais serão melhor analisadas a seguir.

Assim, será possível consolidar mecanismos que garantam o desenvolvimento de políticas públicas e a aplicação de recursos com base no interesse público, sem margem para desconfiança e equivocadas suposições de que a regra é a improbidade e a desonestidade. É preciso inverter a lógica e, sem obviamente descuidar do controle, passar a tratar o agente público como um servidor dotado de boa-fé e com vontade de *servir* à coletividade, na essência do termo.

¹⁸⁵ SOUSA, Francisco Arlem de Queiroz. Hércules, o gestor. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson. **Desenvolvimento nacional: por uma agenda propositiva e inclusiva**. Curitiba: Íthala, 2020, p. 374-375,

É preciso pontuar que a inversão de lógica aqui proposta não significa menoscabo ao necessário controle dos atos administrativos, quanto aos diferentes aspectos que devem ser considerados, dentre eles a legalidade, tampouco desconsideração da pertinência da responsabilização. O que se propõe é que o ponto de partida não pode ser a presunção de desonestidade.

3.2 PANORAMA DAS ALTERAÇÕES NA LINDB INTRODUZIDAS PELA LEI Nº 13.655/2018

A Lei nº 13.655/2018 inseriu dez novos artigos - artigo 20 a 30 (o artigo 25 foi vetado) - na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - Decreto-Lei nº 4.657, de 1942. Em que pese o objetivo deste trabalho seja uma análise aprofundada da aplicação do artigo 23, interessante tecer breves considerações acerca do regime de Direito Público introduzido pelos novos dispositivos.

O artigo 20¹⁸⁶ trata do chamado consequencialismo¹⁸⁷ das decisões tanto na esfera administrativa quanto na controladora e judicial. Conforme Edilson Vitorelli¹⁸⁸, o dispositivo acrescido pela nova LINDB pretendeu reduzir o “grau de abstração” dos valores jurídicos: “como que fazendo uma dobra na flecha do tempo, a LINDB transforma a antecipação das consequências futuras em causa da adoção ou não adoção de um ato relativamente ao qual a ordem jurídica não deixa claras as hipóteses de aplicação”.

¹⁸⁶ Artigo 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. BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União: Brasília, DF, p. 1, 9 set. 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm. Acesso em: 10 jul. 2022.

¹⁸⁷ Nas palavras de Ives Gandra Martins, “por consequencialismo entende-se adaptação das decisões as suas consequências na realidade para as quais são destinadas, com flexibilização do entendimento tecnológico das normas, na busca de uma justiça transcendente”. MARTINS, Ives Gandra. O Supremo Tribunal Federal e o consequencialismo jurídico. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**. Ed. 76, abr/jun 2020. Em outros termos, Gabardo explica que também é “a utilização de consequências do caso concreto como um grau de normatividade apto a determinar qual seria a interpretação adequada para o caso analisado”. GABARDO, Emerson; SOUZA, Pablo Ademir de. O consequencialismo e a LINDB: a cientificidade das previsões quanto às consequências práticas das decisões. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 20, n. 81, p. 97-124, jul./set. 2020.

¹⁸⁸ VITORELLI, Edilson. A lei de introdução às normas do direito brasileiro e a ampliação dos parâmetros de controle dos atos administrativos: um novo paradigma. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 19, n. 78, p. 195-219, out./dez. 2019. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1150/834>. Acesso em: 24 jul. 2022. p. 200-201.

Dessa forma, duas conclusões se impõem. A primeira parte da premissa de que não é mais possível que um ato esteja fundamentado unicamente na prerrogativa de se definir o que é interesse público. Até então, havendo duas possibilidades lícitas, a tomada de decisão deveria estar pautada na realização do interesse público. Agora, a decisão entre duas alternativas igualmente lícitas deve estar embasada na prévia análise e investigação das consequências práticas da adoção de uma ou de outra e, ato contínuo, na opção por aquela que resulta em consequências práticas mais benéficas à sociedade.

A segunda conclusão defendida por Vitorelli, mais relacionada à tomada de decisão no âmbito administrativo, caminha no sentido de que a motivação dos atos discricionários, na medida em que se baseiam em conveniência e oportunidade, deverá conter fundamentação expressa acerca da análise das consequências práticas da opção escolhida: “não se pode intuir avaliação de consequências”.

Dessa forma, tem-se que o artigo 20 da LINDB tornou ilegal, no ordenamento jurídico brasileiro, justificar uma decisão tão somente pelo critério discricionário se tal decisão não tiver sido embasada pela análise prévia das consequências práticas daquela escolha.

O artigo 21¹⁸⁹ aborda a necessidade de indicação, de modo expresso, das consequências jurídicas e administrativas de uma decisão (seja administrativa, controladora ou judicial) que decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa.

Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas¹⁹⁰ observam que a diferença entre os artigos 20 e 21 é que, enquanto o artigo 20 se funda nas decisões tomadas com base em valores jurídicos abstratos, o artigo 21 se aplica a qualquer decisão, embora cingida àquelas que têm por objeto a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa.

O artigo 21, então, confere “racional pragmático” às decisões invalidadoras, apresentando três características básicas: antifundacionalismo (rejeição da ideia de existência de conceitos abstratos a ponto de serem imunes às transformações sociais); contextualismo

¹⁸⁹ Artigo 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. BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União: Brasília, DF, p. 1, 9 set. 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm. Acesso em: 10 jul. 2022.

¹⁹⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei nº 13.655/2018** (Lei da segurança para a inovação pública). 2 reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 43-45 e p. 52-55.

(orientando a interpretação jurídica a partir de questões práticas) e consequencialismo (“olhar para o futuro, e não para o passado”)¹⁹¹.

O parágrafo único do dispositivo reforça o dever de convalidação dos atos da Administração Pública que sejam sanáveis (vícios de forma e de competência), bem como a modulação de efeitos das decisões com base na boa-fé dos envolvidos e na necessidade de estabilização das relações em prol da segurança jurídica.

O artigo 22¹⁹², por sua vez, estabelece que a realidade prática do administrador deve ser observada quando da interpretação das normas sobre gestão pública, o que parte da doutrina tem denominado *primado da realidade*.

Fato é que é sempre mais fácil julgar/controlar as decisões de terceiros quando quem julga/controla não enfrenta as mesmas dificuldades que se puseram no momento da tomada de decisão. Por isso, Fabrício Motta e Irene Patrícia Nohara defendem a necessidade de um “exercício de alteridade maior”¹⁹³ quando da análise da conduta praticada pelo gestor em busca da identificação, por exemplo, se a decisão agora questionada era a única ou a melhor decisão possível de ser tomada naquele momento e contexto.

Os autores ponderam, entretanto, que o primado da realidade não pode ser usado como justificativa absoluta, o que se denota da parte final do *caput* do artigo 22: “sem prejuízo dos direitos dos administrados”. Dessa forma, eventual dificuldade no cumprimento da norma legal deve ser levada em consideração pelas instâncias judicial e controladora, porém, não pode servir de “escusa *tout court*” para o descumprimento em si daquela norma.

A obrigatoriedade de consideração das consequências práticas da decisão controladora e da realidade do gestor, embasada nos artigos 20 a 22 da LINDB, será melhor trabalhada neste segundo capítulo.

¹⁹¹ Ibidem.

¹⁹² Artigo 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

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

§ 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. BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União: Brasília, DF, p. 1, 9 set. 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm. Acesso em: 10 jul. 2022.

¹⁹³ MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia. LINDB no Direito Público: Lei 13.655/2018. In: NOHARA, Irene Patrícia; MOTTA, Fabrício; PRAXEDES, Marco (Coord.). **Coleção soluções de direito administrativo: leis comentadas**. Série 1: administração pública. Volume 10. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 61-63.

O artigo 23¹⁹⁴, que merecerá especial atenção no quarto capítulo deste trabalho, prevê regime de transição quando uma decisão estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado. Dessa forma, consagra dois institutos relevantes para a segurança jurídica: o regime de transição e a modulação de efeitos de decisão administrativa baseada em novo entendimento. Com isso, o legislador buscou evitar que o Estado “abandone um entendimento e adote outro, desconsiderando os custos e o tempo necessário para que os administrados se adaptem ao novo cenário”¹⁹⁵.

O artigo 24¹⁹⁶ prevê que eventual revisão quanto à validade de um ato praticado pelo gestor público deve levar em consideração as “orientações gerais da época”. Isso não significa que a Administração Pública esteja impedida de rever posicionamentos, mas, sim, que a competência de rever ou invalidar atos pretéritos não se coloque no “reino do arbítrio”.

Assim, ao exercer tal competência, deverá o Estado tomar como base as orientações gerais sobre o assunto que estavam em vigor quando o ato foi praticado, evitando-se que “mudanças de interpretações venham afetar situações que, à época de sua constituição, eram consideradas conformes ao sistema jurídico”¹⁹⁷.

O dispositivo introduzido na LINDB pela Lei nº 13.655/2018 consagra, portanto, a segurança jurídica. A um só tempo, confere previsibilidade às eventuais mudanças interpretativas e ainda resguarda a boa-fé nas relações administrativas. “Quem sabe, no futuro, o passado passe a ser mais previsível”, enfatizam Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Véras de Freitas¹⁹⁸.

¹⁹⁴ Artigo 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais. BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União: Brasília, DF, p. 1, 9 set. 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm. Acesso em: 10 jul. 2022.

¹⁹⁵ LACERDA, Caroline Maria Vieira. **Os impactos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro nas ações de improbidade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 141.

¹⁹⁶ Artigo 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público. BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União: Brasília, DF, p. 1, 9 set. 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm. Acesso em: 10 jul. 2022.

¹⁹⁷ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **As normas de Direito Público na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro: paradigmas para interpretação e aplicação do Direito Administrativo**. São Paulo: Contracorrente, 2019, p. 120.

¹⁹⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Véras de. **Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da segurança para a inovação pública)**. 2 reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 94-95.

Como já observado, o artigo 25¹⁹⁹ foi vetado²⁰⁰ pela Presidência da República e o veto mantido pelos parlamentares. A redação do autógrafo submetido à sanção presidencial previa a possibilidade de, por razões de segurança jurídica de interesse geral, a proposição de ação declaratória de validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, cuja sentença faria coisa julgada com eficácia *erga omnes*. O artigo 25 continha três parágrafos, que especificava que a referida ação seria processada conforme o rito da ação civil pública, previam que o Ministério Público seria citado e, ainda, estipulava que a declaração de validade poderia tratar de questões como adequação e economicidade de preços.

Motta e Nohara²⁰¹ lembram que o artigo vetado era um dos mais polêmicos do projeto de lei submetido à sanção presidencial. A ideia era garantir segurança jurídica, entretanto, não se revelou como uma solução muito eficaz para o enfrentamento dos problemas de instabilidade nos contratos e atos administrativos. O Tribunal de Contas da União, à época, criticou o dispositivo, aduzindo que a norma “transformaria o Judiciário em órgão de chancela das ações administrativa”, reforçando o ativismo judicial. Dessa forma, os autores defendem que, no lugar de alterar a lei, talvez fosse mais indicada uma “mudança de cultura” para estimular que o Poder Público assegurasse os contratos e obedecesse aos prazos de invalidação previstos na legislação.

O artigo 26²⁰², por sua vez, trata da celebração de compromissos entre a Administração Pública e particulares interessados, quando presentes razões de relevante interesse geral, com

¹⁹⁹ Redação do artigo 25 submetida à sanção presidencial e vetada:

Artigo 25. Quando necessário por razões de segurança jurídica de interesse geral, o ente poderá propor ação declaratória de validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, cuja sentença fará coisa julgada com eficácia *erga omnes*.

§ 1º A ação de que trata o *caput* deste artigo será processada conforme o rito aplicável à ação civil pública.

§ 2º O Ministério Público será citado para a ação, podendo abster-se, contestar ou aderir ao pedido.

§ 3º A declaração de validade poderá abranger a adequação e a economicidade dos preços ou valores previstos no ato, contrato ou ajuste.” BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União: Brasília, DF, p. 1, 9 set. 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm. Acesso em: 10 jul. 2022.

²⁰⁰ De acordo com a Mensagem de Veto nº 212, de 25 de abril de 2018, “a ação declaratória preconizada pelo dispositivo, cuja sentença terá eficácia para todos, inclusive podendo dispor a respeito de preço e valores, poderá acarretar em excessiva demanda judicial injustificada, tendo em vista a abrangência de cabimento para a impetração da ação por ‘razões de segurança jurídica de interesse geral’ o que, na prática, poderá contribuir para maior insegurança jurídica. Ademais, há omissão quanto à eficácia de decisões administrativas ou de controle anteriores à impetração da ação declaratória de validade, uma vez que a atuação judicial pode se tornar instrumento para a mera protelação ou modificação dessas deliberações, representando, também, violação ao Princípio Constitucional da Independência e Harmonia entre os Poderes.” BRASIL. Presidência da República. **Mensagem de veto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113655.htm. Acesso em: 11 jul. 2022.

²⁰¹ MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia. LINDB no Direito Público: Lei 13.655/2018. In: NOHARA, Irene Patrícia; MOTTA, Fabrício; PRAXEDES, Marco (Coord.). **Coleção soluções de direito administrativo: leis comentadas**. Série 1: administração pública. Volume 10. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 85-87.

²⁰² Artigo 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

vistas à eliminação de irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do Direito Público, a partir de oitiva do órgão jurídico e de realização de consulta pública, quando necessário.

Caroline Maria Vieira Lacerda²⁰³ ressalta que, embora o dispositivo não tenha trazido grandes novidades, pois aos administradores já era permitida a prática das condutas descritas no artigo 26 (celebração de acordos/compromissos e realização de consultas públicas), é fato que a norma consagrou uma “experiência positiva do Estado brasileiro na adoção de instrumentos negociais como forma de obtenção de soluções mais eficazes, consentâneas com os interesses das partes e compatíveis com os interesses da própria administração”, em uma mudança cultural que privilegia a consensualidade no lugar da reiterada judicialização dos conflitos entre a Administração Pública e os cidadãos.

O artigo 27²⁰⁴ estabelece a possibilidade de imposição de compensação por benefícios indevidos ou por prejuízos anormais ou injustos decorrentes de conduta das partes envolvidas. A compensação poderá ser imposta, de ofício, pela autoridade competente, como também poderá ser negociada, nos termos do § 2º, que trata da celebração de compromisso processual entre os envolvidos.

Giuseppe Giamundo Neto manifesta que, apesar de o Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) já regular a responsabilidade das partes nos casos de má-fé (o que se aplica tanto aos processos judiciais quanto aos administrativos), a compensação

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.

§ 2º (VETADO). BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União: Brasília, DF, p. 1, 9 set. 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm. Acesso em: 10 jul. 2022.

²⁰³ LACERDA, Caroline Maria Vieira. **Os impactos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro nas ações de improbidade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 145-147.

²⁰⁴ Artigo 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. BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União: Brasília, DF, p. 1, 9 set. 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm. Acesso em: 10 jul. 2022.

prevista no CPC está voltada ao comportamento da parte adversa da relação processual²⁰⁵. O artigo 27 da LINDB, entretanto, abrange não apenas a conduta da outra parte da relação processual, mas também a conduta, seja comissiva ou omissiva, da autoridade ou órgão responsável pela decisão em debate.

O autor admite, contudo, que o dispositivo contém conceitos subjetivos como, por exemplo, *anormalidade* e *injustiça*, de modo que a tarefa julgadora deverá ser mais difícil. Dessa forma, “o trabalho hermenêutico não deverá ser majorado ou diminuído, mas apenas qualificado para atender os verdadeiros anseios do caso concreto, sem, contudo, perder de vista o interesse público e o equilíbrio endoprocessual”.

O artigo 28²⁰⁶, que teve todos os parágrafos vetados, subsistindo apenas o *caput*, modifica o regime de responsabilização da agente público, passando a exigir a comprovação de dolo ou erro grosseiro e não mais culpa simples. Este também foi um dos dispositivos mais polêmicos da Lei nº 13.655/2018, pois ensejou debates acerca da possibilidade de abertura das portas da Administração Pública para a má-fé e a corrupção.

Os defensores do artigo 28, como, por exemplo, Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas, alegam que a versão original da LINDB não levava em consideração o administrador probo, honesto e responsável, o que constituía uma falha do sistema normativo²⁰⁷. Por outro lado, como assenta Rogério Donnini, o artigo 28, ao estabelecer o chamado erro grosseiro em substituição à ideia de culpa prevista expressamente na Constituição Federal, teria restringido inapropriadamente a norma constitucional²⁰⁸.

²⁰⁵ GIAMUNDO NETO, Giuseppe. Novos horizontes do direito público: comentários ao artigo 27 da LINDB. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; e SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - Anotada**: Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Volume II. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 367-368.

²⁰⁶ Artigo 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

§ 1º (VETADO).

§ 2º (VETADO).

§ 3º (VETADO).

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União: Brasília, DF, p. 1, 9 set. 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm. Acesso em: 10 jul. 2022.

²⁰⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei nº 13.655/2018** (Lei da segurança para a inovação pública). 2 reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 128.

²⁰⁸ DONNINI, Rogério. Responsabilidade civil do agente público. O artigo 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; e SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - Anotada**: Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Volume II. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 405.

O artigo 29²⁰⁹ fixa diretrizes para a realização de consulta pública antes da edição de atos normativos por autoridade administrativa que não se circunscrevam à mera organização interna. Este foi o único dispositivo introduzido pela Lei nº 13.655/2018 que não entrou em vigor na data da publicação da lei. A vigência foi postergada para após 180 dias.

Respaldo em uma espécie de “mandamento geral sobre a participação”, o artigo 29 se volta ao procedimento de elaboração de atos normativos pela Administração Pública que não precisam ficar restritos somente à chefia do Poder Executivo. Embora a discricionariedade política do mandante eleito deva ser respeitada, o dispositivo contribui para o dever de transparência da Administração Pública²¹⁰.

Por fim, o artigo 30²¹¹ prevê como atribuição das autoridades públicas atuação centrada no sentido de aumentar a segurança jurídica, seja por meio de regulamentos, súmulas administrativas ou respostas a consultas. O dispositivo determina expressamente que os gestores públicos atuem no sentido de garantir a segurança jurídica por meio do “aperfeiçoamento da ordem normativa”;

Seriam dois os desdobramentos principais do artigo 30, na visão da autora, (i) “a institucionalização do efetivo respeito às decisões”, tanto na dimensão horizontal (no próprio órgão ou entidade) quanto na dimensão vertical (voltada àquelas que se encontram abaixo na estrutura hierárquica), prezando por uma ordem jurídica dotada de estabilidade e previsibilidade; e (ii) “a estabilização institucional das decisões”, uma vez que a aceitabilidade e o cumprimento pelo particular dependem da reputação e da capacidade de depositar confiança na estrutura estatal.²¹²

²⁰⁹ Artigo 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 conterà 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).

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União: Brasília, DF, p. 1, 9 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm>. Acesso em: 10 jul. 2022.

²¹⁰ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **As normas de Direito Público na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro:** paradigmas para interpretação e aplicação do Direito Administrativo. São Paulo: Contracorrente, 2019, p. 213-216.

²¹¹ Artigo 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.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União: Brasília, DF, p. 1, 9 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm>. Acesso em: 10 jul. 2022.

²¹² LACERDA, Caroline Maria Vieira. **Os impactos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro nas ações de improbidade administrativa.** Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 161-162.

Estabelecido esse breve panorama das alterações introduzidas na LINDB pela Lei nº 13.655/2018, cujo objetivo central está na necessidade de garantia de segurança jurídica, passa-se à análise do regime de responsabilização dos agentes públicos, que foi, em parte, modificado pelo artigo 28 da nova Lei de Introdução, bem como à necessidade de separar o erro da má-fé do administrador público quando da análise, pelas instâncias controladora e judicial, das condutas praticadas no seio da Administração Pública, e da relevância da segurança jurídica no processo sancionatório.

3.2.1 Regime de responsabilização dos agentes públicos a partir das novas previsões da LINDB

A responsabilização dos agentes públicos decorre do estabelecimento do Estado de Direito e do princípio republicano. Diferentemente das monarquias, nas quais o soberano era visto como alguém que “não erra”, na República, os governantes e agentes públicos em geral devem responder pelos atos praticados no trato da coisa pública, que pertence ao povo.

Daniel Sarmiento²¹³ observa que os governantes devem responder plenamente pelos atos praticados, não sendo o poder do qual desfrutam razão para isentá-los de qualquer responsabilidade. Citando decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal²¹⁴, o autor reforça que “a responsabilidade dos governantes tipifica-se como uma das pedras angulares essenciais à configuração mesma da ideia republicana”. Dessa forma, ninguém está abaixo e ninguém está acima da lei.

O atual regime de responsabilização dos agentes públicos no ordenamento jurídico brasileiro transita, regra geral, pelas searas cível, penal e administrativa. No plano federal, a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, estabelece no capítulo IV (artigo 121 a 126-A²¹⁵) que o servidor público responde civil, penal e administrativamente

²¹³ SARMENTO, Daniel. O princípio republicano nos 30 anos da Constituição de 88: por uma República inclusiva. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 3, p. 296 - 318, Setembro - Dezembro. 2018, p. 304-307.

²¹⁴ STF. ADI 978, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, D.J. 17.11.95.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal** – **STF**. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 19 jul. 2022.

²¹⁵ Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 (Capítulo IV Das Responsabilidades)

Artigo 121. O servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições.

Artigo 122. A responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros.

§ 1º A indenização de prejuízo dolosamente causado ao erário somente será liquidada na forma prevista no artigo 46, na falta de outros bens que assegurem a execução do débito pela via judicial.

pelo exercício irregular das atribuições, sendo que as sanções nas três áreas são independentes entre si e podem ser cumulativas.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro²¹⁶ explica que a responsabilidade civil decorre do artigo 186 do Código Civil, o qual consagra a regra de que quem causou dano à terceiros (nesse caso, também incluído o erário) deve repará-lo. Quando o dano é causado pelo servidor ao Estado, tal responsabilidade deve ser apurada pela própria Administração Pública por meio de processo administrativo que garanta o contraditório e a ampla defesa.

Entretanto, quando o dano é causado pelo servidor a terceiros, há incidência do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, que prevê a responsabilidade objetiva do Estado, independentemente de culpa ou dolo, e resguarda o direito de regresso contra o agente que causou o dano, desde que tenha agido com culpa ou dolo. Nesse caso, a apuração pode ocorrer pela própria Administração Pública, mas também é passível de intervenção do Poder Judiciário.

A responsabilização de natureza administrativa apresenta, via de regra, os mesmos elementos básicos do ilícito praticado no âmbito civil: é necessário haver ação ou omissão contrária à lei, que resulte em dano e esteja acompanhada de culpa ou dolo.

Da mesma forma, eventual sanção deve ser precedida de processo administrativo adequado, com garantia de ampla defesa. Em caso de comprovação das infrações, fica o servidor sujeito a penas disciplinares. A Lei nº 8.112/1990 prevê, na esfera federal, penas como advertência, destituição de cargo em comissão ou de função comissionada, suspensão, demissão e cassação de aposentadoria.

Por fim, a responsabilidade penal compreende a prática de crimes ou de contravenção quando efetuadas na condição de servidor público, cujo conceito é amplo, embasado no artigo

§ 2º Tratando-se de dano causado a terceiros, responderá o servidor perante a Fazenda Pública, em ação regressiva.
§ 3º A obrigação de reparar o dano estende-se aos sucessores e contra eles será executada, até o limite do valor da herança recebida.

Artigo 123. A responsabilidade penal abrange os crimes e contravenções imputadas ao servidor, nessa qualidade.
Artigo 124. A responsabilidade civil-administrativa resulta de ato omissivo ou comissivo praticado no desempenho do cargo ou função.

Artigo 125. As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si.

Artigo 126. A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria.

Artigo 126-A. Nenhum servidor poderá ser responsabilizado civil, penal ou administrativamente por dar ciência à autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, a outra autoridade competente para apuração de informação concernente à prática de crimes ou improbidade de que tenha conhecimento, ainda que em decorrência do exercício de cargo, emprego ou função pública.

BRASIL. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.** Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Diário Oficial da União: Brasília, DF, p. 1, 19 abr. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm>. Acesso em: 19 jul. 2022.

²¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 32 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 640.

327²¹⁷ do Código Penal. Maria Sylvia Zanella Di Pietro²¹⁸ ressalva que, na hipótese de condenação criminal do servidor pelo Poder Judiciário, a Administração Pública não pode decidir de forma contrária, pois trata-se de decisão definitiva quanto ao fato e à autoria.

Parte da doutrina²¹⁹ sustenta, ainda, a existência de outras esferas de responsabilização, como, por exemplo, eleitoral, político-constitucional, político-legislativa, político-administrativa e irregularidade de contas. O fato é que a multiplicação de esferas de responsabilidade é ilógica quando compromete “a própria unidade e coerência do ordenamento jurídico”. Assim, para se evitar uma “sobrecarga punitiva” ao agente, é preciso estabelecer uma única “reação punitiva”, ainda que dentro do sistema de responsabilização existam diferentes autoridades com competências sancionatórias semelhantes²²⁰.

Nesse contexto, Rodrigo Valgas dos Santos²²¹ apresenta o conceito de *risco de responsabilização dos agentes públicos* como sendo “toda incerteza que pode implicar a responsabilização administrativa, civil, penal ou política dos agentes públicos pelo exercício de suas funções, especialmente as decorrentes da atividade decisória”. Na visão do autor, no Brasil, o risco ao qual estão sujeitos os administradores públicos quando ordenam despesas ou tomam decisões administrativas é mais elevado do que em outros países, o que seria resultado do “controle externo disfuncional”, como já detalhado no item 3.1.2 deste segundo capítulo, que tratou do *direito administrativo do medo*.

Nessa linha, o jurista aponta ainda que o controle punitivista dos agentes públicos tem caminhado no sentido adotar parâmetros muito próximos ao da responsabilização objetiva do

²¹⁷ Artigo 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

§ 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

§ 2º - A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União: Brasília, DF, p. 2.391, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 26 jul. 2022.

²¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 645.

²¹⁹ Ver: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; **Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2009; e MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Sanções por ato de improbidade administrativa**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

²²⁰ HENRIQUES, Diana Carolina Biseo; BORGES, Jéssica Suruagy Amaral. A aplicação de sanções ao agente público à luz do artigo 22, § 3º da LINDB. In: VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel Morettini (Coord.). **A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 499.

²²¹ SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo: Risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 324-328.

ente público, o que violaria o previsto no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, que impõe a necessidade de observar culpa ou dolo para intentar ação de regresso contra o servidor.

Para evitar eventual sanção decorrente da tomada de decisão, o agente público tem, na concepção do autor, adotado estratégias preventivas de *fuga da responsabilização*, estratégias estas que têm sido adotadas até mesmo de forma mais planejada e consciente em razão do aumento da insegurança jurídica²²².

Tais estratégias de fuga da responsabilização podem ser positivas e também negativas. Como efeitos positivos, podem ser citados, por exemplo, a preocupação do gestor de pensar as decisões de “modo consequencialista”; a divisão de tarefas, dentro da estratégia de delegação e reorganização defensiva, que permite que cada indivíduo desempenhe as funções com mais cuidado e zelo; o estabelecimento de determinadas políticas públicas, que têm a potencialidade de evitar danos à coletividade, uma vez que políticas arriscadas podem ser evitadas²²³.

Entretanto, os efeitos negativos têm aumentado consideravelmente, a começar pelas estratégias de manipulação, que desviam a atenção daquilo que realmente importa para temas não prioritários; passando pelo fato de que os agentes públicos deixam de executar as atividades necessárias para se protegerem de eventuais consequências negativas das decisões tomadas; e, por fim, em circunstâncias como a excessiva pulverização da responsabilidade, o não enfrentamento de temas relevantes e o deterioramento da cultura organizacional e do ambiente de trabalho.

Feitas essas considerações acerca do regime de responsabilização do agente público e das estratégias adotadas para a fuga dos riscos, é salutar a análise, em razão do tema deste trabalho, da necessidade de separar o erro da má-fé em sede de controle dos atos dos agentes

²²² Em relação aos tipos de estratégias para a fuga da responsabilização, Rodrigo Valgas dos Santos elenca: (i) manipulação da opinião pública (em geral, utilizadas pelos agentes políticos, e não por todos os agentes públicos, para acentuar os aspectos positivos da gestão e criar “distrações”); (ii) atuação (que podem ser manejadas por qualquer agente público com o objetivo de transferir a terceiros a responsabilidade e têm como exemplos a delegação, a reorganização defensiva, a associação coletiva nas decisões e o governo pelo mercado, com privatizações e subcontratações); (iii) políticas públicas ou operacionais (que passam pela protocolização da Administração Pública, isto é, criar a procedimentos-padrão que reduzem a discricionariedade do gestor; pelo gregarismo, decisões tomadas em grupo para pulverizar a responsabilização; pela individualização da responsabilização, quando da escolha de um grupo específico ou indivíduo para ser responsabilizado quando surgir algum problema; e pela inação ou imobilismo decisório, que ocorre quando o gestor simplesmente deixa de atender as demandas e tomar decisões consideradas arriscadas); (iv) judicialização ou substituição decisória externa (fazendo com que as decisões sejam tomadas por outros poderes ou órgãos, de modo que ao gestor cabe apenas cumpri-las); (v) relacionamento informal interadministrativo (quando o gestor consulta os órgãos controladores sobre qual caminho deve seguir evitando surpresas no futuro); e, por fim, (iv) blindagem ou proteção patrimonial (para proteção dos ativos financeiros do próprio gestor, seja de forma lícita ou não). SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo: Risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 343-369.

²²³ SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo: Risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 369-371.

públicos, em especial, a partir das novas diretrizes introduzidas na LINDB pela Lei nº 13.655/2018.

3.2.2 Necessidade de separar o erro da má-fé

A percepção comum de que a classe política e os agentes públicos em geral são desonestos contribui para a dificuldade e a resistência de se separar o administrador que atua com má-fé, para obter vantagens para si ou para terceiros, daquele gestor que, ao tomar decisões e fazer escolhas em cenários complexos e dinâmicos, erra, ainda que esteja imbuído pela boa-fé.

Uma das discussões centrais das alterações introduzidas pela Lei nº 13.655/2018 está relacionada ao artigo 28, que excluiu a possibilidade de responsabilização do agente público por mera culpa (ou culpa simples), estabelecendo que somente em caso de dolo ou de erro grosseiro (equiparado à culpa grave) o agente responderá pessoalmente por decisões ou opiniões técnicas²²⁴.

²²⁴ A redação original do dispositivo no Projeto de Lei do Senado nº 349/2015, à época numerada como artigo 27, estabelecia o seguinte:

Artigo 27. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

§ 1º Não se considera erro grosseiro a decisão ou opinião baseada em orientação geral, ou ainda em interpretação razoável, em jurisprudência ou em doutrina, ainda que não pacificadas, mesmo que venha a ser posteriormente aceita, no caso, por órgãos de controle ou judiciais.

§ 2º O agente público que tiver de se defender, em qualquer esfera, por ato ou comportamento praticado no exercício normal de suas competências terá direito ao apoio da entidade, inclusive nas despesas com a defesa.

A justificativa do PLS destacava, em relação ao proposto no então artigo 27, que o objetivo seria impedir a “responsabilização injusta de autoridade em caso de revisão de suas decisões”. Na versão final aprovada pelo Congresso Nacional, o artigo 27 foi renumerado para artigo 28, com alteração de redação dos parágrafos 1º e 2º, além da inserção do parágrafo 3º:

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

§ 1º Não se considera erro grosseiro a decisão ou opinião baseada em jurisprudência ou doutrina, ainda que não pacificadas, em orientação geral ou, ainda, em interpretação razoável, mesmo que não venha a ser posteriormente aceita por órgãos de controle ou judiciais.

§ 2º O agente público que tiver de se defender, em qualquer esfera, por ato ou conduta praticada no exercício regular de suas competências e em observância ao interesse geral terá direito ao apoio da entidade, inclusive nas despesas com a defesa.

§ 3º Transitada em julgado decisão que reconheça a ocorrência de dolo ou erro grosseiro, o agente público ressarcirá ao erário as despesas assumidas pela entidade em razão do apoio de que trata o § 2º deste artigo. BRASIL. Senado Federal. BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei 349, de 9 de junho de 2015**. Inclui, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei 4.657, de 1942), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4407647&ts=1593913219661&disposition=inline>. Acesso em: 11 jul. 2022.

À época dos debates sobre a proposição legislativa, o Ministério Público Federal – MPF se manifestou²²⁵ de forma contrária à sanção não apenas do artigo 28, mas de todo o projeto de lei que alterou a LINDB. Em ofício enviado à Presidência da República, o qual encaminhava também a “Nota Técnica Conjunta nº 01/2018 sobre o Projeto de Lei nº 7.448/2017”, o órgão ministerial destacava que a sanção influenciaria diretamente a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa – LIA – Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.

A nota técnica encaminhada pelo MPF sustentava que a responsabilização pessoal do agente por “erro grosseiro” esvaziava as hipóteses de ocorrência da LIA. O documento também tecia críticas aos parágrafos do artigo 28, os quais foram, de fato, vetados pela Presidência da República, com a sanção apenas do *caput*.

Na Mensagem nº 212, de 25 de abril de 2018, a Presidência da República justificou os vetos aos três parágrafos do artigo 28. Em relação ao parágrafo 1º, foi invocada justamente a segurança jurídica²²⁶. No tocante ao veto dos parágrafos 2º e 3º²²⁷, a mensagem destaca que os dispositivos poderiam onerar o Poder Público.

Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas criticam os vetos, os quais teriam sido “embasados em fundamentos jurídicos insubsistentes”. Segundo eles, premido pela pressão popular de luta contra a corrupção, o Poder Executivo Federal vetou os

²²⁵ Segundo o Ministério Público Federal, “a improbidade administrativa deve ser eficientemente coibida por exigência da Constituição. Todavia, a aplicação da Lei nº 8.429/92 estará sob a influência direta da nova lei, caso venha a ser sancionada, o que afetará negativamente o atual sistema de controle, responsabilização e punição de agentes públicos e de ressarcimento por atos causadores de lesão ao erário. Por ser lei mais benéfica para o infrator, efeitos retroativos poderão ser invocados pelos interessados, já processados ou punidos. [...] A alteração à lei de improbidade administrativa está sendo feita por mudança na Lei de Introdução ao Código Civil por este Projeto de Lei, de modo a negar efetiva aplicação da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92), que é o principal instrumento jurídico de defesa dos princípios constitucionais contidos no artigo 37 da Constituição. Sob a nova lei, caso venha a ser sancionada, dificilmente haverá prevenção, repressão e ressarcimento de danos ao erário por atos de improbidade administrativa”. BRASIL. Procuradoria-Geral da República. **Ofício nº 330/2018 - SUBGDP/SGJ/GAB/PGR**. Brasília, DF: Ministério Público Federal, 13 abr. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2018/04/oficio_notatecnica_13-04-18_pgr-00192069_2018-1-1.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2022.

²²⁶ Segundo a justificativa do veto ao § 1º do artigo 28 do projeto de lei, “a busca pela pacificação de entendimentos é essencial para a segurança jurídica. O dispositivo proposto admite a desconsideração de responsabilidade do agente público por decisão ou opinião baseada em interpretação jurisprudencial ou doutrinária não pacificada ou mesmo minoritária. Deste modo, a propositura atribui discricionariedade ao administrado em agir com base em sua própria convicção, o que se traduz em insegurança jurídica”. BRASIL. Presidência da República. **Mensagem de Veto nº 212, de 25 de abril de 2018**. Diário Oficial da União: Brasília, DF, p. 1, 26 abr. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Msg/VEP/VEP-212.htm. Acesso em: 13 jul. 2022.

²²⁷ Conforme a justificativa do veto aos §§ 2º e 3º do artigo 28 do projeto de lei: “os dispositivos criam direito subjetivo para o agente público obter apoio e defesa pela entidade, em qualquer esfera, decorrente de ato ou conduta praticada no exercício regular de suas competências, inclusive nas despesas com a defesa. Tal como se apresenta, fica caracterizada a não exclusividade do órgão de advocacia pública na prestação, podendo impor a cada entidade dispêndio financeiro indevido, sem delimitar hipóteses de ocorrência de tais apoios nem especificar o órgão responsável por esse amparo, o que poderia gerar significativos ônus sobretudo para os entes subnacionais”. BRASIL. Presidência da República. **Mensagem de Veto nº 212, de 25 de abril de 2018**. Diário Oficial da União: Brasília, DF, p. 1, 26 abr. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Msg/VEP/VEP-212.htm>. Acesso em: 13 jul. 2022.

parágrafos “por intermédio de argumentos genéricos e abstratos”, em uma tentativa de “repristinar a responsabilização do agente público amparado por manifestações técnicas decorrentes do exercício regular da advocacia pública” e de dificultar que o agente honesto tivesse a defesa custeada pelo órgão público, que não estaria defendendo o agente em si, mas a própria validade do ato administrativo estatal. Aduzem que o artigo 28 da LINDB não tem por finalidade obstar a coibição de comportamentos ímprobos ou desonestos, mas, sim, prestar a “devida deferência ao servidor honesto”²²⁸.

Na mesma linha é o pensamento de Juliana Bonacorsi de Palma²²⁹. Na visão dela, a nova LINDB não está preocupada com o gestor de má-fé, pois, para este, há uma legislação consolidada de controle. A Lei nº 13.655/2018 foca no agente que atua de boa-fé, cujo comportamento honesto nem sempre é tutelado pelo Direito. “Gestores públicos honestos, que arrisco afirmar serem a maioria na Administração Pública, constroem-se em tomar decisões inovadoras ou que contrariem orientações controladoras simplesmente porque discordam da interpretação dada pelos controladores”.

A autora justifica a necessidade de tutela do gestor honesto para que a Administração Pública consiga atrair bons quadros, o que “não se dá apenas pelo valor da remuneração, mas também pelo conforto decisório”. Além disso, um cenário de segurança jurídica para a tomada de decisão, ao saber que somente será responsabilizado em caso de dolo ou erro grosseiro, permite ao administrador inovar na gestão pública. “A lei precisa recompensar os comportamentos de honestidade como medida de incentivo para que se mantenha o padrão ético na gestão pública”.

O artigo 28 da LINDB, ao eliminar a ideia de culpa simples e prever a responsabilidade dos agentes públicos somente nos casos de dolo ou erro grosseiro, foi detalhado pelo Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019, que regulamentou todos os novos dispositivos introduzidos pela Lei nº 13.655/2018.

Ao tratar da responsabilização do agente público, o decreto conceitua erro grosseiro como “aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia” (artigo 12, § 1º)

²²⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei nº 13.655/2018** (Lei da segurança para a inovação pública). 2 reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 137-138.

²²⁹ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **A proposta de lei da segurança jurídica na gestão e do controle públicos e as pesquisas acadêmicas**. 2018. Disponível em <<https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/06/LINDB.pdf>>. Acesso: 14 jul. 2022. p. 12-14.

e estabelece que “a complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público serão consideradas em eventual responsabilização do agente público” (artigo 12, § 4º).

Contudo, antes mesmo da regulamentação da lei em junho de 2019, desde a entrada em vigor da nova LINDB, em abril de 2018, a doutrina²³⁰ passou a debater a possibilidade de a Lei nº 13.655/2018 ter derogado parcialmente o artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa, que, na época, continha a seguinte redação: “constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no artigo 1º desta lei”.

Em meio a esse cenário de debates sobre eventual modificação da LIA pela nova LINDB, em 17 de outubro de 2018, o deputado federal Roberto de Lucena apresentou o PL nº 10.887/2018²³¹, com o objetivo de promover alterações na Lei de Improbidade Administrativa, entre elas a exclusão da palavra “culposa” do artigo 10.

Após regular tramitação no Congresso Nacional, o projeto foi aprovado, sancionado e transformado na Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, mas não sem passar por críticas como ocorreu quando da sanção da Lei nº 13.655/2018. O Ministério Público Federal se manifestou publicamente contrário às alterações na LIA, às quais chamou de “retrocesso”²³².

²³⁰ Sobre os impactos do artigo 28 da LINDB na Lei de Improbidade Administrativa, ver: ANDRADE, Landolfo. **A repercussão do artigo 28 da LINDB na interpretação e aplicação do artigo 10 da Lei 8.429/92**; DAL BEM, Vitória Valente. **As alterações na Lindb e a LIA: os reflexos do artigo 28 da LINDB quanto à responsabilização de agentes públicos por atos de improbidade administrativa que importam em danos ao erário**; FERRAZ, Luciano. **Alteração da LINDB revoga parcialmente lei de improbidade administrativa**. MAFFINI, Rafael; HEINEN, Juliano. Análise acerca da aplicação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (na redação dada pela Lei nº 13.655/2018) no que concerne à interpretação de normas de direito público: operações interpretativas e princípios gerais de direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**: Rio de Janeiro, v. 277, n. 3, p. 247-278, set./dez. 2018; NEPOMUCENO, Luciana Diniz; SANTANA, Letícia Maciel. **O reflexo do artigo 28 da LIBD na lei de improbidade administrativa**. VirtuaJus, Belo Horizonte, v. 5, n. 8, p. 269-285, 1º sem. 2020.

²³¹ Na justificativa do PL nº 10887/2018, o parlamentar pontuou: “Bastante significativa é a supressão do ato de improbidade praticado mediante culpa. De um atento exame do texto, par e passo da observação da realidade, conclui-se que não é dogmaticamente razoável compreender como ato de improbidade o equívoco, o erro ou a omissão decorrente de uma negligência, uma imprudência ou uma imperícia. Evidentemente tais situações não deixam de poder se caracterizar como ilícitos administrativos que se submetem a sanções daquela natureza e, acaso haja danos ao erário, às consequências da lei civil quanto ao ressarcimento. O que se compreende neste anteprojeto é que tais atos desbordam do conceito de improbidade administrativa e não devem ser fundamento de fato para sanções com base neste diploma e nem devem se submeter à simbologia da improbidade, atribuída exclusivamente a atos dolosamente praticados”. BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 349/2015**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121664>>. Acesso em: 11 jul. 2022.

²³² Em artigo publicado no portal Jota, em agosto de 2021, a Subprocuradora-geral da República e coordenadora da Câmara de Combate à Corrupção do MPF (5ª Câmara de Coordenação e Revisão), Maria Iraneide Olinda Santoro Facchini, afirmou que a proposta reduziria drasticamente o rigor da Lei de Improbidade Administrativa, enfraquecendo o dever de probidade consagrado no artigo 37 da Constituição Federal e desguarnecendo a proteção do patrimônio público e social. FACHHINI, Maria Iraneide Olinda Sanotoro. A probidade na administração pública é necessária. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-probidade-na-administracao-publica-e-necessaria-05082021>>. Acesso em: 11 jul. 2022.

Contudo, as alterações promovidas na LIA pela Lei nº 14.230/2021 seriam uma espécie de resposta à “administração pública do medo”²³³, que, como já abordado nos itens anteriores, caracteriza a paralisia dos agentes públicos (fenômeno do *apagão das canetas*) no processo de tomada de decisão frente ao temor sobre a responsabilização injusta, reforçado pelo protagonismo dos sistemas de controle.

Dessa forma, não pode um agente público ser acusado de improbidade por ter optado por um caminho que entendeu correto e justo, dentro de um cenário de indefinição do alcance dos princípios jurídicos e de conceitos jurídicos indeterminados, que, mais tarde, seja contestado pelos órgãos de controle.

Não parece razoável admitir, portanto, a imputação de ato de improbidade administrativa em uma situação na qual a interpretação realizada pelo gestor no processo de tomada de decisão, de forma razoável e embasada em argumentos técnico-científicos, está sujeita a uma ação de improbidade apenas por ser diferente da interpretação feita pelo Ministério Público. É importante que se diga que, neste caso específico, não se trata de má-fé, mas tão somente de uma escolha que, dentro de parâmetros de razoabilidade e boa-fé, se revelou posteriormente menos acertada. Caroline Maria Vieira Lacerda analisa a “tolerabilidade do erro”²³⁴, indicando a necessidade de se considerar, em primeiro lugar, a diligência adotada pelo gestor para a tomada de decisão. Em sendo alto o nível de precaução do administrador, maior será o espaço para tolerar eventual erro. A aferição também passa pela urgência da decisão, pois se as circunstâncias impuserem que a escolha seja feita de maneira urgente, menor será o espaço para diligência por parte do gestor.

Outra questão que merece atenção é a relevância da decisão administrativa sob análise, pois quanto mais relevante, maior deverá ser o nível de diligência e, portanto, menor a tolerância ao erro. Por fim, deve ser considerada a “existência de obstáculos materiais à obtenção de informações relevantes, que tem o condão de ampliar o espaço de tolerância ao cometimento de equívocos decisórios”, como, por exemplo, deficiências na infraestrutura administrativa, carência de recursos, excesso de trabalho, escassez de tempo, entre outros²³⁵.

²³³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; HALPERN, Erick. A retroatividade da lei mais benéfica no direito administrativo sancionador e a reforma da lei de improbidade pela Lei nº 14.230/2021. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 21, n. 241, p. 13-22, jan. 2022, p. 19.

²³⁴ LACERDA, Caroline Maria Vieira. **Os impactos da lei de introdução às normas do direito brasileiro nas ações de improbidade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 229-231.

²³⁵ *Ibidem*.

Apesar de toda a polêmica em torno das mudanças no regime de responsabilização do gestor público, que tiveram início com o artigo 28 da LINDB e foram reforçadas pelas recentes alterações na Lei de Improbidade Administrativa, o fato é que não se pode colocar na mesma caixa o agente público íntegro e o desonesto.

O funcionamento eficiente da Administração Pública passa pelo estabelecimento de um cenário que reforce a segurança jurídica e permita a tomada de decisão - desde, é claro, que motivada pelo interesse público e pela consideração das consequências práticas daquela escolha - de forma segura e consciente dos riscos e resultados assumidos.

É fundamental separar o mero erro da má-fé do administrador e, pelo o que se observa, essa parecer ter sido a finalidade das mudanças legislativas perpetradas nos últimos anos, tanto pela Lei nº 13.655/2018, que modificou a LINDB, quanto pela Lei nº 14.230/2021, que alterou a LIA. Dessa forma, o Estado tende a caminhar para um horizonte de segurança jurídica no processo sancionatório, como será visto no próximo item.

3.2.3 Relevância da segurança jurídica no processo sancionatório

O direito administrativo sancionador é a “expressão do efetivo poder de punir estatal, que se direciona a movimentar a prerrogativa punitiva do Estado, efetivada por meio da Administração Pública e em face do particular ou administrado”²³⁶. Portanto, mais do que em qualquer outra faceta da atuação da Administração Pública, no processo sancionatório, que tem o condão de aplicar sanções aos cidadãos, é que a busca da segurança jurídica se revela essencial.

A segurança jurídica compõe, então, um *núcleo comum* do direito sancionador, ao lado de outros princípios e garantias, como, por exemplo, legalidade, irretroatividade, culpabilidade, pessoalidade da pena, individualização da sanção, razoabilidade e proporcionalidade.

O direito administrativo sancionador se justifica pela necessidade de proteção de bens jurídicos por parte do Estado no exercício da função administrativa. Cuida do *fato jurídico ilícito administrativo*, que se subdivide em *ato ilícito administrativo* (relacionado a uma conduta dolosa ou culposa que gera dano ao bem jurídico tutelado pela Administração Pública) e em *ato-fato ilícito administrativo* (relacionado a uma conduta lesiva ao bem jurídico tutelado,

²³⁶ GONÇALVES, Benedito; GRILO, Renato César Guedes. Os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador no regime democrático da constituição de 1988. **Revista Estudos Institucionais**. v. 7, n. 2, p. 467-478, mai./ago. 2021. Disponível em <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/636>. Acesso em: 23 jul. 2022, p. 468 e 474.

independentemente de culpa ou dolo). O fato que configura um ilícito administrativo pode resultar na aplicação de uma sanção judicial administrativa, o que compete ao Poder Judiciário, ou na aplicação de uma sanção administrativa em sentido estrito, competência da Administração Pública em si²³⁷.

É com base na segurança jurídica, tida, como já dito, como uma das garantias fundamentais do direito administrativo sancionador, que o Estado, enquanto agente punitivo administrativo, deve respeitar o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada que tenha beneficiado o administrado, conforme previsto na própria Constituição Federal e também na LINDB. Além disso, deve se abster de promover unilateralmente alterações na relação jurídica já posta, de forma a lesar a confiança previamente depositada pelo administrado.

3.3 PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS E CONSEQUENCIALISMO

Dentre as recentes mudanças na LINDB introduzidas pela Lei nº 13.655/2018, destacam-se as disposições dos artigos 20, 21, 22 e 24, as quais possuem intensa relação e interação com o objeto de estudo deste trabalho.

Como será demonstrado nos itens subsequentes, o controlador ao tomar a decisão sobre a validade de atos, deverá considerar as orientações gerais da época, demonstrar de modo motivado a necessidade das medidas adotadas, considerando as consequências práticas do ato decisório, devendo considerar ainda as circunstâncias que motivaram a prática do ato sindicado.

Os condicionantes trazidos pela LINDB, os quais serão objeto de estudo a partir de agora, são elementos que visam concretizar a segurança jurídica e proteger a boa-fé dos gestores, bem como a legítima expectativa dos cidadãos quanto à manutenção da situação jurídica estabelecida, à qual eventualmente tenham se obrigado quando do estabelecimento da relação com o poder público.

²³⁷ FRANÇA, Vladimir da Rocha. Precedentes administrativos no direito administrativo sancionador. In: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael (Coord). **Nova LINDB: proteção da confiança, consensualidade, participação democrática e precedentes administrativos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 200-202.

3.3.1 Precedentes administrativos como meios de concretização da segurança jurídica

O precedente administrativo é um instrumento que permite à Administração Pública viabilizar a solução mais célere e segura de demandas com base em condutas já praticadas com sucesso no passado, reduzindo o grau de abstração dos conceitos jurídicos e padronizando atos jurídicos sujeitos à discricionariedade do gestor.

Vladimir da Rocha França²³⁸ observa que precedente administrativo não deve ser confundido com jurisprudência administrativa, uma vez que o primeiro é uma decisão estatal que a lei ou norma administrativa determina como “parâmetro obrigatório para a resolução de casos futuros”, enquanto a segunda é o conjunto de decisões administrativas que resolveram casos concretos.

A utilização pelo legislador de conceitos jurídicos indeterminados e de cláusulas gerais, associada à escalada da força normativa dos princípios, resulta na majoração da possibilidade de aplicação desigual da lei também em âmbito administrativo, o que justifica a aplicação dos precedentes administrativos.

Gustavo Marinho de Carvalho²³⁹ conceitua precedente administrativo como norma jurídica que pode ser “extraída por indução de um ato administrativo individual e concreto, de tipo decisório, ampliativo ou restritivo da esfera jurídica dos administrativos, e que vincula o comportamento da Administração Pública para todos os casos posteriores e substancialmente similares”. Isto é, se os casos forem significativamente similares, a Administração Pública deverá adotar a mesma solução jurídica.

Para ele, os precedentes administrativos têm natureza de *norma jurídica*, portanto, *status* de fonte do direito. Além disso, revestem-se de eficácia vinculante e são extraídos por indução, ou seja, partindo de uma premissa particular (caso concreto) para chegar a uma conclusão geral.

Os precedentes administrativos não devem ser confundidos com outros institutos como *costumes* (os quais possuem origem não-estatal), *práticas administrativas* (rotinas que não necessariamente influem na esfera jurídica dos cidadãos), *atos próprios* (que partem do pressuposto de que os sujeitos envolvidos na relação jurídica devem ser os mesmos, enquanto os precedentes não exigem a identificação das partes) e *analogia* (instrumento de integração do

²³⁸ Ibidem, p. 198 e p. 206.

²³⁹ CARVALHO, Gustavo Marinho de. **Precedentes administrativos no direito brasileiro**. São Paulo: Contracorrente, 2015, p. 121-130 e p. 149-158.

Direito que pressupõe a inexistência de regra jurídica, o que não se admite quanto aos precedentes).

O autor elenca cinco pressupostos para aplicação de precedentes administrativos em uma situação específica, o que requer um certo *modus operandi* por parte da Administração Pública: (i) *identidade subjetiva da Administração Pública*, seja direta ou indireta; (ii) *identidade objetiva essencial*, de contexto fático entre o caso concreto e o precedente a ser aplicado; (iii) *identidade das normas jurídicas superiores incidentes*, isto é, a análise da contemporaneidade das normas aplicadas para formação do precedente em relação ao caso concreto; (iv) *legalidade do ato administrativo originário* que resultou no precedente a ser aplicado; e (v) *reiteração como pressuposto para a aplicação do precedente administrativo*, ou seja, a consolidação ao longo do tempo.

José Sérgio da Silva Cristóvam e José Carlos Loitey Bergamini²⁴⁰ afirmam que o “nascidouro” dos precedentes administrativos é, via de regra, “a prática reiterada e uniforme de atos administrativos em situações similares, de forma a incrementar maior estabilidade e confiança aos cidadãos”. Os precedentes administrativos teriam, nesse sentido, algumas dimensões básicas, como, por exemplo, natureza de norma jurídica; caráter vinculantes e obrigatório de aplicação em casos futuros similares; atuação no campo da discricionariedade administrativa; e premissa de que partem de decisão administrativa concreta, válida e lastreada no interesse público.

A segurança jurídica é um dos fundamentos principiológicos dos precedentes administrativos, refletindo “diretamente como instância de proteção do cidadão frente o Poder Público”, permitindo exigir que a Administração Pública se comporte de maneira igual em casos similares e, com isso, respeite outros dois princípios: o da boa-fé o da confiança legítima²⁴¹.

²⁴⁰ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; BERGAMINI, José Carlos Loitey. Sobre os precedentes do direito administrativo brasileiro: conceito, bases principiológico-normativas e seus requisitos fundamentais. In: MENDONÇA, Alex Assis de.; COSTA MOURA, Emerson Affonso da. **Controle e responsabilização na Administração Pública**: estudos em homenagem a José dos Santos Carvalho Filho. 1 ed. Rio de Janeiro: Institutas, 2020, p. 50-51 e 58-59.

²⁴¹ José Sérgio da Silva Cristóvam e José Carlos Loitey Bergamini elencam os requisitos básicos dos precedentes administrativos, alguns relacionados aos efeitos e outros aos pressupostos: quanto aos primeiros, abordam o caráter normativo e a força vinculante; quanto aos pressupostos, apresentam a identidade subjetiva da Administração Pública, a identidade objetiva entre as situações fáticas de cada caso, a legalidade do precedente e a motivação para a inaplicabilidade do precedente administrativo. Em relação às alterações promovidas em 2018 na LINDB, os autores observam, em especial na matéria dos precedentes administrativos, que contribuíram para a “construção de um regime jurídico-administrativo mais afinado com todos aqueles princípios anteriormente destacados [igualdade, segurança jurídica, boa-fé, confiança legítima, impessoalidade e eficiência], cabendo agora mais especialmente à Administração Pública envidar seus esforços no sentido do fortalecimento/aperfeiçoamento desse

A Administração Pública tem o dever de promover “certeza jurídica” quando proclama decisões administrativas. Dessa forma, não se coaduna com os primados do princípio da segurança jurídica a hipótese em que o Estado passa inesperadamente a rejeitar pretensões dos cidadãos em determinado sentido após decidir reiteradamente pela procedência de casos similares anteriormente apresentados. “A Administração deve conduzir-se com base em suas decisões administrativas já materializadas, como forma de concretizar o instituto da autovinculação, o qual pressupõe a incorporação a deliberações outrora perfectibilizadas *interna corporis*”²⁴².

Na linha de que os precedentes ocupam um papel de destaque na busca por diminuir a insegurança jurídica, Irene Patrícia Nohara e Érika Capella Fernandes²⁴³ observam que essa é justamente a aposta da Lei nº 13.655/2018, que introduziu dez novos artigos na LINDB. Entretanto, apesar dessa recente evolução do ordenamento jurídico, ainda é preciso desenvolver critérios de “maior racionalidade nas decisões” e “intensificar uma vontade dos órgãos de controle de respeitar o conteúdo daqueles precedentes que apresentam orientações bem fundamentadas e replicadas para decisões com o mesmo substrato fático”.

Como visto no item 3.2 deste trabalho, o artigo 30 da LINDB prevê como dever das autoridades públicas o aumento da segurança jurídica na aplicação das normas por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas, instrumentos que, a teor do parágrafo único do referido dispositivo, terão caráter vinculante em relação ao órgão ou à entidade a que se destinam, até ulterior revisão.

renovado sistema de precedentes administrativos”. CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; BERGAMINI, José Carlos Loitey. Sobre os precedentes do direito administrativo brasileiro: conceito, bases principiológico-normativas e seus requisitos fundamentais. In: MENDONÇA, Alex Assis de.; COSTA MOURA, Emerson Affonso da. **Controle e responsabilização na administração pública**: estudos em homenagem a José dos Santos Carvalho Filho. 1 ed. Rio de Janeiro: Institutas, 2020. **Controle e responsabilização na Administração Pública**: estudos em homenagem a José dos Santos Carvalho Filho. 1 ed. Rio de Janeiro: Institutas, 2020, p. 63-67.

²⁴² GUARIDO, Fernanda Alves Andrade; FREITAS, Daniel Castanha de. Vinculação da Administração Pública às “orientações gerais da época”: os precedentes administrativos do artigo 24 da LINDB para além da segurança jurídica e os obstáculos à boa governança. In: VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel Morettini (Coord.). **A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 105-106.

²⁴³ Para as autoras, “o respeito aos precedentes guarda intrínseca relação com a busca por maior racionalidade na aplicação do direito, uma vez que, pelo sistema de precedentes, são proferidas decisões similares diante de relações jurídicas semelhantes. A possibilidade de um conjunto de decisões claras, coesas e organizadas revela-se bastante útil para aumentar a previsibilidade e a segurança jurídica”. NOHARA, Irene Patrícia; FERNANDES, Érika Capella. Desafio do alcance de segurança jurídica por meio de precedentes no direito administrativo. In: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael (Coord). **Nova LINDB**: proteção da confiança, consensualidade, participação democrática e precedentes administrativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 177.

Na avaliação de Vladimir da Rocha França²⁴⁴, as súmulas administrativas são os únicos precedentes administrativos que podem ser indicados com segurança no Direito Administrativo, embora a formação e a revisão desses instrumentos necessitem de melhor regulação normativa. Os órgãos de instrução de processos administrativos contenciosos, tendo como base a jurisprudência administrativa dos órgãos decisórios, podem editar súmulas administrativas, assim como os próprios órgãos de controle interno e os Tribunais de Contas.

No tocante ao *uso* dos precedentes no Direito Administrativo, Irene Patrícia Nohara e Érika Capella Fernandes²⁴⁵ apontam para a distinção entre os precedentes a serem *seguidos* pela Administração Pública e os precedentes *produzidos* por ela. Em relação à primeira hipótese, os precedentes que devem ser *seguidos* pelos órgãos administrativos podem ser provenientes tanto do Poder Judiciário, de modo que à Administração Pública compete sintonizar as práticas administrativas às decisões judiciais consolidadas, quanto dos Tribunais de Contas.

Entretanto, as autoras²⁴⁶ chamam a atenção para o fato de que a adequação dos gestores aos precedentes emanados pelas Cortes de Contas deve ser sopesada com base na proporcionalidade e razoabilidade, de modo a não “castrar a liberdade interpretativa dos agentes públicos, arrefecendo a capacidade de desenvolvimento de outras soluções viáveis para a melhoria da gestão pública”.

Já os precedentes *produzidos* pela Administração Pública são importantes na medida em que conferem maior previsibilidade da conduta administrativa e podem ser divididos em duas categorias: (i) *aqueles oriundos de decisões tomadas em processos administrativos*, garantidos o contraditório e a ampla defesa, com vistas à solução de controvérsias específicas e (ii) *aqueles oriundos de respostas dadas pela Administração Pública em sede de consultas e pareceres jurídicos*. No primeiro caso, é a própria legislação²⁴⁷ que determina a aplicação da

²⁴⁴ FRANÇA, Vladimir da Rocha. Precedentes administrativos no direito administrativo sancionador. In: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael (Coord). **Nova LINDB: proteção da confiança, consensualidade, participação democrática e precedentes administrativos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 209; 211-212.

²⁴⁵ NOHARA, Irene Patrícia; FERNANDES, Érika Capella. Desafio do alcance de segurança jurídica por meio de precedentes no direito administrativo. In: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael (Coord). **Nova LINDB: proteção da confiança, consensualidade, participação democrática e precedentes administrativos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 180-187.

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 180-187.

²⁴⁷ A Lei nº 9.784/1999 menciona expressamente no artigo 2º o princípio da segurança jurídica: “Artigo 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”. Além da previsão legal, a aplicação de precedentes administrativos encontra fundamento no princípio da eficiência, pois a aplicação de soluções iguais a casos similares resulta em celeridade e rapidez na atuação administrativa. BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Diário Oficial da União: Brasília, DF, p. 1, 1º fev. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm>. Acesso em: 25 jun. 2022.

mesma decisão administrativa a situações similares, enquanto no segundo a estruturação do entendimento dos órgãos públicos revela-se como instrumento para garantia da segurança jurídica.

Rafael Valim e Gustavo Marinho de Carvalho²⁴⁸ sustentam a eficácia vinculante dos precedentes administrativos, “porquanto sem ela estaríamos diante de um mero instrumento de persuasão, ou seja, sem relevância jurídica”. Nesse sentido, enquanto vigente o precedente administrativo, estrita será a observância, o que prestigia a segurança jurídica.

A eficácia vinculante do precedente administrativo deverá ser mantida enquanto permanecer inalterado o contexto fático, legal e jurídico que o embasou. Dessa forma, os autores ponderam que haverá necessidade de superação de um precedente administrativo quando tiver sido resultado de interpretação equivocada de determinada norma jurídica ou de análise precipitada de determinado fato ou, ainda, quando o precedente se tornar incompatível com nova legislação em vigor.

Da mesma forma que o Poder Judiciário está vinculado aos precedentes judiciais havendo a necessidade de distinção do caso concreto ou de superação do precedente a justificar a não aplicação, o administrador público e o agente controlador estão impelidos, em razão da eficácia vinculante, a uma alta carga de motivação ao pretenderem não observar um precedente administrativo. É por isso que os precedentes administrativos instrumentalizam a busca pela segurança jurídica no âmbito administrativo, em especial, no processo sancionatório, como visto no item anterior.

Em que pese os precedentes administrativos imponham o reconhecimento de autovinculação da Administração Pública aos próprios atos não representam o engessamento da atuação administrativa. O que o instituto prevê é um “agir racional”, dentro da exigência de respeito e consideração que o Poder Público deve ter para com os cidadãos, bem como um “dever de motivar”, sempre que houver a necessidade de modificação de um entendimento anterior da Administração Pública²⁴⁹.

Nessa linha, a observância dos precedentes administrativos significa “agir com responsabilidade - uma das tantas responsabilidades que resultam do princípio republicano -, é

²⁴⁸ VALIM, Rafael; CARVALHO, Gustavo Marinho de. Os Precedentes Administrativos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. In: VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel Morettini (Coord.). **A Lei de Introdução e o Direito Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 129-132.

²⁴⁹ PIRES, Luis Manuel Fonseca. Controle interno e os convênios com as entidades do terceiro setor: uma gestão vinculada aos precedentes administrativos. In: FORTINI, Cristiana; IVANEGA, Miriam Mabel (Coord.). **Mecanismos de controle interno e sua matriz constitucional: um diálogo entre Brasil e Argentina**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 57-60.

realizar uma boa administração, representa a dignificação da própria noção de função, do interesse público, do agir em respeito ao cidadão”

Na hipótese de alteração do “agir administrativo”, Valter Shuenquener Araújo²⁵⁰ atenta para a necessidade de fixação de critérios legais que dificultem o desfazimento de um ato mediante revogação, como forma de prestigiar o princípio da proteção da confiança, vertente subjetiva da segurança jurídica.

Nesse sentido, haverá duas situações. Se da própria natureza do ato administrativo for presumível a possibilidade de revogação por conveniência e oportunidade, o particular deve estar ciente da possibilidade de alteração do posicionamento administrativo e arcar com as consequências de eventual revogação.

Por outro lado, se o ato for praticado em um contexto no qual se presume que não será desfeito em razão da mera liberalidade do administrador, eventual revogação deverá atentar para a confiança depositada pelo administrado, de modo que não haverá espaço para mera discricionariedade, podendo o particular ser indenizado caso o ato seja revogado.

Vladimir da Rocha França²⁵¹ defende que, havendo reforma de precedente administrativo que beneficie o administrado já condenado em processo administrativo, é preciso avaliar a revisão da sanção anteriormente aplicada, o que coaduna com os elementos que simbolizam a segurança jurídica e a proteção da confiança.

Para reforçar a segurança jurídica, Eduardo André Carvalho Schiefler, José Sérgio da Silva Cristóvam e Fabiano Hartmann Peixoto²⁵² propõem a criação de uma “Central de Jurisprudência Administrativa”, a partir de decisões exaradas por todos os órgãos e entidades da Administração Pública brasileira, que seria disponibilizada na internet de forma acessível a qualquer cidadão. Além de servir como fonte de pesquisa para os particulares, a central poderia ser utilizada também pelos próprios órgãos públicos, que teriam uma espécie de banco de dados de decisões administrativas para auxiliar no processo de tomada de decisão.

²⁵⁰ ARAÚJO, Valter Shuenquener. **O princípio da proteção da confiança**: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado. 2. ed., rev. e atual. Niterói: Impetus, 2016, p. 189-190.

²⁵¹ FRANÇA, Vladimir da Rocha. Precedentes administrativos no direito administrativo sancionador. In: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael (Coord). **Nova LINDB**: proteção da confiança, consensualidade, participação democrática e precedentes administrativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 213.

²⁵² SCHIEFLER, Eduardo André Carvalho; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; e PEIXOTO, Fabiano Hartmann. A inteligência artificial aplicada à criação de uma Central de Jurisprudência Administrativa: o uso das novas tecnologias no âmbito da gestão de informações sobre precedentes em matéria administrativa. **Revista do Direito**. Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 50, p. 18-34, jan./abr. 2020. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/14981/8934>. Acesso em: 2 ago. 2022, p. 23 e 28.

Os autores vão além e propõem a utilização de ferramentas de inteligência artificial (IA) para a organização e classificação da jurisprudência administrativa a ser encaminhada por todos os órgãos e entidades públicas do país. Por meio de IA, as decisões seriam catalogadas de acordo com o conteúdo, aproveitando-se, inclusive, dados não estruturados, como imagens, áudios e vídeos, por exemplo.

A proposta é inovadora e certamente traria ganhos para a consolidação dos precedentes administrativos no ordenamento jurídico brasileiro e conseqüentemente o aperfeiçoamento da busca pela segurança jurídica no meio da Administração Pública, garantindo, inclusive, a proteção da confiança do particular, que poderia tomar decisões embasado na prática administrativa reiterada e difundida.

A partir dessas considerações, é relevante apontar para o fato de que observar se a decisão ou reforma da orientação até então posta afetará a segurança jurídica não é tarefa apenas do gestor no âmbito administrativo.

Os artigos 20 a 22 da LINDB estabelecem um novo cenário, fazendo com que as esferas controladora e judicial também atentem para as conseqüências práticas, jurídicas e administrativas da decisão quando tratarem de valores jurídicos abstratos. Além disso, determinam que seja considerada a realidade do gestor, permeada por obstáculos e dificuldades, quando da interpretação de normas sobre gestão pública.

Em razão do tema deste trabalho estar direcionado à atuação dos Tribunais de Contas, no próximo subitem serão abordados os aspectos relacionados à necessidade de o órgão controlador considerar, no momento do pronunciamento, as conseqüências práticas que poderão advir das decisões exaradas.

3.3.2 Consideração das conseqüências práticas decorrentes da decisão controladora

Os artigos 20 a 22 da LINDB, acrescidos pela Lei nº 13.655/2018, configuram o que Carlos Ari Sunfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto²⁵³ chamaram de “dever de medir as conseqüências nas decisões públicas” e “a realidade administrativa na interpretação e aplicação do Direito”²⁵⁴, em uma tentativa de garantir segurança jurídica no processo de tomada de

²⁵³ SUNDFELD, Carlos Ari; MARQUES NETOS, Floriano de Azevedo. Uma Nova lei para aumentar a qualidade jurídica das decisões públicas e seu controle. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Contratações Públicas e seu Controle**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 282.

²⁵⁴ Essas expressões estão presentes no artigo “Uma nova lei para aumentar a qualidade jurídica das decisões públicas e de seu controle”, publicado por Carlos Ari Sunfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto, no livro “**Contratações públicas e seu controle**” (São Paulo: Malheiros, 2013), trabalho que embasou o projeto de lei que deu origem à Lei nº 13.655/2018. Em que pese a redação original dos referidos dispositivos presente no artigo

decisão, seja em âmbito administrativo, judicial ou de controle. Como já abordado no item 3.2 deste trabalho, o artigo 20 trata do consequencialismo das decisões nas três esferas. O artigo 21 prevê a necessidade de indicação, de modo expresso, das consequências jurídicas e administrativas de uma decisão que decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa. O artigo 22, por sua vez, estabelece que a realidade prática do administrador deve ser observada quando da interpretação das normas sobre gestão pública, o que parte da doutrina tem denominado *primado da realidade*.

Observa-se que os dispositivos se referem às decisões tomadas nas três esferas: administrativa, controladora e judicial. Em razão do tema deste trabalho, este subitem tratará especificamente da aplicação do dispositivo em relação aos órgãos de controle, que podem ser internos dos Poderes ou externos, na figura principalmente dos Tribunais de Contas.

É fato que o alargamento dos poderes e atribuições das Cortes de Contas visto ao longo das últimas décadas permite, por exemplo, que além de analisar as despesas decorrentes de um contrato firmado pela Administração Pública, o Tribunal possa também interromper o próprio procedimento de contratação, determinando a forma como o Estado deve agir em dada situação.

Essa ampliação de atuação permite que, em alguns casos, a atuação do órgão controlador se dê de maneira abusiva, determinando suspensão de licitações ou decretando eventual ilegalidade de contratos ou despesas, de forma que as “consequências tendem a ser mais gravosas do que as irregularidades inicialmente verificadas por sua atividade fiscalizadora”²⁵⁵.

Dessa forma, ao estabelecer um “racional decisório consequencialista”²⁵⁶, como prescrevem Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas, o artigo 20 da LINDB impede que o controlador substitua o administrador público, estabelecendo uma espécie de “devido processo legal decisório”, no qual os controladores deverão sopesar, por exemplo, se dispõem de capacidade institucional para tanto, se a decisão controladora é mais adequada que a decisão originária e se as consequências dessa decisão proferida em sede de controle estão sintonizadas com eventuais medidas compensadoras ou regime de transição.

apresente algumas diferenças em relação à redação da lei sancionada, verifica-se, da comparação entre ambos os textos, que a essência da proposta dos doutrinadores foi mantida pelo legislador.

²⁵⁵ JUNQUEIRA, André Rodrigues. O artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: atuação dos Tribunais de Contas. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; e SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - Anotada**: Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Volume II. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 130.

²⁵⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei nº 13.655/2018** (Lei da segurança para a inovação pública). 2 reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 37.

Para Edilson Vitorelli²⁵⁷, o artigo 20 da LINDB é um “chamado” para que os órgãos de controle interno e externo “pautem suas próprias decisões e sua avaliação dos atos praticados pelo gestor público não apenas pela legalidade estrita, mas também pelas consequências práticas da decisão”. Conforme o autor, a depender das circunstâncias do caso concreto, as esferas controladoras “poderão e deverão considerar lícitas condutas que, apesar de ilegais, geram consequências cujos benefícios se sobrepõem ao cumprimento da norma”.

Em outras palavras, se as alternativas que se apresentaram ao administrador público, em uma determinada situação, tinham o potencial de resultar em consequências ainda mais danosas do que as inicialmente verificadas pelo órgão controlador, o ato administrativo deve ser tido como válido e conforme ao ordenamento jurídico, ainda que, do ponto de vista formal, seja contrário ao texto legal.

O autor observa, entretanto, que tais consequências não precisam necessariamente ser intuídas pela esfera controladora. Nesse sentido, pode o próprio administrador público, responsável pelo ato, apresentar os argumentos que demonstrem essas circunstâncias. “O administrador deve demonstrar que, no momento em que o ato foi praticado, as possíveis alternativas foram consideradas e, dentre elas, foi eleita aquela que, de acordo com as informações de que se dispunha naquele momento, acarretaria os melhores resultados”²⁵⁸.

Vitorelli aborda, ainda, o papel preventivo dos órgãos de controle na aplicação da LINDB, visto que as novidades trazidas pela Lei nº 13.655/2018 representam uma verdadeira mudança cultural no âmbito da Administração Pública. Dessa forma, mais do que punir os administradores que não se atentaram para essa mudança, devem os órgãos de controle esclarecer e alertar os gestores, “a fim de que se obtenha a produção de atos mais qualificados, a adequada consideração das consequências e, ao final, a construção de uma gestão pública mais qualificada e que produza resultados sociais mais proveitosos ao cidadão”²⁵⁹.

²⁵⁷ VITORELLI, Edilson. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a ampliação dos parâmetros de controle dos atos administrativos: um novo paradigma. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 19, n. 78, p. 195-219, out./dez. 2019. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1150/834>>. Acesso em: 24 jul. 2022. p. 213-215.

²⁵⁸ Ibidem.

²⁵⁹ Vitorelli cita como exemplos de medidas preventivas as atividades de avaliação da gestão, as auditorias preventivas e a expedição de recomendações e alertas, estes últimos “no sentido de que a ausência de motivação adequada quanto à análise das consequências práticas dos atos administrativos, inclusive em face das possíveis alternativas, configura ilegalidade e, em circunstâncias graves, pode vir a configurar ato de improbidade administrativa”. E continua: “Essas recomendações e alertas podem, inclusive, se valer do guia prático detalhado no item 4, supra, para direcionar ao gestor orientações específicas sobre quais consequências ponderar, de que modo elas devem ser avaliadas e sobre a necessidade de produção de motivação consistente e contemporânea à prática do ato. Isso permitirá que o gestor incauto, de pequenos municípios, que muitas vezes não conta com avaliação adequada da gestão pelo órgão de controle interno, seja separado do gestor ímprobo, que pretende se esconder por trás das consequências de seus atos para justificar ilegalidades, mas ignorar essas mesmas consequências, quando elas contraindicam uma atuação que é do seu interesse”. O guia prático mencionado pelo

O artigo 20 da LINDB tornou explícita ao controlador a obrigação de avaliar as consequências do julgamento e, na medida em que for cumprido, “evitará situações constrangedoras ao gestor público e de difícil adequação jurídica”²⁶⁰, como, por exemplo, no caso de ser atestada a irregularidade de um determinado contrato após ter sido plenamente cumprido pelo particular e pago pela Administração Pública. Nessa quadra, o aprimoramento da atividade de controle externo, a partir das balizas introduzidas pela Lei nº 13.655/2018, contribuirá para a adequada prestação de serviços públicos associada à boa execução da atividade controladora.

No tocante à obrigatoriedade de indicação das consequências jurídicas e administrativas na hipótese de invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, conforme previsto no artigo 21, a ideia é envolver os órgãos de controle de forma proativa, permitindo que eles “também participem da situação de regularização, indicando passos para que a Administração Pública possa chegar a um resultado justo ou menos oneroso possível na invalidação dos atos”²⁶¹.

Ricardo Marcondes Martins²⁶² atenta para o fato de que, tradicionalmente, os órgãos de controle limitam-se a apurar eventual vício do ato, de modo que a intenção da alteração legislativa provocada pela Lei nº 13.655/2018 foi exigir que “os agentes públicos competentes para corrigir o vício apurem as consequências jurídicas da invalidação”. Concluir, portanto, pela invalidação de determinado ato sem refletir atentamente para as consequências dessa decisão é “incidir em irresponsabilidade manifesta, em total desrespeito ao administrado”. O que a lei tenta impor, de forma ambiciosa na visão do autor, é a reversão dessa “triste cultura”, enraizada nas esferas controladoras, de não observar as consequências das decisões tomadas.

autor está disponível em <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1150/834>>, no item 4, denominado “Quais consequências? Um guia prático para o administrador público”. VITORELLI, Edilson. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a ampliação dos parâmetros de controle dos atos administrativos: um novo paradigma. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 19, n. 78, p. 195-219, out./dez. 2019. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1150/834>>. Acesso em: 24 jul. 2022, p. 215.

²⁶⁰ JUNQUEIRA, André Rodrigues. O artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: atuação dos Tribunais de Contas. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; e SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - Anotada**: Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Volume II. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 132.

²⁶¹ MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia. LINDB no Direito Público: Lei 13.655/2018. In: NOHARA, Irene Patrícia; MOTTA, Fabrício; PRAXEDES, Marco (Coord.). **Coleção soluções de direito administrativo**: leis comentadas. Série 1: administração pública. Volume 10. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 55.

²⁶² MARTINS, Ricardo Marcondes. As alterações da LINDB e a ponderação dos atos administrativos. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum. Ano 20, n. 79, p. 259-284, jan./mar. 2020, p. 277-279.

Nesse sentido, quando as consequências de uma decisão controladora têm o potencial de causarem mais prejuízos que a própria decisão objeto do controle, tem-se um cenário de insegurança, “não apenas pelas consequências causadas pela invalidação em si do ato administrativo outrora emanado, mas também pela incerteza em relação às atividades e aos atos praticados com base no ato prévio invalidado”²⁶³.

Martins sugere que talvez fosse mais eficiente impor às Cortes de Contas, bem como aos demais órgãos de controle, regra similar à técnica da ponderação no âmbito judicial²⁶⁴ e estabelecer, entre outros requisitos, que (i) o exame da invalidade de um ato administrativo exija do controlador a ponderação das circunstâncias fáticas e jurídicas; (ii) a ponderação deva indicar, de modo claro e expresso, se é o caso de manter o ato no sistema, sanando o vício, ou extingui-lo pela invalidação; e (iii) que todo agente competente para invalidação de um ato administrativo deve verificar se é ou não o caso de modular os efeitos da invalidação, de modo similar ao realizado no controle concentrado de constitucionalidade.

Por fim, em relação às disposições contidas no artigo 22 da LINDB, que reforçam a necessidade de se considerar a realidade do gestor, bem como as circunstâncias práticas que influenciaram na atuação dele, quando da interpretação de normas sobre gestão pública, Fabrício Motta e Irene Patrícia Nohara²⁶⁵ chamam atenção para os limites do órgão controlador em relação à discricionariedade do gestor, tendo como base os Enunciados Interpretativos nº 13 e 16²⁶⁶ do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA).

Conforme os autores, observa-se uma deferência em relação ao administrador público a quem compete a “melhor decisão administrativa” e a imposição de respeito da autoridade

²⁶³ ZAGO, Marina Fontão. Decidir as consequências da invalidação de ato administrativo: novo paradigma para velho problema. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; e SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - Anotada**: Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Volume II. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 156.

²⁶⁴ Código de Processo Civil - Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

Artigo 489. § 2º: “No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”. BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União: Brasília, DF, p. 1, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 7 jul. 2022.

²⁶⁵ MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia. LINDB no Direito Público: Lei 13.655/2018. In: NOHARA, Irene Patrícia; MOTTA, Fabrício; PRAXEDES, Marco (Coord.). **Coleção soluções de direito administrativo: leis comentadas**. Série 1: administração pública. Volume 10. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 64-68.

²⁶⁶ Enunciados de Interpretação da LINDB editados durante o Encontro do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA), realizado em Tiradentes/MG, em 2019:

Enunciado nº 13: “A competência para dizer qual é a melhor decisão administrativa é do gestor, não do controlador. O ônus argumentativo da ação controladora que imputa irregularidade ou ilegalidade à conduta é do controlador, estabelecendo-se diálogo necessário e completo com as razões aduzidas pelo gestor”.

Enunciado nº 16: “Diante da indeterminação ou amplitude dos conceitos empregados pela lei, se, no caso concreto, a decisão do administrador mostrar-se razoável e conforme o direito, o controlador e o juiz devem respeitá-la, ainda que suas conclusões ou preferências pudessem ser distintas caso estivessem no lugar do gestor”. INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO (IBDA). **Enunciados relativos à interpretação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB e seus impactos no Direito Administrativo**. Tiradentes/MG: 2019. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/6/art20190624-11.pdf>>. Acesso em: 7 jul. 2022.

controladora à discricionariedade do gestor, que deve observar as balizas do ordenamento jurídico e a razoabilidade, pois não é papel do controlador substituir a decisão administrativa por outra que ele meramente repute como “melhor”.

Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas²⁶⁷ aduzem que o artigo 22 impõe um “novo parâmetro concreto para a avaliação de condutas”, de modo que cabe ao controlador não interpretar a norma com base em valores pessoais ou parâmetros semânticos, mas, sim, “considerando o contexto fático em que a conduta foi ou teria que ser praticada e os quadrantes mais amplos das políticas públicas”.

Mônica Bandeira de Mello Lefèvre²⁶⁸ ressalta que o artigo 22 dá concretude à segurança jurídica. Para a autora, a submissão dos gestores públicos não apenas aos artigos 20 a 22, mas a toda a nova LINDB em si, impõe um dever de coerência, de forma a impedir ou, ao menos, dificultar, que decisões e comportamentos sejam modificados de maneira abrupta, em prejuízo de expectativas legítimas dos particulares, que devem ser vistas, na perspectiva do princípio da proteção da confiança, como um direito do administrado a ser garantido pelas estruturas estatais.

É importante que se diga que o Tribunal de Contas da União, em algumas decisões, vem incorporando parâmetros positivados na Lei nº 13.655/2018. Conforme ressaltam Edgar Guimarães e Paulo Vinícius Liebl Fernandes²⁶⁹, é possível encontrar na jurisprudência da Corte de Contas decisões que prestigiam uma postura decisória preocupada com os efeitos práticos de desfazimento de atos, com a regulação de efeitos pós-invalidação de atos ou contratos administrativos e até mesmo precedentes que consideraram as circunstâncias práticas de determinadas decisões. O que as alterações da LINDB permitiram foi a possibilidade de “obrigar as Cortes de Contas a adotarem essas posturas antes inovadoras de forma global e não mais apenas em casos pontuais”.

A nova LINDB contribuiu para impor determinados limites à atuação das esferas de controle, mas sem inviabilizar o trabalho. Caso permanecesse ampliado o espectro de

²⁶⁷ MARQUES NETO, Florian de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei nº 13.655/2018** (Lei da segurança para a inovação pública). 2 reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 59.

²⁶⁸ LEFÈVRE, Mônica Bandeira de Mello. A interpretação normativa e a necessária consideração dos direitos dos administrados. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; e SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - Anotada**: Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Volume II. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 179.

²⁶⁹ GUIMARÃES, Edgar; FERNANDES, Paulo Vinícius Liebl. Repercussões da Lei nº 13.655/2018 sobre a atividade decisória dos Tribunais de Contas. In: VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel Morettini (Coord.). **A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. 666, p. 335.

"interpretações voluntaristas das instâncias controladoras", consolidar-se-ia uma equivocada transgressão à própria separação de poderes, "de forma a submeter a gestão pública aos contingenciais humores, sabores e dissabores das instâncias controladoras que, por mais bem-intencionadas que sejam, não estariam legitimadas para tal atuação usurpadora"²⁷⁰.

Dessa forma, as alterações da Lei de Introdução permitem que eventuais excessos que estavam se tornando recorrentes sejam desencorajados e o controle da Administração Pública seja pautada a partir de elementos redimensionadores como o consequencialismo, o realismo e a temporalidade.

Como visto, a obrigatoriedade de consideração das consequências práticas da decisão controladora tornou-se instrumento salutar, embora ainda sendo assimilado pelas autoridades que atuam nas esferas de controle, para garantir segurança jurídica na tomada de decisão pelos administradores públicos, que agirão sabedores de que as escolhas serão posteriormente analisadas levando-se em consideração a realidade fática e jurídica na qual foram adotadas.

3.4 SÍNTESE CONCLUSIVA DO CAPÍTULO

O segundo capítulo deste trabalho abordou o advento da LINDB no cenário de controle da Administração Pública. Tradicionalmente, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro foi estudada em conjunto às regras do Código Civil. Entretanto, a Lei nº 13.655/2018 introduziu novos artigos que passaram a estabelecer um novo regime de Direito Público, que influencia especialmente o Direito Administrativo.

Como se viu, a busca pela segurança jurídica foi o motivo determinante das alterações promovidas pela Lei nº 13.655/2018 na LINDB. Em um cenário de protagonismo dos sistemas de controle, que se baseiam muito mais em parâmetros formais de legalidade do que na análise da substância do ato e das circunstâncias nas quais foi expedido, o *direito administrativo do risco* - inerente à Administração Pública - dá lugar ao *direito administrativo do medo*, propiciando fenômenos como o *apagão das canetas*, que bloqueiam a atividade decisória do gestor público por medo de injusta responsabilização futura.

Na busca pela segurança jurídica e pela eficiência na criação e na aplicação do Direito Público, a nova LINDB traçou novos horizontes ao regime de responsabilização dos agentes públicos, em especial, ao levar em consideração a necessidade de separar o erro da má-fé do

²⁷⁰ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SOUSA, Thanderson Pereira de. O controle da Administração Pública no contexto do constitucionalismo contemporâneo: um debate a partir do contexto das mudanças trazidas pela LINDB. In: **Direitos humanos e participação política**. 1 ed. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2020, v. XI, p. 132,

administrador, responsabilizando-o somente em caso de ação ou omissão pautada no dolo ou no erro grosseiro, equiparado à culpa grave.

O próprio processo sancionatório no âmbito do Direito Administrativo deve estar permeado pela segurança jurídica, que encontra nos precedentes administrativos um bom ponto de partida. A consolidação das práticas reiteradas da Administração Pública por meio dos precedentes propicia um ambiente de estabilidade tanto para os gestores quanto para os cidadãos em geral, estes últimos ao poderem planejar as ações sabendo que a confiança depositada no ordenamento jurídico será respeitada pelo Estado.

Por fim, como se analisou ao longo do último tópico, os novos dispositivos introduzidos na LINDB pela Lei nº 13.655/2018, especialmente os artigos 20 a 22, que estabelecem a obrigatoriedade de se considerar as consequências práticas das decisões tomadas pelos órgãos controladores, bem como a realidade do gestor público no momento da prática do ato submetido posteriormente ao controle, contribuem para o aperfeiçoamento da segurança jurídica e levam à estabilidade política e institucional.

Para avançar no tema desta pesquisa, que tem como problema verificar se é possível deduzir, a partir do artigo 23 da LINDB, elementos que orientam a modulação dos efeitos por parte do Tribunal de Contas, o último capítulo será dedicado à análise do regime de transição no âmbito das Cortes de Contas.

4 REGIME DE TRANSIÇÃO NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

O estudo acerca da segurança jurídica realizado no primeiro capítulo, em especial quanto à interlocução com o sistema de controle da Administração Pública, e a análise das principais alterações LINDB trazidas pela Lei n. 13.655/2018, tendo como pano de fundo a preocupação com a segurança jurídica, a proteção da boa-fé e da confiança, desenvolvida no segundo capítulo, servem de base para a abordagem a ser realizada neste último capítulo, acerca da necessidade de adoção de regime de transição em face de decisão inovadora, no âmbito da atividade controladora exercida pelos Tribunais de Contas.

No desenvolvimento do presente capítulo, serão estudados o objeto de proteção da norma do artigo 23, os pressupostos para a incidência, os princípios orientadores do regime de transição, pontuando os aspectos relacionados aos destinatários da regra, tanto do ponto de vista daqueles obrigados a adotar o regime de transição, quanto daqueles a quem ele visa proteger.

Os pontos aqui destacados para estudo são essenciais para aferir se é possível extrair do artigo 23 da LINDB elementos para o estabelecimento de um regime de transição padrão no âmbito da atuação dos Tribunais de Contas, como meio de concretização da segurança jurídica, em face da inovação interpretativa.

A análise que será realizada agora demandará o estudo dos aspectos relacionados ao momento de realização do controle pelos Tribunais de Contas, considerando as suas atribuições e competências como órgãos de controle da Administração Pública.

4.1 OBJETO DE PROTEÇÃO E PRESSUPOSTOS PARA INCIDÊNCIA DO REGIME DE TRANSIÇÃO

De acordo com o que foi estudado no capítulo anterior, as alterações promovidas na LINDB foram pautadas especialmente pela necessidade de conferir segurança jurídica aos atos e ações do poder público, bem como pela necessidade de se evitar a incerteza e a imprevisibilidade decorrentes das regras relacionadas aos processos de controle da Administração Pública.

Dentre as diversas modificações trazidas pela Lei nº 13.655/2018, é objeto de destaque no presente estudo o artigo 23²⁷¹, segundo o qual sempre que a decisão administrativa,

²⁷¹ Artigo 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de

controladora ou judicial impuser nova orientação ou interpretação sobre norma de conteúdo indeterminado, que implique novo dever ou condicionamento de direito, deverá estabelecer um regime de transição, como meio necessário para que o novo dever seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente.

O dispositivo em questão traz significativo impacto para as decisões proferidas no âmbito do controle da Administração Pública, mais especificamente naquele realizado a posteriori, tema que será objeto de análise no decorrer deste capítulo.

As alterações promovidas na LINDB miram a segurança jurídica e a eficiência²⁷², em especial, na aplicação do direito público, trazendo soluções que, mesmo antes do advento da lei, poderiam ser postas em prática tão somente com base na aplicação dos princípios que regem a Administração Pública. Porém, conforme aponta Marçal Justen Neto²⁷³, observou-se que, na prática, o direito público não funcionou como deveria, tornando necessário positivizar o preceito dos princípios.

Em razão disso, por meio do Decreto Federal nº 9.830, de 10 de junho de 2019, a LINDB foi regulamentada, de modo que se acresceu a previsão de expressa necessidade de motivação da decisão que traz nova interpretação à norma ou conteúdo indeterminado (artigos 6º e 7º), bem como dispõe sobre o regime de transição²⁷⁴, regulamento este que tem em aplicação em todas as esferas da administração pública.

modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais. BRASIL. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Diário Oficial da União: Brasília, DF, p. 1, 26 abr. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113655.htm>. Acesso em: 10 jul. 2022.

²⁷² Como ensina Di Pietro, o princípio da eficiência pode ser compreendido em dois aspectos: “pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.” DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 250-251

²⁷³ JUSTEN NETO, Marcel. Efeitos da reinterpretção de norma de direito público. In: ALEXANDRE JORGE CARNEIRO DA CUNHA FILHO; RAFAEL HAMZE ISSA; RAFAEL WALLBACH SCHWIND (COORDS). **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – anotada**: Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. – Volume II. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 235.

²⁷⁴ Motivação e decisão na nova interpretação de norma de conteúdo indeterminado.

Artigo 6º A decisão administrativa que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado e impuser novo dever ou novo condicionamento de direito, preverá regime de transição, quando indispensável para que o novo dever ou o novo condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

§ 1º A instituição do regime de transição será motivada na forma do disposto nos artigos 2º, artigo 3º ou artigo 4º.

§ 2º A motivação considerará as condições e o tempo necessário para o cumprimento proporcional, equânime e eficiente do novo dever ou do novo condicionamento de direito e os eventuais prejuízos aos interesses gerais.

§ 3º Considera-se nova interpretação ou nova orientação aquela que altera o entendimento anterior consolidado. Regime de transição.

Assim, passou a compor o ordenamento jurídico o comando para que a decisão controladora seja motivada e fundamentada, inclusive, com a contextualização dos fatos.

Definido o objeto de proteção, cabe agora examinar as hipóteses de cabimento do regime transicional referido no artigo 23 da LINDB, devendo ser considerada a existência dos seguintes elementos: (i) decisão inovadora, (ii) criação de novo dever ou condicionamento de direito decorrente da inovação interpretativa, (iii) indispensabilidade do regime de transição.

4.1.1 Decisão inovadora

O primeiro elemento necessário para atrair a aplicação do artigo 23 é a decisão inovadora, ou seja, de plano é possível identificar que o regime de transição está adstrito à existência de uma decisão – de órgão administrativo, controlador ou judicial – que inove o entendimento já vigente, alterando, portanto, a compreensão até então adotada acerca de determinada norma.

Essa decisão abrange simples ato administrativo, decisão colegiada, súmula de tribunais, orientações de caráter normativo, inclusive, entendimentos reiterados estabelecidos por órgãos da Administração Pública²⁷⁵. Em outros termos, é qualquer pronunciamento de quaisquer dos órgãos e entidades estatais ou de delegatários no exercício de poder delegado, que tenha capacidade de impactar positiva ou negativamente na esfera de direitos de terceiros, agentes públicos ou particulares.

Isso, todavia, não significa perder de vista a natureza modificativa da decisão, conforme exigido pela norma em apreço. Edilson Pereira Nobre Junior²⁷⁶ afirma que são passíveis de submissão à regra do artigo 23 as decisões que visam substituir orientação ou interpretação anteriormente estabelecida, no âmbito administrativo, controlador e judicial.

Artigo 7º Quando cabível, o regime de transição preverá:

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

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

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

BRASIL. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Diário Oficial da União: Brasília, DF, p. 1, 26 abr. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113655.htm>. Acesso em: 10 jul. 2022.

²⁷⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei nº 13.655/2018** (Lei da Segurança para a Inovação Pública). Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 76.

²⁷⁶ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **As normas de direito público na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro**: paradigmas para interpretação e aplicação do direito administrativo. São Paulo: ed. Contracorrente, 2019, p. 105-106.

Também para Dante Tomaz²⁷⁷ não é toda decisão exarada por agentes administrativos, controladores e judiciais que se submete à regra do artigo 23 da LINDB. Para o referido autor, os atos que produzem apenas efeitos internos não são aptos a produzir efeitos sobre a esfera de direitos de terceiros. O autor cita, a título exemplificativo, as certidões expedidas pelo poder público, as quais possuem conteúdo meramente declaratórios, e atos opinativos, que não têm efeito vinculante para o gestor, como os pareceres e os estudos técnicos.

A despeito do entendimento defendido por Dante Tomaz, talvez a delimitação mais adequada é considerar a regra do artigo 23 da LINDB deve ser aplicado sempre que for proferida decisão que modifica a compreensão de norma, produzindo efeitos concretos na esfera de direitos e de deveres de terceiros, tanto de pessoas físicas ou jurídicas e que produzam.

A propósito da análise que ora se faz, se impõe a delimitação do que deve ser entendido por norma de conteúdo indeterminado.

Sobre o assunto, Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas²⁷⁸, ao analisarem o artigo 23 da LINDB, apontam que são de conteúdo indeterminado as normas que dependem da utilização de conteúdos subjetivos pelo intérprete para extrair o conteúdo normativo.

Como esclarece Irene Patrícia Nohara²⁷⁹, ao citar Genaro Carrió, não se deve confundir ambiguidade com indeterminação. Enquanto a ambiguidade oportuniza mais de uma interpretação para um mesmo conteúdo, a indeterminação impede justamente que se limite a abrangência da aplicação da norma.

A indeterminação da norma permite ao intérprete maior amplitude no exercício da interpretação, havendo, portanto, um certo grau de subjetividade. Logo, norma de conteúdo indeterminado é aquela que estabelece uma consequência, mas que, para a aplicação, é necessário que o intérprete efetue valoração do direito, em razão da utilização de termos vagos²⁸⁰.

²⁷⁷ TOMAZ, Dante. **As normas de transição no direito administrativo**: possibilidades, parâmetros de aplicabilidade e limites do artigo 23 da LINDB. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 179-180.

²⁷⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei nº 13.655/2018** (Lei da Segurança para a Inovação Pública). Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 81.

²⁷⁹ NOHARA, Irene Patrícia. Conceitos jurídicos indeterminados e delimitação concreta da discricionariedade administrativa no pós-positivismo. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 7, p. 167-193, jan./jun. 2010. Disponível em: <<https://revistas.pge.sp.gov.br/index.php/revistapegesp/article/view/696/631>>. Acesso: 22 nov. 2022.

²⁸⁰ BENACCHIO, Marcelo; BENACCHIO, Marcos. O equilíbrio entre o avanço na interpretação e aplicação das normas de conteúdo indeterminado e segurança jurídica. In: ALEXANDRE JORGE CARNEIRO DA CINHA FILHO; RAFAEL HAMZE ISSA; RAFAEL WALLBACH SCHWIND (COORDS). **Lei de Introdução às**

Sendo ela de conteúdo determinado, o intérprete não possuiria abertura para estabelecer nova interpretação suficientemente impactante ao ponto de ensejar novo dever ou condicionamento de direito.

É em torno dessa maleabilidade e dessa plasticidade que o exercício hermenêutico gravita. Note-se que para a aplicação da regra do artigo 23 da LINDB, é necessário que o intérprete da norma de conteúdo indeterminado estabeleça a determinação do conteúdo²⁸¹.

A título exemplificativo, são facilmente encontradas nas decisões, legislações e relações jurídicas as expressões jurídicas “interesse público”, “boa-fé” e “moralidade”. Todas elas variam de acordo com o texto e o contexto da inserção, de modo que o entendimento do conceito abstrato é determinado pelas circunstâncias concretas em exame.

Fica clara, portanto, a razão pela qual a doutrina identifica a vantagem da edição de normas de conteúdo indeterminado para o legislador, qual seja, a maior possibilidade de adaptação às interpretações estabelecidas ao longo do tempo²⁸².

Nesse mesmo sentido, como elenca Itiberê Rodrigues²⁸³, a aplicação do artigo 23 está vinculada a um duplo questionamento a ser formulado e respondido pelo próprio prolator da decisão, ou seja, se há interpretação nova sobre “conceito jurídico indeterminado”, tendo como parâmetro casos analisados anteriormente, e se a nova orientação “é mais gravosa” que a anteriormente adotada.

A partir de tais apontamentos, pode-se afirmar que o pressuposto básico para aplicação do disposto no citado artigo 23 é que a decisão inovadora tenha sido proferida sobre norma de conteúdo indeterminado, sendo ela aquela que o intérprete encontra não somente espaço, mas necessidade de aplicação de entendimento subjetivo com o fito de suprir a indeterminação.

A despeito de tal entendimento, consentâneo com o sentido empregado pelo artigo 23 da LINDB, cabe uma consideração acerca da indeterminação das normas, tema que, embora já abordado neste trabalho, merece ser rememorado. A irresignação aqui reside na forma adotada pelo legislador quando da redação do artigo 23, mais especificamente quando vinculou o regime de transição à existência de norma de conteúdo indeterminado.

Normas do Direito Brasileiro – anotada: Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Volume II. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 252.

²⁸¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei nº 13.655/2018** (Lei de Segurança para a Inovação Pública). 2. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 81.

²⁸² MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael. **Nova LINDB: proteção da confiança, consensualidade, participação democrática e precedentes administrativos / organizadores.** – Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2021. p.31.

²⁸³ RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano. **Nova LINDB: Proteção da confiança, consensualidade, participação democrática e precedentes administrativos / organizadores.** – Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2021. p.51.

Sendo a segurança jurídica elemento essencial, como demonstrado no primeiro capítulo deste trabalho, é de se supor que qualquer que seja a inovação interpretativa deverá ser considerada necessidade de estabelecer regime transicional.

Como refere Marçal²⁸⁴, o artigo 23 da LINDB visa impedir a aplicação retroativa da interpretação inovadora. Não fosse assim, havendo a possibilidade de aplicação imediata do novo entendimento, inclusive a atos e fatos pretéritos, ter-se-ia o comprometimento da *cognoscibilidade, previsibilidade e calculabilidade*.

Desse modo, conquanto o artigo 23 traga a exigência acerca da indeterminação do conteúdo da norma objeto de interpretação, o que se deve considerar, efetivamente, para fins de avaliação da necessidade regime de transição é a efetiva mudança de entendimento, tema que será abordado em seguida²⁸⁵.

Ademais, a discussão acerca da indeterminação da norma pode ser irrelevante, na medida em que, sendo possível estabelecer diferentes sentidos à mesma norma, é de se concluir que ela é de conteúdo indeterminado.

Negar essa qualidade – indeterminação – à norma, a despeito de interpretações variadas, é negar a aplicação da regra que exige o estabelecimento de regime de transição, sonhando, ao fim e ao cabo, a segurança jurídica.

²⁸⁴ JUSTEN NETO, Marçal. Os efeitos da reinterpretação de norma no direito público. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hanzé; SCHWIND, Rafael Wallbach. (Coord.). **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – anotada**: Decreto-Lei n. 4.5657, de 4 de setembro de 1942. Vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p.236.

²⁸⁵ Esse não tem sido o posicionamento do Tribunal de Contas da União, como se pode verificar em alguns dos seus julgados, nos quais tem sido negada a adoção de regime de transição ao argumento de que a norma balizadora da decisão não apresenta conteúdo indeterminado, a despeito da inovação no entendimento. Confira-se a esse respeito os seguintes julgados:

Acórdão 4197/2022 da Primeira Câmara do Tribunal de Contas da União, Relatoria de Vital do Rêgo. Processo 037.195/2021-2. Sessão ocorrida em 26 de julho de 2022. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-2542281/NUMACORDAOINT%20asc/0>. Acesso em dez 2022;

Acórdão 3603/2022 da Segunda Câmara do Tribunal de Contas da União, Relatoria de Augusto Nardes. Processo 022.323/2021-0. Sessão ocorrida em 19 de julho de 2022. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2533299%22>>. Acesso em dez. 2022.

Acórdão 3380/2022 da Segunda Câmara do Tribunal de Contas da União, Relatoria de Aroldo Cedraz. Processo 022.313/2021-4. Sessão ocorrida em 12 de julho de 2022. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2543011%22>>. Acesso em dez. 2022.

Acórdão 3547/2022 da Primeira Câmara do Tribunal de Contas da União, Relatoria de Vital do Rêgo. Processo 005.660/2021-1. Sessão ocorrida em 28 de junho de 2022. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2540485%22>>. Acesso em dez. 2022.

Compreendida a natureza da decisão inovadora, é necessário verificar os aspectos concernentes ao novo dever ou condicionamento de direito a que alude a norma do artigo 23.

4.1.2 Novo dever ou condicionamento de direito decorrente da inovação interpretativa

Conforme já mencionado, a necessidade de regime de transição pressupõe a ocorrência de uma alteração da situação jurídica, mediante a superação de um entendimento anterior por um posterior.

Nas palavras de Dante Tomaz²⁸⁶, “pode-se conceituar como inovadora a decisão que, com base em novos elementos fáticos, jurídicos ou de interesse público, altera a compreensão até então vigente de um enunciado ou de uma situação jurídica, substituindo-a por uma nova.”

Sendo assim, a decisão inovadora pode ser entendida como um requisito formal e material, dado que tanto a forma do ato quanto o respectivo conteúdo são imprescindíveis.

Sob o aspecto formal, tem-se que a decisão deve ser proferida no âmbito administrativo, controlador ou judicial. Já sob o aspecto material, deve possuir conteúdo que suplante entendimento já firmado anteriormente e reverbere na esfera jurídica de terceiros, a qual pode-se dar mediante o estabelecimento de um novo dever ou a implementação de condições para reconhecimento de um direito.

Em termos mais concretos, reproduzindo o exemplo apontado por Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas²⁸⁷, a mudança de entendimento relativa à incorporação do período de exercício de função comissionada para fins de aposentadoria ilustra o que é uma decisão inovadora.

No caso específico, a Decisão nº 481/1997-TCU consagrou entendimento de que seria devida a incorporação, observando a fração 1/5 ou 1/10. Todavia, anos mais tarde, por meio da Decisão nº 844/2001-TCU, esse entendimento foi revisto e deixou de prevalecer.

Os regimes de transição serão categorizados mais adiante, mas é possível adiantar que, na decisão reformadora acima descrita, o Tribunal de Contas da União (TCU) implementou a modulação dos efeitos, preservando os atos de aposentadoria realizados durante a vigência da decisão de 1997 e pautando a produção de efeitos da nova decisão para o futuro (efeito *ex nunc*),

²⁸⁶ TOMAZ, Dante. **As normas de transição no direito administrativo**: possibilidades, parâmetros de aplicabilidade e limites do artigo 23 da LINDB. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 183.

²⁸⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei nº 13.655/2018** (Lei de Segurança para a Inovação Pública). 2. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 80.

em homenagem ao princípio da segurança jurídica, da coisa julgada e dos atos jurídicos perfeitos consolidados ao longo dos anos com base no entendimento anterior.

Como se extrai do preceito normativo, não basta uma decisão inovadora quanto ao sentido da norma aplicável. É necessário que a inovação produza impacto na esfera de direitos e de deveres dos atingidos pela nova interpretação e que esse impacto seja mais gravoso²⁸⁸.

E há sentido nessa consideração, porquanto, se a inovação interpretativa não impactar negativamente na esfera jurídica de terceiros, ou seja, se é possível aplicar o novo entendimento de imediato, sem que isso provoque perdas ou cause embaraço à atuação das pessoas atingidas, não há razão para a adoção de regime de transição.

Tal conclusão impõe a análise de um outro elemento para fins de definição da necessidade ou não de se estabelecer um regime de transição, o que será analisado na sequência e diz respeito à indispensabilidade de aplicação desse regime, tema que se relaciona à segurança na aceção da continuidade jurídica.

4.1.3 Indispensabilidade do regime de transição

Como ilustra o exemplo do tópico anterior, o regime de transição é essencialmente necessário quando a mudança de entendimento impacta negativamente terceiros. Isso também é parte do comando do artigo 23, ao prever que o novo dever “seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais”.

Essa disposição faz coro com o artigo 20 também da LINDB, que determina a observância das consequências práticas da decisão. Explorando os ensinamentos de Robert Alexy, Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas²⁸⁹ apontam que um dos objetivos precípuos desse dispositivo é a vedação do uso de princípios como subterfúgios argumentativos. Nessa linha de raciocínio, prosseguem os autores, que é dever do julgador, além de fundamentar substancialmente a decisão, observar os postulados da Suprema Corte

²⁸⁸ TOMAZ, Dante. **As normas de transição no direito administrativo**: possibilidades, parâmetros de aplicabilidade e limites do artigo 23 da LINDB. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 184.

²⁸⁹ A esse respeito afirma o autor: “É dizer, a decisão fundamentada em abstrações, para além de se furtar a analisar a complexidade da questão vertida, não traduz uma avaliação prévia quanto à solução mais adequada. Mais que isso, a utilização de conceitos abstratos pode importar em decisões subjetivas e arbitrárias, pois que a indeterminação de sua significação pode ocultar interesses escusos veiculados por seu intermédio. Ou gerar o efeito da fundamentação reversa, por intermédio do qual o decisor toma a decisão final e, após, se utiliza de conceitos abertos para justificar a sua decisão pre-tomada.”. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei nº 13.655/2018** (Lei de Segurança para a Inovação Pública). 2. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 20.

alemã incorporados na jurisprudência brasileira: (i) adequação, (ii) necessidade e (iii) proporcionalidade.

Para Gabriela Mafra²⁹⁰, incorporando as elaborações de Phillip Gil França, a omissão quanto à análise das consequências dos atos dos agentes públicos, atos estatais, acaba criando obstáculo à eficiência do Estado, comprometido com a concretização das finalidades coletivas.

No âmbito do regime de transição não é diferente. Os mesmos subprincípios são igualmente norteadores no momento de instituição do regime de transição, conforme será aprofundado em tópico futuro. Por ora, Dante Tomaz²⁹¹ sustenta que, na aplicação do artigo 23, é necessário investigar a relação custo-benefício inerente à mudança que será operada, de modo a atender o equilíbrio que a norma almeja, entre os interesses gerais e o cumprimento do novo dever ou condicionamento de direito aos particulares.

O mesmo propõem Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras Neto²⁹². Para eles, o regime de transição é necessário para mitigar ou afastar eventuais sacrifícios decorrentes do cumprimento do novo dever ou condicionamento imposto pela nova interpretação, especialmente porque a decisão inovadora não atingirá os jurisdicionados de maneira uniforme.

Assim, na iminência de criar uma situação jurídica conflitante, as normas de transição têm a função de harmonizar os conflitos naturais que emergem da mudança. Tanto por isso se tem a conexão intrínseca ao princípio da segurança jurídica, que, ao tempo que busca manter a ordem jurídica, não veda a realização de mudanças. Conforme Itiberê Rodrigues²⁹³, é necessário “conferir estabilidade, mas sem impedir as necessárias alterações que o Direito precisa”.

Portanto, muito embora seja da natureza dos conceitos abertos certa mutabilidade interpretativa, ao passo que as interpretações mudam, o regime de transição assegura atos praticados no passado respaldados pela interpretação suplantada e aponta o caminho para efetivação proporcional e razoável da nova decisão.

²⁹⁰ MAFRA, Gabriela. **Limites ao controle judicial da atividade administrativa discricionária**: os permissivos legais constantes nos artigos 20, 21 e 22 da LINDB como parâmetros à aderência judicial no Brasil. Dissertação de Mestrado apresentada no Programa de Pós-graduação em Direito – PPGD/UFSC, 2021.

²⁹¹ TOMAZ, Dante. **As normas de transição no direito administrativo**: possibilidades, parâmetros de aplicabilidade e limites do artigo 23 da LINDB. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 185.

²⁹² Anota o autor: “O agir estatal produz efeitos nem sempre idênticos sobre os cidadãos. Por isso, diz a LINDB, a transição deve buscar um ponto ótimo de equidade. Semanticamente, equânime é aquele juízo que defere ânimo igual em relação aos alcançados (equi + animus). No dispositivo ora comentado, o dever de transição equânime dirá com a distribuição dos efeitos da nova regra de modo, não idêntico, aderente à capacidade de absorção, adequado aos bônus correspondentes e balanceados. O juízo de equinimidade deverá ser aferido sempre de modo comparativo e relacional entre os alcançados (onerados e beneficiários). MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei nº 13.655/2018** (Lei de Segurança para a Inovação Pública). 2. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 85.

²⁹³ RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano. **Nova LINDB: Proteção da confiança, consensualidade, participação democrática e precedentes administrativos /organizadores**. – Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2021. p. 41.

4.2 DESTINATÁRIOS DO DEVER DO ARTIGO 23

Quanto aos destinatários da regra do artigo 23 da LINDB, parece não haver margem para grandes discussões no texto legal que, de forma clara, direciona o comando legal aos órgãos administrativos, controladores e judiciais.

Discorrendo sobre o assunto, Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas sustentam que a regra do artigo 23 da LINDB se direciona a todos os agentes e órgãos que compõem ou integrem o aparelho estatal, nele incluídos aqueles que exercem poder delegado²⁹⁴.

Para Thiago Marrara²⁹⁵, o artigo 23 impõe aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, em todas as esferas, o dever de estabelecer regime de transição, estendendo-se a obrigação aos agentes privados que exerçam, por delegação, função pública, das quais possam decorrer eventuais restrições a direitos.

Dante Tomaz igualmente sustenta que a regra do artigo 23 se dirige a todos os órgãos e poderes que detenham poder de decisão “com caráter inovador na ordem jurídica e que imponham novo dever de condicionamento do direito a indivíduos determinados”. Contudo, o referido autor exclui o Poder Legislativo da incidência da regra²⁹⁶.

Assim, com a ressalva feita por Dante Tomaz²⁹⁷, pode-se afirmar que o dever inserido no artigo 23 da LINDB, desde que presentes os pressupostos nele previstos, se impõe a todos os agentes, órgãos ou entes públicos que agem nessa condição, proferindo decisões que

²⁹⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018). **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Edição Especial, p. 105, nov. 2018.

²⁹⁵ MARRARA, Thiago. **Comentários gerais ao artigo 23 da LINDB**. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro anotada. Coord. Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho; Rafael Hanzed Issa e Rafael Wallbach Schwind. Vol. II. Quartier Latin do Brasil. São Paulo, 2019, p. 231.

²⁹⁶ Para Dante Tomaz, a regra do artigo 23 não se aplica ao Estado-Legislator, porque as normas da LINDB se destinam à atividade interpretativa realizadas pelos órgãos do Poder Público. TOMAZ, Dante. **As normas de transição no direito administrativo**: possibilidades, parâmetros de aplicabilidade e limites do artigo 23 da LINDB. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 168.

²⁹⁷ A exclusão do Poder Legislativo do âmbito de incidência da regra do artigo 23 aqui colocada, se dá apenas quanto ao exercício da atividade própria do referido Poder, qual seja, a produção de normas, porquanto a regra aqui em estudo, como bem salientado por Dante Tomaz, se destina a orientar os órgãos encarregados da aplicação de normas, sendo, pois, regra de interpretação. Inobstante, o Poder Legislativo haverá de submeter à regra que impõe o dever de estabelecer regime de transição, sempre que proferir decisão administrativa – portanto, não legislativa, que atinja a esfera de direitos de terceiros, posto que também o Poder Legislativo exerce atividade administrativa.

possam, de alguma forma, interferir no agir de tais pessoas com repercussão na esfera de atuação, inclusive dos particulares²⁹⁸.

No rol dos alcançados pela regra do artigo 23 da LINDB, se incluem os órgãos de controle, por expressa previsão do dispositivo legal, neles incluídos os Tribunais de Contas, que exercem importante atividade de fiscalização e controle das atividades dos Poderes Públicos, tema que será objeto de análise mais adiante neste capítulo.

Lado outro, a regra em questão, que estabelece o dever de fixar regime de transição, ao tempo que busca proteger a segurança jurídica, a boa-fé e a legítima expectativa quanto à manutenção das situações estabilizadas com base no entendimento anterior, também se destina a todos aqueles eventualmente alcançados pela inovação interpretativa.

Nesse particular, a norma, como elemento de proteção, direciona efeitos aos gestores públicos eventualmente obrigados a seguir o novo dever, aos particulares que relacionam com o poder público, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas, os quais podem ter direitos afetados pelo novo entendimento firmado pelo órgão decisor.

4.3 ELEMENTOS PARA AVALIAR A NECESSIDADE E O CONTEÚDO DO REGIME DE TRANSIÇÃO

Quanto à submissão dos Tribunais de Contas às disposições da LINDB, especialmente do artigo 23, não há dúvida alguma, conforme já foi destacado anteriormente, até mesmo pela previsão expressa condida no citado dispositivo normativo.

Ademais, a interpretação, na qualidade de atividade decorrente de fenômeno mental, permite considerar como intérprete da norma toda e qualquer pessoa que a ela se sujeita. No entanto, enquanto produto, a interpretação atinge a realidade e se aplica a casos concretos, e é em função desta que o artigo 23 entendeu como intérpretes da lei os órgãos de controle – Tribunais de Contas – autoridade administrativa e judiciária, impondo a estes o poder-dever de

²⁹⁸ Para o aprofundamento do tema relacionado à abrangência da norma do artigo 23, em especial quanto ao Poder Legislativo, sugere-se consultar, dentre outras, as obras de Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas (Comentários à Lei n. 13.655/2018. Belo Horizonte. Ed. Fórum, 2019 e Dante Tomaz (As normas de transição no direito administrativo. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2022).

criar os regimes de transição, uma vez que serão estes órgãos que aplicarão, na prática, as normas de conteúdos indeterminados aos casos concretos²⁹⁹.

Assim, quando a Corte de Contas interpretar as normas impondo novo dever ou condicionamento de direito, deverá prever quais as medidas administrativas serão adotadas para adequar a interpretação ou orientação estabelecidas, bem como o prazo e o modo de cumprimento do novo dever ou condicionamento, com o fito de manter o cumprimento da norma de forma equânime, eficiente e proporcional.

O estabelecimento de um regime de transição se mostra necessário justamente em respeito à segurança jurídica, tendo em vista o impacto que as decisões de Tribunais de Contas trazem a terceiros.

É por meio do regime de transição que a Corte de Contas poderá expor a todos aqueles sujeitos ao controle externo a forma como a lei deverá ser aplicada a partir da decisão e entendimento inovador. O conhecimento prévio do sentido da norma, aliás, é um dos elementos essenciais para a concretização da segurança jurídica³⁰⁰.

O regime de transição busca justamente estabelecer gradativamente a mudança entre o entendimento anterior e o inovador, com o fito único de conceder àqueles que pautam os atos nos entendimentos e nas decisões da Corte de Contas a segurança jurídica necessária para tanto.

A partir dos estudos realizados nos tópicos anteriores, cumpre agora extrair da regra do artigo 23 da LINDB os elementos necessários para a definição de um regime de transição que possa ser aplicado às decisões dos Tribunais de Contas, quando dotadas de conteúdo inovador, com impacto nas condutas e direitos de terceiros.

Para o desempenho desta tarefa é preciso verificar na norma em estudo, bem como nos dispositivos do regulamento (Decreto Federal nº 9.830/2019), os elementos que auxiliam na avaliação quanto à necessidade do regime de transição e indicam o conteúdo do regime de

²⁹⁹ BENACCHIO, Marcelo; BENACCHIO, Marcos. O equilíbrio entre o avanço na interpretação e aplicação das normas de conteúdo indeterminado e segurança jurídica. In: ALEXANDRE JORGE CARNEIRO DA CUNHA FILHO; RAFAEL HAMZE ISSA; RAFAEL WALLBACH SCHWIND. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada**: Lei n. 4.657, de 4 de Setembro de 1942. – Volume II. São Paulo: Quartir LATIN, 2019, p. 249-250.

³⁰⁰ Schiefler, Cristóvam e Peixoto trazem significativa contribuição para a organização da jurisprudência administrativa, sugerindo a criação de uma “Central de Jurisprudência Administrativa, como medida para ampliar o conhecimento, assegurando a legítima confiança dos cidadãos na Administração Pública. SCHIEFLER, Eduardo André Carvalho; CRISTÓVAM José Sérgio da Silva; PEIXOTO, Fabiano Hartmann. Inteligência artificial aplicada à criação de uma central de jurisprudência: o uso das novas tecnologias no âmbito da gestão de informações sobre precedentes em matéria administrativa. **Revista de Direito**. Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 60, p. 18-34, jan./abr. 2020. Disponível em: n. 60 (2020) | Revista do Direito (unisc.br). Acesso em: 10 nov. 2022.

transição, eventuais prazos, condicionantes, forma de aplicação e execução, como requisitos mínimos a serem observados na definição da regra transicional.

Se o conteúdo do artigo 23 não traz elementos suficientes para sustentar a adoção de um padrão de regime de transição no âmbito dos Tribunais de Contas, é certo que, ao menos, indica alguns parâmetros para avaliar a imprescindibilidade ou não da adoção de regime de transição, como se verá a seguir.

No presente tópico, serão esboçados alguns parâmetros para a avaliação quanto à necessidade de regime de transição, sendo: (i) do novo entendimento decorre novo dever ou condicionamento para o exercício de direito; e (ii) existência de situação jurídica consolidada.

(i) Novo dever ou condicionamento de direito: o primeiro elemento a ser analisado se refere às consequências da decisão inovadora. Ou seja, se o novo entendimento adotado acerca de determinada norma cria um novo dever para os alcançados por aquela decisão, ou se estabelece novo condicionamento para o exercício de um direito.

Logo, impõe-se à autoridade responsável pela tomada de decisão responder algumas indagações: (i) a partir do entendimento estabelecido na decisão, os jurisdicionados deverão mudar a sua conduta? (ii) frente ao novo entendimento estabelecido, o ato administrativo analisado pode ser considerado válido? (iii) o novo entendimento impõe novas condicionantes para o exercício de um direito protegido pela norma objeto de interpretação?

Sendo positiva a resposta às indagações aqui postas, a qualquer delas, é de se concluir que a adoção de regime de transição se impõe como medida acauteladora da segurança jurídica.

(ii) Existência de situação jurídica consolidada: a situação jurídica é estável quando não há questionamentos acerca da validade das decisões proferidas, as quais se estabelecem sempre em um mesmo sentido, ou quando o poder público não altera o sentido das decisões, de modo que aqueles que se relacionam com o poder público têm a expectativa da manutenção da situação jurídica estabelecida³⁰¹.

A confiança quanto à manutenção da situação jurídica se dá através do conhecimento da norma aplicável à determinada situação, fenômeno ao qual Humberto Ávila denomina de *cognoscibilidade*³⁰², a qual, ao lado da *confiabilidade* e da *calculabilidade* constitui o elemento informador da segurança jurídica como instrumento de proteção das relações entre o poder público e os particulares.

³⁰¹ Para aprofundar o tema da estabilidade, no âmbito processual, sugere-se consultar: CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas:** entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 4 ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

³⁰² ÁVILA, Humberto. ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica.** 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 268-269.

Como destacado pelo referido autor, o instituto da segurança jurídica abrange um conjunto de ideias, dentre as quais, no ponto que aqui interessa, está justamente a estabilidade das relações jurídicas, conformada pela ideia de durabilidade, anterioridade da norma e manutenção de direitos em face de lei nova.

Por esse entendimento, portanto, estáveis seriam apenas aquelas situações e relações baseadas em normas com conteúdo conhecido. Porém, aqui residem duas preocupações adicionais, quais sejam: (i) o entendimento normativo anterior pode ter origem em qualquer órgão encarregado da interpretação de normas?; e (ii) o que ocorre quando não há ainda entendimento conformado e estabilizado?

Quanto ao primeiro questionamento, é possível afirmar que o entendimento estabilizado não precisa, necessariamente, ter sido firmado no âmbito de determinado órgão decisor, no caso do estudo aqui realizado, pelo Tribunal de Contas. O que importa é que haja um entendimento firmado e que este seja minimamente estável, na medida em que é aplicado sem modificações casuísticas.

Todavia, é preciso considerar aqui a possibilidade ou não de o Tribunal de Contas estabelecer interpretação de determinada norma dissonante daquela que tenha sido adotada pelo Poder Judiciário. Este tema mereceria um estudo mais acurado. Inobstante, dada as características dos Tribunais de Contas e de sua atuação como órgãos de controle, que, embora dotados de autonomia, atuam na esfera administrativa e não judicial, razão pela qual, e, com base no que estabelece a CF/88 em seu artigo 5º³⁰³, as decisões das cortes de contas podem ser submetidas ao crivo do judiciário para fins e avaliação dos aspectos formais e de eventuais ilegalidades³⁰⁴.

Quanto ao segundo questionamento, ante a ausência de entendimento consolidado acerca da norma balizadora, poder-se-ia argumentar que inexistiria a necessária proteção à situação jurídica.

Todavia, a inexistência de um padrão de decisão não pode ser considerada como pretexto para que o Tribunal de Contas firme um entendimento acerca de determinada norma, aplicando o sentido estabelecido a fatos pretéritos, cujo conteúdo já tenha se perfectibilizado.

³⁰³ A CF/88 em seu artigo 5º inciso XXXV assegura a apreciação pelo Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

³⁰⁴ Quanto ao tema aqui levantado - apreciação pelo Poder Judiciário das decisões proferidas pelos Tribunais de Contas – Rodrigo Valgas dos Santos defende como limite à apreciação pelo Poder Judiciário os aspectos formais e de ilegalidade manifesta.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Procedimento administrativo nos tribunais de contas e câmaras municipais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 63.

E o motivo determinante para essa conclusão é extraído dos elementos do instituto da segurança jurídica, trabalhados na obra de Humberto Ávila³⁰⁵, ou seja, a anterioridade. Até porque, como já visto, a norma é o produto da interpretação que lhe der o encarregado da aplicação. Logo, imprescindível que o cidadão tenha conhecimento acerca da regra que vai pautar a própria conduta.

Em resumo, pode-se dizer que o ponto de partida para se considerar a necessidade de estabelecimento de um regime de transição para a aplicação da decisão inovadora é a efetiva existência de uma situação jurídica estável, seja ela decorrente de entendimento anterior consolidado, ou ainda de ausência de questionamentos acerca da conduta perfectibilizada.

4.3.1 Elementos orientativos para a definição do regime de transição

Como já abordado no tópico 4.1 deste capítulo, de pronto se pode dizer que o artigo 23 da LINDB estabelece as hipóteses de incidência da norma, ou seja, as situações em que o órgão decisor deverá considerar a obrigação de estabelecer um regime de transição – inovação interpretativa sobre norma de conteúdo indeterminado, que crie novo dever ou condicionamento de direito. Este aspecto é suficientemente claro.

Porém, não há no arcabouço normativo outros elementos que possam servir para definir um regime de transição, especificamente quanto ao conteúdo, prazo e forma de adequação. Este também é o entendimento de Antonio do Passo Cabral³⁰⁶, para quem o artigo 23 não indica qualquer espécie ou mesmo parâmetros para definição de regime de transição, deixando assim um grande espaço de discricionariedade para o órgão decisor escolher a regra adequada, bem como o conteúdo de demais elementos necessários.

Dante Tomaz³⁰⁷ comunga desse pensamento, destacando a ausência de indicação de conteúdos possíveis no dispositivo em estudo, o qual apenas apresenta diretrizes gerais.

Efetivamente não é possível extrair do artigo 23 qualquer outra contribuição ou elemento que auxilie a definição de espécie de regime de transição a ser adotado, tampouco quanto ao conteúdo, prazos, condições de implementação e execução. Os princípios orientativos

³⁰⁵ ÁVILA, Humberto. *ÁVILA, Humberto. Teoria da segurança jurídica*. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 268-269.

³⁰⁶ CABRAL, Antonio do Passo. *Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo*: introdução ao artigo 23 da LINDB. 2. ed, ver., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 221.

³⁰⁷ TOMAZ, Dante. *As normas de transição no direito administrativo*: possibilidades, parâmetros de aplicabilidade e limites do artigo 23 da LINDB. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 204.

previstos na parte final do dispositivo em estudo são os únicos elementos disponíveis para a fixação de um regime de transição.

O minimalismo verificado no ordenamento torna a tarefa de escolha de regime um ato discricionário do órgão decisor, tanto em relação à espécie a ser adotada, quanto ao conteúdo e aos prazos de implementação. A despeito de tal discricionariedade, o responsável pela decisão inovadora não é totalmente livre, já que dispõe de alguns elementos a orientar a tarefa de fixar o regime de transição, situação que pode ser objeto de contestação por parte daqueles atingidos³⁰⁸.

O que se pode extrair do artigo 23 é a vinculação à obrigação ou ao dever de estabelecer regime de transição à indispensabilidade para o cumprimento do novo dever ou condicionamento de modo proporcional, equânime e eficiente, de forma a não prejudicar os interesses sociais. Portanto, da regra em questão, pode-se extrair as hipóteses de incidência e apenas três elementos que têm o objetivo de orientar o cumprimento do novo dever.

O decreto regulamentador (Decreto n. 9.830/2019), contudo, trouxe algumas contribuições mais significativas, as quais podem auxiliar na definição de conteúdo mínimo a ser considerado no regime de transição.

No âmbito do referido decreto, tem-se os artigos 6º e 7º, os quais, além de repetir o conteúdo do artigo 23, trouxeram algumas exigências, como a necessidade de motivação do ato instituidor de regime de transição, além de alguns novos vetores de orientação, destacando-se: (i) indicação dos órgãos e entidades da Administração Pública e terceiros destinatários; (ii) as medidas administrativas a serem adotadas para adequação ao novo entendimento; (iii) prazo e modo para cumprimento do novo dever ou condicionamento de direito estabelecido. Esses elementos serão melhor analisados a partir de agora.

Com base na redação do artigo 23 da LINDB e do Decreto 9.830/2019, é possível indicar alguns requisitos mínimos que devem constar do regime de transição a ser fixado, qualquer que seja a espécie escolhida.

A instituição do regime de transição deverá ser devidamente motivada, exigência, aliás, contida nos artigos 2º, 3º e 4º do decreto regulamentador, na qual deverão ser considerados e sopesados os elementos já indicados no artigo 23 - proporcionalidade, equanimidade e eficiência -, os quais serão analisados adiante.

³⁰⁸ CABRAL, Antonio do Passo. **Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo**: introdução ao artigo 23 da LINDB. 2. everrev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 222.

(i) Destinatários do regime de transição: sem prejuízo da motivação do ato decisório instituidor do regime de transição, este deverá indicar de forma clara os órgãos e as entidades da Administração Pública e os terceiros destinatários do regime transicional estabelecido.

Os destinatários aqui referidos não se confundem com aqueles abordados no tópico 4.2 deste capítulo. Lá, estão indicados aqueles a quem a regra do artigo 23 se aplica, ou seja, os órgãos decisores – administrativo, controlador e judicial. Aqui, a referência é àqueles que deverão cumprir o regime de transição estabelecido, o que, por vezes, atinge até mesmo o próprio órgão que fixou o regime transicional³⁰⁹.

Assim, na decisão de estabelecer o regime de transição, é necessário que esteja claro quais órgãos e entidades da Administração Pública estão obrigados a executar o regime de transição, bem como a indicação dos particulares eventualmente alcançados pelas medidas fixadas no regime transitório.

(ii) Medidas administrativas a serem adotadas para adequação ao novo entendimento: é indispensável que no regime de transição sejam estabelecidas as medidas administrativas necessárias para que os destinatários possam se adequar ao novo entendimento fixado.

As medidas escolhidas deverão ser estabelecidas de modo a permitir que os destinatários possam se adequar ao novo entendimento de forma gradual, o que implica a impossibilidade de estabelecer qualquer obrigação que inviabilize o cumprimento do regime transicional.

Nesse sentido, cabe ao órgão decisor indicar de forma clara quais são os atos que deverão ser praticados para que o novo entendimento seja aplicado.

(iii) Fixação de prazo e modo para cumprimento do novo dever ou condicionamento de direito estabelecido: o estabelecimento de prazo para adequação ao novo entendimento é indispensável, até mesmo em razão do próprio objetivo do regime de transição, o qual deve proporcionar aos alcançados pelo novo entendimento uma adaptação gradual e com menor prejuízo possível.

³⁰⁹ A esse respeito, considere-se a situação em que o Tribunal de Contas examina, em sede de contas anuais determinado gasto na área da educação, o qual deve ser considerado nos percentuais da receita estabelecidos com ações dessa área, conforme o artigo 212 da CF/88. Na hipótese, havendo inovação do Tribunal, quanto ao entendimento fixado acerca de determinadas despesas que podem ou não ser consideradas e sendo essa inovação fixada em controle subsequente do ato administrativo, parece claro que haverá de ser estabelecido regime de transição, o qual poderá ser adotado através da modulação temporal dos efeitos da decisão inovadora, aplicando prospectivamente o novo entendimento. No exemplo dado, o regime transicional tem como destinatários o gestor público encarregado da execução orçamentária, o qual deverá observar o novo entendimento quando da realização de gastos a partir de então. Porém, a decisão inovadora também deverá ser observada e aplicada pelo próprio órgão decisor, no caso o Tribunal de Contas, o qual deverá se abster de glosar, com fundamento no novo entendimento, despesa já realizada.

A depender do regime transicional estabelecido, torna-se impossível ao gestor e aos demais atingidos pelo novo entendimento a adaptação instantânea, de modo que o órgão decisor deverá sempre estabelecer um prazo de adequação que seja razoável e compatível com as novas exigências estabelecidas.

Ainda como requisito do regime de transição, o órgão decisor deverá considerar, quando da escolha do regime a ser adotado: (i) a proporcionalidade; (ii) a equanimidade; (iii) a eficiência e (iv) o respeito aos interesses gerais, para o cumprimento do novo dever ou condicionamento de direito, elementos que serão abordados na sequência.

(i) Proporcionalidade: a proporcionalidade, na inteligência do artigo 23, não se refere à forma como o novo entendimento, dever ou condicionamento atingirá as pessoas, mas sim à exposição ponderada que estas sofrerão, de modo que possam se adaptar no transcurso do tempo. O que se busca orientar é o modo gradativo com o qual a decisão afetará as pessoas, ou seja, uma exposição ponderada em relação ao que estas sofrerão, de modo que possam se adaptar no transcurso do tempo.

No âmbito da teoria geral, Paulo Bonavides³¹⁰ descreve o princípio da proporcionalidade como aquele que “se caracteriza pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo”.

É por meio da proporcionalidade que o legislador impôs ao decisor a necessidade de apontar como o novo dever ou condicionamento atingirá proporcionalmente a população (de forma ampla e geral) e, por consequência, concedeu aos atingidos a possibilidade de demonstrarem que a proporcionalidade não foi respeitada, mediante juízo negativo do proporcional, o que torna possível, inclusive, que a decisão que confirmou o novo entendimento e apresentou o regime de transição seja suspensa até a adequada modulação do efeito³¹¹.

Ainda, pressupõe uma dimensão de adequação das regras transitórias. Em outras palavras, as normas aplicáveis no interstício de vigência dos entendimentos devem ser pertinentes ao objetivo-fim de, de um lado, não causar ônus excessivos e, de outro, garantir que os sujeitos se adaptem adequadamente à nova realidade jurídica.

A título exemplificativo, Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas abordam uma mudança nas normas regulatórias promovidas pela Agência Nacional de Petróleo, que implique mudança do entendimento sobre o conceito de ‘uso eficiente’ do gás natural e em

³¹⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 357.

³¹¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei nº 13.655/2018** (Lei de Segurança para a Inovação Pública). 2. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 188.

novos encargos para os exploradores da atividade de extração ou transporte, situação que demandaria a adoção de regime de transição para permitir a absorção dos impactos da modificação de forma gradual³¹².

É interessante observar que, muito embora o rol de destinatários diretos da norma seja limitado, é difícil sopesar a extensão do alcance indireto. Note-se que, no exemplo acima, ainda que o novo entendimento afete inicialmente os exploradores daquela atividade econômica, toda a cadeia produtiva e consumidora será indiretamente modificada, alcançando, inclusive, os consumidores finais na hipótese de alteração do preço final do produto.

Neste ponto, é possível identificar uma coerência sistêmica no âmbito da LINDB, na medida do que dispõe o artigo 20³¹³, cuja orientação é a consideração das consequências práticas da decisão.

(ii) Equanimidade: nos moldes previstos pela própria legislação, deverá o órgão decisor, quando do estabelecimento de regime de transição, tornar equânime a decisão, buscando assegurar equilíbrio entre os interesses gerais e interesses particulares, de forma que o novo dever ou condicionamento imposto pela nova interpretação não resulte no sacrifício de eventuais direitos daqueles alcançados pela decisão inovadora.

Nesse ponto, é importante evidenciar que a alteração do entendimento atingirá os jurisdicionados, particulares ou controlados, de forma desigual, não uniforme, motivo pelo qual deverá o regime de transição presar pela equidade na aplicação do novo dever ou condicionamento.

Segundo Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas, “semanticamente, equânime é aquele juízo que defere ânimo igual em relação aos alcançados (*equi+ânimus*)”. Assim, de acordo com esse entendimento, tem-se por equânime a transição que atinge os particulares ou controlados de forma não idêntica, respeitando as capacidades de absorção. Dessa forma, a equanimidade deverá ser verificada de modo a balancear a relação

³¹² Sobre a hipótese o autor sustenta que a “*decisão deverá vir acompanhada de uma regra de transição que, sem perder de vista os objetivos nacionais e gerais atrelados ao uso eficiente, permitam que os ônus venham a ser absorvidos pelos regulados de modo gradual, razoável e compatível com os ônus intrínsecos a essa exploração.*” MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei nº 13.655/2018** (Lei da Segurança para a Inovação Pública). 2 reimpr. – Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 85-86.

³¹³ Artigo 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. BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União: Brasília, DF, p. 1, 9 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm>. Acesso em: 10 jul. 2022.

entre aqueles atingidos pelo novo dever ou condicionamento, ponderando tanto os onerados quanto os beneficiados³¹⁴.

Portanto, não está aqui colocado o conceito de igualdade, ou seja, não se supõe que todos devam ser atingidos igual e indistintamente pela norma de transição. Em verdade, privilegia-se a distribuição de meios de mudança de acordo com a especificidade de cada um.

(iii) Eficiência: o terceiro vetor a ser observado é quanto à eficiência. O regime de transição deverá garantir a eficiência no novo dever ou condicionamento de direito. Esse princípio, que guarda fortes laços com o Direito Administrativo, encontra-se positivado no artigo 37 da CF/88 e visa garantir que o exercício do direito ocorra de forma mais satisfatória possível. Trata-se de um princípio que se relaciona com o resultado da ação. É dizer que tanto a decisão inovadora, quanto o regime de transição realmente tragam os resultados almejados.

Em termos gerais, como ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro ao citar Jesus Leguina Villa, a eficiência na prestação dos serviços públicos e na atuação dos agentes não pode ser confundida com aquela da lógica das organizações privadas ou, ainda, servir de instrumento para afastar, por exemplo, o princípio da legalidade; isso “porque a eficácia que a Constituição propõe é sempre suscetível de ser alcançada conforme o ordenamento jurídico”³¹⁵.

Depreende-se, portanto, que a eficiência é relativa à satisfação do interesse público com o maior rendimento funcional possível, buscando o equilíbrio entre os meios e os objetivos da atuação da Administração Pública. Nas palavras de Aragão, implica no “melhor exercício das missões de interesse coletivo que incumbe ao Estado, que deve obter a maior realização prática possível das finalidades do ordenamento jurídico, com os menores ônus possíveis”³¹⁶.

Nesse sentido, pode-se dizer que será eficiente o regime de transição que permita que o novo dever ou condicionamento de direito realmente seja exercido pelos jurisdicionados de forma geral, com equanimidade e proporcionalidade, para que o novo entendimento seja respeitado e aplicado de forma satisfatória.

(iv) Interesses gerais: por fim, o artigo 23 estabelece a necessidade de o regime de transição atender aos interesses gerais. Nesse ponto, não se faz necessária grande discussão, haja vista que eventual dúvida entre a necessidade ou não de diferenciar os interesses gerais dos interesses públicos foi sanada no Seminário “Impactos de Lei nº 13.655/18 no Direito

³¹⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei nº 13.655/2018** (Lei de Segurança para a Inovação Pública). 2. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 85.

³¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 250-251.

³¹⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos. O princípio da eficiência. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: 237, p. 1-6. jul/set. 2004.

Administrativo”, realizado em Tiradentes no dia 14 de junho de 2019 pelo Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA), por meio do Enunciado 9, que, sem grandes rodeios, prevê: “a expressão ‘interesse geral’ prevista na LINDB significa ‘interesse público’, conceito que deve ser extraído do ordenamento jurídico”³¹⁷.

Deste modo, para fins de esclarecimento, colhe-se o ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Melo, apontando que o interesse público se contrapõe ao interesse particular – que decorre dos interesses pessoais de cada um individualmente – mas busca atingir os interesses desses mesmos indivíduos enquanto atores de uma sociedade, um todo, um coletivo, dimensionada através do Estado. Isto é, como bem ensina o referido autor, “uma faceta dos interesses dos indivíduos: aquela que se manifesta enquanto estes - inevitavelmente membros de um corpo social - comparecem em tal qualidade”³¹⁸.

Desta forma, tem-se que o regime de transição, além de necessariamente observar a equanimidade, eficiência e proporcionalidade, deverá ser posto de forma a evitar que o interesse público seja subjugado.

A partir dos elementos orientativos aqui explorados, cabe trazer algumas espécies de regime de transição existentes em nossa legislação e já em utilização, os quais podem servir de modelo para aplicação também no âmbito dos Tribunais de Contas, abordagem que será desenvolvida no próximo tópico.

4.4 EPÉCIAS DE REGIME DE TRANSIÇÃO

Conforme restou demonstrado no tópico anterior, o artigo 23 da LINDB não traz nenhuma espécie de regime de transição a ser adotada, tampouco apresenta conteúdo a ser considerado para fins de fixação de regime transicional.

Desse modo, para os fins do presente trabalho, especialmente quanto à tarefa de extrair do dispositivo normativo elementos que possam orientar o estabelecimento de regime de transição no âmbito dos Tribunais de Contas, cabe analisar, com base na legislação vigente e na doutrina, algumas das espécies conhecidas de regime de transição, fase importante para o estudo subsequente que se ocupará da aplicação junto aos Tribunais de Contas.

³¹⁷ INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO (IBDA). **Enunciados relativos à interpretação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB e seus impactos no Direito Administrativo.** Tiradentes/MG: 2019. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/6/art20190624-11.pdf>>. Acesso em: 7 jul. 2022.

³¹⁸ Mello, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** Imprensa: Salvador, JusPODIVM, São Paulo, Malheiros, 2021.p. 61.

As espécies de transição que serão analisadas a partir de agora têm como base as sugestões e as classificações oferecidas por Antonio do Passo Cabral³¹⁹, jurista que explorou o tema de forma minudente.

4.4.1 Modulação temporal e de conteúdo

Inserida no rol de espécies de normas de transição, a modulação temporal e de conteúdo visa adequar a vigência do entendimento superveniente especialmente quanto à aplicação no tempo, tanto em relação aos casos em exame pela Administração quanto à data do acontecimento do fato investigado. Em outras palavras, a decisão inovadora pode passar a ser aplicada pela própria Corte a partir de certo marco temporal futuro, bem como pode ser fixado marco temporal em relação ao fato.

Como ensina Dante Tomaz³²⁰, a modulação temporal incorpora como variável o tempo, como mesmo sugere o nome. Isso porque cabe instituir a vigência a partir de data futura ou mesmo ser seletiva em relação aos sujeitos alvos da norma.

A lógica aplicada neste instituto é semelhante à da *vacatio legis*, prevista no artigo 1º da própria LINDB, que determina, como regra geral, que o prazo para lei nova entrar em vigor é de 45 dias.

Conforme esclarecido anteriormente, não deve ter efeito retroativo a decisão inovadora, sendo comumente aplicada a modulação de efeito temporal, também conhecida como a concessão de efeito *ex nunc*, termo encontrado com facilidade nas decisões proferidas pelas Cortes Superiores em análise de constitucionalidade das normas.

Contudo, ao contrário do que ocorre nas decisões de controle de constitucionalidade, nas quais o efeito *ex nunc* é utilizado como exceção, pois trata-se de análise relacionada a atos praticados em desconformidade com a Constituição, no regime de transição a irretroatividade deve ser entendida como regra.

Assim, cumpre realizar uma análise acerca de como deverá ser interpretado o novo entendimento com relação aos atos passados, bem como de que forma deverá ser realizado o

³¹⁹ CABRAL, Antonio do Passo. **Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo**, rev., atual. e ampl. – Salvador: JusPodivm, 2021.

³²⁰ TOMAZ, Dante. **As normas de transição no direito administrativo**: possibilidades, parâmetros de aplicabilidade e limites do artigo 23 da LINDB. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 145.

regime de transição, principalmente, quando forem impactados atos que produzam efeitos contínuos.

Antonio do Passo Cabral destaca que, em relação aos atos que produzam efeitos contínuos, a decisão poderá ser proferida de quatro formas diferentes, sendo elas: (i) manutenção dos atos e efeitos anteriores à decisão inovadora acrescida a regimes de transição de efeito não modular; (ii) aplicação retroativa do novo entendimento com a anulação do ato e de todos os efeitos – decisão que vai completamente de encontro à segurança jurídica; (iii) mudança do conteúdo do ato, com aceitação dos efeitos produzidos até a data da decisão inovadora e transição futura; ou (iv) projeção do início dos efeitos da decisão para o futuro por meio do regime de transição³²¹.

A possibilidade de fixação de prazo futuro para início da eficácia, bem como da flexibilização da estabilidade com aplicação dos efeitos *ex nunc* encontra previsão no artigo 4º, § 4º, do Decreto nº 9.830/2019³²². Essa modalidade é a preferencial no ordenamento brasileiro, dada a reiterada utilização em textos normativos.

No âmbito do Código de Processo Civil, a modulação dos efeitos aparece em três oportunidades: artigo 525, §13; artigo 535, §6º, e artigo 927³²³. As duas primeiras ocorrências

³²¹ CABRAL, Antonio dos Passos. **Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo**: Introdução ao Artigo 23 da LINDB. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 245.

³²² Artigo 4º A decisão que decretar invalidação de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos observará o disposto no artigo 2º e indicará, de modo expresso, as suas consequências jurídicas e administrativas. [...]

§ 4º Na declaração de invalidade de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos, o decisor poderá, consideradas as consequências jurídicas e administrativas da decisão para a administração pública e para o administrador:

I - restringir os efeitos da declaração; ou

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

BRASIL. **Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019**. Regulamenta o disposto nos artigos 20 ao artigo 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Diário Oficial da União: Brasília, DF, p. 4, 11 jun. 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm>. Acesso em: 11 jul. 2022.

³²³ Artigo 525. Transcorrido o prazo previsto no artigo 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação.

[...]

§ 13. No caso do § 12, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, em atenção à segurança jurídica.

Artigo 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir:

[...]

§ 6º No caso do § 5º, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, de modo a favorecer a segurança jurídica.

Artigo 927. Os juízes e os tribunais observarão:

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

vinculam diretamente a modulação à preservação da segurança jurídica na hipótese de ocorrer mudança de entendimento e de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Inclusive, ao abordar o julgamento de ação direta de inconstitucionalidade e de ação declaratória de constitucionalidade, a Lei nº 9.868/1999, no artigo 27, dispõe que “tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”, os efeitos da decisão poderão ser restringidos para que sua eficácia se dê a partir do trânsito em julgado ou de outro momento a ser fixado.

Muito embora nas decisões de controle de constitucionalidade o efeito *ex nunc* seja utilizado como exceção, pois trata-se de análise relacionada a atos praticados em desconformidade com a Constituição Federal, no regime de transição a irretroatividade deve ser entendida como regra, como dispõe o permissivo acima apontado.

Ainda, é possível encontrar o instituto da modulação positivado na Lei nº 9.472/1997, que organiza os serviços de telecomunicações, e ainda na Lei nº 10.233/2001, relativa à regulação de transportes.

Importa frisar que o artigo 23 da LINDB é ainda mais amplo do que o citado artigo do Código de Processo Civil, porquanto traz a possibilidade de previsão de regime de transição em outras ocasiões além da alteração de precedentes dos Tribunais Superiores³²⁴.

O artigo 23 em questão é uma garantia de que a alteração nos entendimentos não afetará, de forma retroativa, os atos praticados com base no posicionamento anterior³²⁵.

Reforçando o entendimento da irretroatividade da nova interpretação, cabe trazer ao presente capítulo o disposto no artigo 24 da LINDB³²⁶, o qual estabelece o procedimento para

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União: Brasília, DF, p. 1, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 7 jul. 2022.

³²⁴ CABRAL, Antonio dos Passos. **Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo**: introdução ao artigo 23 da LINDB. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 248-249.

³²⁵ JUSTEN NETO, Marçal. Os efeitos da reinterpretação de norma no direito público. In: ALEXANDRE JORGE CARNEIRO DA CINHA FILHO; RAFAEL HAMZE ISSA; RAFAEL WALLBACH SCHWIND (coord.). **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada**: Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. – Volume II. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 236-237.

³²⁶ Artigo 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público. BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União: Brasília, DF, p. 1, 9 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm>. Acesso em: 10 jul. 2022.

a revisão dos atos praticados de acordo com o entendimento anterior e garante que serão levadas em consideração as orientações da época em que o ato foi praticado.

O dispositivo veda a revisão dos atos consolidados, utilizando a terminologia “plenamente constituída” para tanto. Uma crítica da doutrina acerca desse tema encontra-se no fato de o texto legal vedar a invalidação dos atos consolidados, sem considerar a possibilidade do reconhecimento da nulidade dos atos com a manutenção dos efeitos³²⁷.

Não se pode deixar de destacar a ligação da modulação de efeitos tanto com a segurança jurídica quanto com a legalidade, afinal não se pode olvidar que se tratam aqui de atos praticados em conformidade com a legislação e entendimento vigentes à época, na medida em que não é condizente com a segurança jurídica reconhecer posteriormente a nulidade do ato e da eficácia deste se, ao tempo da edição, estava em conformidade com o entendimento vigente.

É salutar rememorar que assegurar a segurança jurídica de todos aqueles impactados com as alterações dos entendimentos e interpretações é a principal intenção do artigo 23 da LINDB, não sendo, portanto, razoável entender que o regime de transição poderá se dar de forma a invalidar a eficácia e a existência dos atos praticados anteriormente.

O método ora exposto já é amplamente aplicado pelo Supremo Tribunal Federal e demais cortes judiciais e o mesmo ocorre no âmbito do Tribunal de Contas da União. A título exemplificativo, cabe destacar a posição adotada pelo Plenário do TCU³²⁸ em relação à inclusão da Ordem dos Advogados do Brasil como unidade prestadora de contas, o que implica a obrigação de se submeter ao regime fiscalizatório do órgão.

Em que pese esteja pendente de análise perante o STF o mérito propriamente da decisão, fato é que o TCU entendeu que a decisão ali tomada deveria ser aplicada a partir do exercício financeiro seguinte³²⁹.

³²⁷ CABRAL, Antonio dos Passos. **Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo**: Introdução ao Artigo 23 da LINDB. – 2. Ed. ver., atual. e ampl. – Salvador: JusPodivm, 2021, p. 251-252.

³²⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Acórdão n. 2573/2018**. Processo Administrativo TC 015.720/2018-7. Relator Ministro Bruno Dantas. Julgado em 7/11/2018. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#!/pesquisa/acordao-completo>. Acesso em: 12 out. 2022.

³²⁹ No julgamento em referência, o Ministro Vital do Rego assim se manifestou: “Confesso que, em um primeiro momento dessa discussão, tive dúvidas de que esta Corte poderia firmar entendimento diferente daquele que foi adotado pelo STF no julgamento da ADI 3.026. Nessa decisão, o STF, entre outros argumentos, afirma que a OAB não integra a administração pública federal e não se submete a qualquer controle por parte da administração em razão de suas características que vão além de uma entidade de classe. No RE 405267, relatado pelo Min. Edson Fachin, as referidas premissas foram reafirmadas. De outro lado, há entendimentos na doutrina e na jurisprudência das Cortes Superiores no sentido de que, mesmo sendo uma entidade *sui generis* que a distingue das demais entidades de classe, a OAB integra a administração pública indireta e gere recursos públicos, consoante artigo 149 da CF/1988. Portanto, a discussão não é simples e não encontra consenso nem mesmo no âmbito do poder judiciário. Contudo, após ler atentamente o consistente voto proferido pelo Ministro Bruno Dantas, que enfrentou

Do ponto de vista da aplicação do regime de transição, cotejando o que dispõe a doutrina já colacionada sobre o tema, a Corte de Contas agiu em perfeita consonância com o ordenamento vigente, sopesando razoavelmente as repercussões da decisão e a eficácia da implementação.

Note-se, ainda, que o referido Tribunal admite que a mesma *ratio* seja aplicada pelas esferas administrativas, quando discordou da decisão de desaprovação das contas do Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (Senac) emitida pelo Ministério da Economia.

Em síntese, dada a mudança organizacional da Administração Pública no plano federal, o Senac deixou de ser vinculado ao Ministério do Trabalho e passou a ser subordinado ao Ministério da Economia. Ocorre que a mudança na alocação do Senac implicou conflito de interpretações e, atraída a incidência do artigo 23 da LINDB, o TCU viu-se impelido a arbitrar a modulação dos efeitos³³⁰.

com profundidade os argumentos apresentados pela OAB, me sinto seguro para acompanhar Vossa Excelência. Sugiro, contudo, que o entendimento firmado por esta Corte nessa sessão seja modulado, consoante o artigo 23 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, aplicando-se o novo entendimento aos atos de gestão praticados pela entidade a partir de 2020. Com isso a OAB poderia se adaptar à essa nova exigência no ano de 2019. Nesse interregno, o STF teria tempo hábil para deliberar sobre o assunto em demandas que tramitam naquela Corte Suprema, a exemplo da ADI 5.367/DF, relatada pela Min. Carmem Lúcia, que tem por objetivo estender o posicionamento acerca da natureza jurídica da OAB na ADI 3.026/DF aos demais conselhos de regulamentação.

³³⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Acórdão n. 2875/2021**. TC 002.492/2020-2. Relator Ministro Bruno Dantas. Julgado em 1/12/2021:

3.7.80. No caso do Senac, uma vez que se trata de entidade que atua na organização e realização de aprendizagem comercial, com ações educacionais e disseminação de conhecimentos em Comércio de Bens, Serviços e Turismo, a mudança de interpretação na legislação afeta ao seu planejamento orçamentário, no curso da execução da proposta orçamentária, representava risco potencial de impactar negativamente suas atividades já planejadas, com base nas previsões de receitas e despesas consignadas em seu orçamento-programa.

3.7.81. Dessa forma, vislumbra-se que houve risco potencial de serem comprometidas as atividades de ensino-aprendizagem executadas pelo Senac, de interesse público e coletivo, sendo razoável acolher a alegação, por parte da entidade, de necessidade de decisão administrativa nos termos do artigo 23 da LINB, e em observância ao princípio da continuidade do serviço público, em face das características dos serviços prestados pela instituição.

3.7.82. Acrescente-se que o órgão ministerial supervisor anteriormente vinha dando interpretação ao artigo 39 do Decreto 61.843/1967, há diversos anos, em consonância com o entendimento expresso pelo Senac, isto é, nos termos previstos no artigo 15 do Codeco, que, a partir de 1998, dispôs:

‘Artigo 15. No Orçamento, a Despesa Corrente, exceto as Transferências a Instituições Privadas, da subfunção Administração Geral, não poderão ultrapassar 25% (vinte e cinco por cento) da Receita Corrente prevista.’

3.7.83. De acordo com o artigo 24 da LINB, diante de reiterada interpretação administrativa pelo extinto Ministério do Trabalho, sempre no mesmo sentido, sobre a aplicação do artigo 39 do Decreto 61.843/1967, o novo entendimento manifestado pelo órgão atualmente responsável pela supervisão ministerial (Ministério da Economia) deveria ter sido considerado na aprovação/reprovação da proposta orçamentária anual da entidade apenas no exercício de 2020. De outro modo, há risco de ocorrência de insegurança jurídica, situação que deve ser evitada pelas autoridades administrativas, conforme artigo 30 da LINDB.

3.7.84. Evidencia-se, desse modo, que a norma é ‘texto’ e ‘contexto’, não sendo suficiente apenas para o agente público conhecer a redação de uma lei (texto), mas também necessário dar conhecimento aos administrados da interpretação que avalia mais adequada para esse texto (contexto).

3.7.85. Ademais, o Senac alega não ter recebido tratamento isonômico em relação ao Sesc, cujo Regulamento (Decreto 61.836/1967) apresenta dispositivo normativo de igual teor ao artigo 39 do Decreto 61.843/1967 (Regulamento do Senac), adotado e observado pela entidade na elaboração e execução do seu orçamento, o qual

Como se pode observar, a modulação dos efeitos já é aplicada no âmbito do Tribunal de Contas e revela-se medida adequada para mediar conflitos jurídicos e garantir a eficácia da decisão superveniente.

4.4.2 Compensação financeira

A compensação financeira³³¹ nada mais é do que o favorecimento do sujeito negativamente atingido pela decisão inovadora com valores. Essa forma de regime de transição permite que a alteração do entendimento ocorra de forma rápida, bem como ocorra em casos nos quais as posições jurídicas anteriores encontrem-se consolidadas ou irreversíveis, não apenas para as partes, mas também para os terceiros de boa-fé. Essa espécie é cabível apenas quando existente a expectativa da manutenção da legitimidade – decorrente do entendimento anterior – com relação à decisão revisada³³².

A aplicação prática dessa modalidade ainda não foi identificada no âmbito do Tribunal de Contas da União e pode-se imaginar que, no caso concreto, seria necessário ponderar o potencial conflito da transição com os demais princípios do ordenamento brasileiro, tal qual o princípio da economicidade³³³.

Diz-se isso porque é importante averiguar se a medida de compensação não será ainda mais onerosa e contraproducente à Administração Pública, pois, em que pese o presente instituto se assemelhar à indenização. A compensação se diferencia da indenização justamente

foi aprovado, no exercício de 2019, pelo extinto Ministério do Desenvolvimento Social (atribuições atualmente do Ministério da Cidadania).

3.7.86. Ante todo o exposto, sem evidências de que anteriormente tenha ocorrido irregularidade ou ilegalidade praticada pelo Senac em infringência ao dispositivo legal mencionado na elaboração e execução do orçamento anual, e diante da interpretação que vinha sendo até então adotada pelo Governo Federal, por parte do Ministério do Trabalho, sobre o alcance do artigo 39 do Decreto 61.843/1967, propõe-se que os atos de execução do orçamento de 2019, praticados pelo Senac, sem aprovação ministerial, não sejam considerados irregulares. Processo Administrativo TC 015.720/2018-7. Relator Ministro Bruno Dantas. Julgado em 7/11/2018. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/acordao-completo>. Acesso em: 12 out. 2022.

³³¹ É possível encontrar julgados que exemplificam o presente regime de transição, tal qual o Recurso Extraordinário 330-834-MA do Supremo Tribunal Federal, do qual se recomenda a leitura. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>.

³³² CABRAL, Antonio dos Passos. **Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo**: introdução ao artigo 23 da LINDB. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 231-237.

³³³ Sobre o conceito de economicidade, Ricardo Lobo Torres assevera que é originário “da linguagem dos economistas, corresponde, no discurso jurídico, ao de justiça. Implica na eficiência na gestão financeira e na execução orçamentária, consubstanciada na minimização de custos e gastos públicos e na maximização da receita e da arrecadação.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Tribunal de Contas e o controle da legalidade, economicidade e legitimidade**. Rio de Janeiro, Revista do TCE/RJ, nº 22, jul/1991, pp. 37/44.

por não ter como fato gerador a prática de ato ilícito ou abuso de direito, como é comum na seara da responsabilidade civil.

Sendo assim, há que se cuidar para que a mudança do entendimento não implique penalização/sanção de natureza pecuniária à Administração Pública³³⁴.

4.4.3 Ajuda de adaptação

Já a ajuda de adaptação poderá ser utilizada quando, da edição do regime de transição, não seja possível verificar a extensão dos danos causados aos atingidos pelo novo entendimento e alteração da estabilidade.

Diferentemente do que ocorre na compensação financeira, na ajuda de adaptação observa-se o auxílio por um período de tempo, geralmente determinado, com o fito de permitir a absorção e equivalência entre vantagens e desvantagens. Dada a impossibilidade de dimensão exata do impacto, as cláusulas desse modelo tendem a ser mais amplas.

Como exemplo da ajuda de adaptação como regime de transição, citam-se as compensações financeiras praticadas em alguns modelos de tributação³³⁵.

Necessário destacar que a natureza da ajuda não é necessariamente pecuniária, como em casos em que a inovação é relativa a direito de personalidade ou de caráter existencial³³⁶.

Essa hipótese demonstra com clareza que, mesmo em casos não valorados economicamente, é possível a implementação de atividades e mecanismos que forneçam aos afetados o que lhes era obtido anteriormente. Em outros termos, a compensação é construída a partir do que a situação a ser revogada oferecia.

³³⁴ Um aspecto importante a ser considerado no acaso da compensação financeira diz respeito à responsabilidade pelo pagamento dos valores eventualmente fixados. No caso específico da atividade de controle exercida pelos tribunais de contas, tal aspecto torna-se ainda mais relevante, já que a fiscalização dos atos da Administração Pública, em grande medida, não envolve conteúdo financeiro capaz de gerar benefícios ou prejuízos aos agentes públicos ou até mesmo aos particulares. De todo modo, esse é um tema que precisa ser avaliado caso a caso.

³³⁵ CABRAL, Antonio do Passo. **Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo**: introdução ao artigo 23 da LINDB. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 238-240.

³³⁶ Sobre o assunto, Dante Tomaz cita como exemplo a eventual proibição de atividade sem repercussão econômica: “seria o caso em que uma determinada atividade seja proibida, como, por exemplo, a realização de shows em uma região paradisíaca para proteger a natureza, e os frequentadores percam aquele evento social que reputavam importante. A ajuda de adaptação poderia ser o fornecimento, pelo Estado, de outras opções de lazer por um período para possibilitá-los manter os vínculos sociais e reduzir o sofrimento pela alteração do cenário jurídico. TOMAZ, Dante. **As normas de transição no direito administrativo**: possibilidades, parâmetros de aplicabilidade e limites do artigo 23 da LINDB. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 149.

Ademais, quando reconhecida a nulidade de atos jurídicos, poderá o regime de transição prever cláusula de exceção, opção ou preservação do ato ou dos efeitos.

4.4.4 Cláusulas de exceção e de opção

A quarta espécie de regra de transição é a cláusula de exceção que, em síntese, preserva as regras vigentes anteriormente ao desfazimento do ato ou exclui a incidência do novo entendimento com relação a determinados atos/efeitos anteriormente observados, convalidando esses atos/efeitos anteriormente estáveis diante da nova posição, por um determinado período de tempo.

Assim, o entendimento anterior é dotado de ultratividade, de modo que, durante o regime de transição, ambos os entendimentos, anterior e posterior, são aplicáveis, facultando a escolha aos sujeitos atingidos³³⁷.

A cláusula de opção permite que o sujeito atingido opte pelo novo entendimento ou o anterior, durante determinado período de tempo, devendo ser ressaltada a vedação de opção do “melhor dos dois mundos”³³⁸.

4.4.5 Termo de ajustamento de gestão

Outra espécie de regime de transição que pode ser considerado nas hipóteses de inovação interpretativa é o Termo de Ajustamento de Gestão – TAG. Tal instrumento é regido pelos princípios da consensualidade, da voluntariedade e da boa-fé e tem como principal objetivo firmar um compromisso espontâneo entre o órgão fiscalizador e o agente fiscalizado.

No âmbito do Tribunal de Contas, o TAG é invocado como meio de viabilizar a correção de irregularidades verificadas pela Corte sem que seja necessária a utilização de mecanismos coercitivos tradicionais.

Dada suas características, se insere no rol de possíveis regimes de transição por ser celebrado mediante análise individual do caso, prevendo circunstâncias especiais e específicas para regularização da situação identificada pela Corte.

Como esclarece Cláudia Bressan da Silva Brincas, “com a adoção do TAG, o Tribunal de Contas busca uma solução consensual diante da infração, equívoco ou erro cometido, cuja

³³⁷ CABRAL, Antonio dos Passos. **Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo**: introdução ao artigo 23 da LINDB. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 243

³³⁸ Ibidem, p. 244.

proposta é possibilitar o melhor atendimento ao interesse público, com a possibilidade de habilitar o gestor público, corrigir falhas identificadas, [...], sendo que isso viabilizará a célere reparação de danos causados ao erário, evitando recorrência de erros futuros”³³⁹.

É importante destacar que o mecanismo não obsta a implementação de sanção, todavia, se apresenta como uma alternativa para preservação do interesse público, mediante o estabelecimento de medidas alternativas para regularização de inconsistência, visto que é celebrado, de modo geral, durante o processo de execução do ato administrativo analisado.

O instituto possui amparo constitucional, no rol do art. 73 de funções previstas aos Tribunais de Contas, na disposição geral do art. 59, §1º, da LINDB e deverá haver amparo via legislação ou resolução estadual. Desse modo, cabe a cada estado regularizar o instituto e aplicá-lo em sua jurisdição.

A matéria ainda não foi regulamentada pelo Tribunal de Contas da União, todavia, TAGs já foram homologados pela referida Corte, em processos de tomadas de contas cujos objetos eram obra referentes aos Jogos Olímpicos do Rio 2016³⁴⁰.

Conforme ensina Bressan, a despeito da ausência de uma regulamentação una, o TAG possui alguns requisitos inafastáveis, quais sejam³⁴¹:

- (i) sopesando o princípio da consensualidade, “nenhum TAG poderá ter notas de obrigatoriedade, ameaça ou indícios de persuasão por parte de qualquer legitimado” para sua propositura;
- (ii) em caso de imposição de obrigações que possam atingir particulares, o potencial afetado deverá ser notificado para se manifestar em 15 dias;
- (iii) em relação ao conteúdo material, recomenda-se que não seja celebrado quando “restar configurado ato ou fato doloso de improbidade administrativa ou desvio de recursos públicos, além da vedação de ajustamento que implique renúncia de receita, ou ainda, casos em que houver decisão irrecurável sobre o ato ou fato impugnado”.

Em Santa Catarina, o TAG foi regulamentado e, na linha do exposto, “objetiva a adoção do método consensual de acordo bilateral na resolução das irregularidades apuradas na

³³⁹ BRINCAS, Cláudia Bressan da Silva. **Termo de ajustamento de gestão no âmbito dos Tribunais de Contas**. São Paulo: Dialética. 2022. p. 115-116.

³⁴⁰ Ibidem. p. 148.

Processos mencionados na obra: TC 001.505/2016-5; TC 011.763/2015-9; TC 010.915/2015-0 (Acórdãos n. 1707/2017 e 494/2017); TC 015.072/2017-7 (Acórdão 393/2018).

³⁴¹ Ibidem. p. 149-151

análise das Contas de Gestão, além de atender o interesse público como método de prevenção e orientação aos ordenadores de despesas públicas no que tange aos atos praticados no exercício de suas funções”.

4.5 A ESCOLHA DO REGIME DE TRANSIÇÃO A SER ADOTADO NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Tendo como base os elementos trazidos pelo artigo 23 da LINDB, pelos artigos 6º e 7º do Decreto nº 9.830/2019, bem como as espécies de regime de transição anteriormente examinadas, cabe analisar primeiramente se há necessidade de utilização de regime de transição e, subsequentemente, de que forma e em quais condições é possível definir um regime de transição para ser aplicado no âmbito dos Tribunais de Contas, bem como a viabilidade de se fixar, aprioristicamente, um regime único a ser aplicado independentemente da situação concreta.

A análise aqui proposta, que visa responder ao problema estudado neste trabalho, que diz respeito à possibilidade de se fixar um regime de transição padrão para os Tribunais de Contas, será realizada a partir das características e instrumentos de atuação de tais órgãos de controle, tendo como parâmetro legislativo as disposições constitucionais aplicáveis ao Tribunal de Contas da União e a Lei Orgânica do mesmo Tribunal, cujo regramento é reproduzido, com os devidos ajustes, na legislação que dispõe sobre o Tribunal de Contas nos Estados e nos Municípios, onde houver.

Como já analisado e destacado no primeiro capítulo desta dissertação, o TCU é órgão com assento constitucional, que tem como missão auxiliar o Poder Legislativo na atividade de fiscalização da Administração Pública, sendo considerado como um órgão de controle externo, o qual dispõe de diferentes instrumentos previstos na respectiva Lei Orgânica, no Regimento Interno, em Instruções Normativas e/ou Resoluções, que estabelecem os procedimentos e os requisitos de atuação.

Assim, cabe analisar quando estará a Corte de Contas sujeita ao disposto no artigo 23 da LINDB. Tal análise é essencial em razão do que foi anteriormente exposto quanto à abrangência do ato decisório pelo artigo 23 da LINDB. Isso porque as manifestações sem repercussão na esfera de direitos e deveres de terceiros não ostentam potencial para atrair a incidência da regra atinente ao regime de transição.

A análise que se seguirá tomará por base as atribuições dos Tribunais de Contas e o momento do exercício da atividade de controle (preventivo, concomitante e posterior), cotejando com as espécies de controle estudadas no tópico anterior.

4.5.1 Análise das atribuições dos Tribunais de Contas como etapa necessária para a definição do regime de transição

Para melhor compreender a incidência da regra do artigo 23 da LINDB, especialmente quanto ao regime de transição a ser adotado, é necessário analisar os aspectos concernentes à atuação dos Tribunais de Contas, de modo a compreender em quais casos é cabível a adoção de um regime de transição.

É importante evidenciar que, em que pese tratar-se de órgão de controle externo, as manifestações dos Tribunais de Contas não atingem exclusivamente o poder público, alcançando igualmente os cidadãos e empresas privadas que, por motivos diversos, podem estar sujeitos ao crivo da Corte de Contas, decorrentes de situações como a obrigação de prestar contas, participação em licitações, análise de registro de aposentadorias, entre outros.

A tarefa que se impõe agora é analisar quais, ou qual, dentre as espécies de regime de transição, trazidas de forma exemplificativa no tópico anterior deste trabalho, podem ser utilizadas no âmbito dos Tribunais de Contas, bem como em quais hipóteses verifica-se a obrigatoriedade de prever regime de transição.

É essencial realizar o cotejo das características de atuação dos Tribunais de Contas, a partir das balizas normativas que regulamentam os instrumentos de atuação, com os elementos característicos de cada uma das espécies de regime de transição já apresentados neste trabalho e com o momento em que a fiscalização é concretizada. Para esta tarefa, serão tomadas como base de estudo as normas aplicáveis ao Tribunal de Contas da União³⁴², as quais, via de regra, são aplicáveis aos Tribunais de Contas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante reprodução na legislação local.

Conforme apontado no primeiro capítulo deste trabalho, o TCU, assim como os Tribunais dos Estados e Tribunais Municipais, onde houver, é caracterizado como órgão que auxilia o Poder Legislativo no controle externo da Administração Pública.

³⁴² A base normativa aqui referida é constituída da Constituição Federal de 1988, da Lei Orgânica do TCU (Lei n. 8.433/1992), Regimento Interno do TCU (Resolução TCU n. 246/2011) e Instruções Normativas expedidas pelo TCU.

A despeito dessa função auxiliar do Poder Legislativo, na atualidade, o TCU e os demais Tribunais de Contas têm atuado de forma autônoma porque assim lhes permite o texto constitucional, regramento estabelecido de modo a garantir maior eficiência e eficácia ao controle dos atos da Administração Pública.

A atuação do TCU está delimitada pelo ordenamento constitucional que estabelece a competência, revelando as atribuições e formas de atuação. O contido no artigo 71 da CF/88³⁴³ permite afirmar que o TCU tem competência opinativa, julgadora e fiscalizadora.

As disposições contidas no artigo 71 da CF/88 anteriormente mencionado são detalhadas na Lei Orgânica do TCU (Lei nº 8.443/1922)³⁴⁴, a partir da qual é possível delimitar

³⁴³ Artigo 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

§ 1º No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

§ 2º Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito.

§ 3º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

§ 4º O Tribunal encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União: Brasília, DF, p. 1, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 jun. 2022.

³⁴⁴ Artigo 1º Ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal e na forma estabelecida nesta Lei:

I - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos das unidades dos poderes da União e das entidades da administração indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e

mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao Erário;

II - proceder, por iniciativa própria ou por solicitação do Congresso Nacional, de suas Casas ou das respectivas Comissões, à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das unidades dos poderes da União e das demais entidades referidas no inciso anterior;

III - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, nos termos do artigo 36 desta Lei;

IV - acompanhar a arrecadação da receita a cargo da União e das entidades referidas no inciso I deste artigo, mediante inspeções e auditorias, ou por meio de demonstrativos próprios, na forma estabelecida no Regimento Interno;

V - apreciar, para fins de registro, na forma estabelecida no Regimento Interno, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo poder público federal, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

VI - efetuar, observada a legislação pertinente, o cálculo das quotas referentes aos fundos de participação a que alude o parágrafo único do artigo 161 da Constituição Federal, fiscalizando a entrega dos respectivos recursos;

VII - emitir, nos termos do § 2º do artigo 33 da Constituição Federal, parecer prévio sobre as contas do Governo de Território Federal, no prazo de sessenta dias, a contar de seu recebimento, na forma estabelecida no Regimento Interno;

VIII - representar ao poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados, indicando o ato inquinado e definindo responsabilidades, inclusive as de Ministro de Estado ou autoridade de nível hierárquico equivalente;

IX - aplicar aos responsáveis as sanções previstas nos arts. 57 a 61 desta Lei;

X - elaborar e alterar seu Regimento Interno;

XI - eleger seu Presidente e seu Vice-Presidente, e dar-lhes posse;

XII - conceder licença, férias e outros afastamentos aos ministros, auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, dependendo de inspeção por junta médica a licença para tratamento de saúde por prazo superior a seis meses;

XIII - propor ao Congresso Nacional a fixação de vencimentos dos ministros, auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal;

XIV - organizar sua Secretaria, na forma estabelecida no Regimento Interno, e prover-lhe os cargos e empregos, observada a legislação pertinente;

XV - propor ao Congresso Nacional a criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções do Quadro de Pessoal de sua Secretaria, bem como a fixação da respectiva remuneração;

XVI - decidir sobre denúncia que lhe seja encaminhada por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato, na forma prevista nos arts. 53 a 55 desta Lei;

XVII - decidir sobre consulta que lhe seja formulada por autoridade competente, a respeito de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes a matéria de sua competência, na forma estabelecida no Regimento Interno.

§ 1º No julgamento de contas e na fiscalização que lhe compete, o Tribunal decidirá sobre a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão e das despesas deles decorrentes, bem como sobre a aplicação de subvenções e a renúncia de receitas.

§ 2º A resposta à consulta a que se refere o inciso XVII deste artigo tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto.

§ 3º Será parte essencial das decisões do Tribunal ou de suas Câmaras:

I - o relatório do Ministro-Relator, de que constarão as conclusões da instrução (do Relatório da equipe de auditoria ou do técnico responsável pela análise do processo, bem como do parecer das chefias imediatas, da Unidade Técnica), e do Ministério Público junto ao Tribunal;

II - fundamentação com que o Ministro-Relator analisará as questões de fato e de direito;

III - dispositivo com que o Ministro-Relator decidirá sobre o mérito do processo. BRASIL. **Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992**. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8443.htm. Acesso em: 10 nov. 2022.

melhor as competências do Tribunal, as quais podem ser sintetizadas como: (i) competência opinativa; (ii) competência julgadora; (iii) competência consultiva; e (iv) competência normativa³⁴⁵.

É a partir da formulação contida na Lei Orgânica do TCU que serão analisadas as características básicas da atuação do Tribunal, considerando o momento da atuação do órgão fiscalizador em relação ao ato sindicado (controle prévio ou preventivo, concomitante e posterior). Esses aspectos serão cotejados com as espécies de regime de transição antes indicadas para definir as hipóteses em que se pode considerar a sujeição do Tribunal de Contas à obrigação de adotar o regime de transição referido no artigo 23.

(i) Competência opinativa: a primeira das competências estabelecidas pelo texto constitucional ao TCU, conforme se extrai do artigo 71 da CF/88 e da Lei Orgânica, diz respeito à apreciação das contas anuais do Presidente de República.

Ponto essencial para o estudo acerca da incidência ou não de regime de transição na análise de contas anuais de Chefe do Poder Executivo é a caracterização do parecer prévio emitido, bem como se este ostenta conteúdo decisório e, ainda, se possui efeito vinculativo.

A manifestação do TCU sobre as contas anuais do Presidente da República é materializada por meio de um parecer prévio, no qual é analisado o desempenho da gestão, pautando-se, essencialmente, pelas disposições da CF/88, da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, que estabelece normas de Direito Financeiro para elaboração dos orçamentos da União, Estados e Municípios e pela Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, que estabelece normas de finanças públicas para a responsabilidade da gestão fiscal.

Quando analisa as contas do Presidente da república, o TCU não está investido no poder de julgar, sendo essa uma atribuição exclusiva do Poder Legislativo, nos termos do artigo 49, IX, da Constituição Federal³⁴⁶. A partir de tais características, é necessário verificar a incidência ou não da regra que prevê a adoção de regime de transição. Tal incursão se faz necessária, tendo em vista que, no caso das contas aqui abordadas, cabe ao Tribunal de Contas

³⁴⁵ As competências do TCU não serão objeto de estudo detalhado no presente trabalho, porquanto, para a análise do problema proposto se mostra suficiente demonstrar as características de atuação do Tribunal, o que será feito a partir do agrupamento das competências e atribuições, conforme indicado neste tópico. Para aprofundamento da matéria – competências e atribuições do TCU – recomenda-se o estudo, dentre outras, da obra de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes: **Tribunal de Contas do Brasil: jurisdição e competência**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

³⁴⁶ Artigo 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

[...]

IX - julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo;

[...]. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União: Brasília, DF, p. 1, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 jun. 2022.

apenas à análise técnica que servirá de subsídio para o julgamento realizado pelo Poder Legislativo, manifestação essa de caráter opinativo, ou seja, sem caráter vinculativo³⁴⁷.

A ausência de conteúdo vinculativo, todavia, não constituiu elemento a afastar a incidência da regra do artigo 23 da LINDB, pois, não há dúvida que a análise técnica empreendida pelo Tribunal de Contas constitui elemento indispensável para o julgamento das contas a ser realizado pelo poder competente, no caso o Poder Legislativo. É bem verdade que o órgão julgador poderá ou não encampar o entendimento técnico manifestado pelo Tribunal de Contas, o que indica que a obrigação de adoção de regime de transição, se for o caso, deve ser estabelecido pelo órgão julgador. Porém, essa conclusão parece não se coadunar com o verdadeiro sentido do artigo 23 e do objeto de proteção por ele almejado.

Primeiro porque a manifestação do Tribunal de Contas, a despeito da ausência de vinculatividade, apresenta carga decisória. Tanto assim que a análise das contas anuais é vinculada às regras procedimentais que asseguram, inclusive, o contraditório e a ampla defesa por parte do responsável pela gestão.

Esse também o entendimento de Rodrigo Valgas dos Santos, para quem o parecer prévio emitido pelo Tribunal de Contas sobre as contas anuais do chefe do poder executivo constitui decisão administrativa, oriunda do plenário do respectivo Tribunal³⁴⁸.

Sendo, pois, uma decisão, ainda que não terminativa, se eventualmente o Tribunal de Contas inovar em seu entendimento sobre determinado tema, estabelecendo, portanto, nova interpretação acerca da compreensão de norma essencial para considerar a regularidade dos atos de gestão analisados no processo de contas anuais do Chefe do Poder Executivo, deve ser estabelecido um regime de transição para aplicação do novo entendimento. Afastar a compatibilidade da adoção de regime de transição também na manifestação do Tribunal de Contas acerca das contas anuais do Chefe do Poder Executivo seria um menoscabo ao regime de proteção pretendido pelas alterações introduzidas na LINDB, do qual o regime de transição previsto no artigo 23 é elemento imprescindível.

Ademais, ainda que se possa sustentar a não obrigatoriedade da fixação de regime de transição em manifestação opinativa por parte do Tribunal de Contas, não há como afastar a

³⁴⁷ JACOBY, Jorge Ulisses Fernandes. **Tribunais de Contas do Brasil**: jurisdição e competência. 4ª ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 330.

³⁴⁸ O autor alerta que a classificação da manifestação do Tribunal de Contas sobre as contas anuais do chefe do poder executivo, como decisão administrativa, não significa atribuir ao Tribunal a competência para julgar, a qual continua sendo do respectivo Poder Legislativo. SANTOS, Rodrigo Vagas dos. Procedimento administrativo nos tribunais de contas e câmaras municipais. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 98-99.

relevância da sua adoção pelo referido órgão, justamente em razão de sua posição técnica relevante para a apreciação do desempenho da gestão³⁴⁹.

É preciso registrar que, embora se sustente aqui que o regime de transição para o novo entendimento deve ser adotado também nas manifestações opinativas do Tribunal de Contas, não há como afastar a competência do Poder Legislativo para julgar as contas anuais do Chefe do Poder Executivo.

De todo modo, se na análise das contas anuais do Presidente da República, dos Governadores dos Estados e do Distrito Federal, pode se discutir a incidência ou não da regra do artigo 23 também nos Tribunais de Contas, situação outra se dá quando da análise das contas anuais do Chefe do Poder Executivo Municipal. Isso porque, por expressa previsão constitucional³⁵⁰, o parecer prévio emitido pelo Tribunal de Contas tem efeito vinculativo, ainda que relativo, já que a manifestação técnica da Corte de Contas somente deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros do respectivo Poder Legislativo.

Neste caso específico, conquanto o poder de decisão final continua sendo do Poder Legislativo, o parecer emitido pela Corte de Contas ultrapassa a mera opinião, razão pela qual é possível sustentar a necessidade de aplicar a regra do artigo 23 da LINDB³⁵¹.

Portanto, no exercício da competência opinativa do Tribunal de Contas, é plenamente factível a adoção de regime de transição sempre que houver manifestação inovadora acerca da

³⁴⁹ Um exemplo de análise que pode servir para elucidar a questão aqui debatida é o exame das despesas que podem ser consideradas no percentual de recursos mínimos aplicáveis em ações de saúde, conforme estabelecido no artigo 198, § 2º da CF/88. Claramente a hipótese é de norma de conteúdo indeterminado, cabendo ao órgão de controle fixar a diretriz quanto ao tipo de despesa a ser considerada como gasto com ações de saúde. Se, eventualmente o Tribunal de Contas inovar quanto à compreensão do tipo de despesa a ser considerada nos limites dois gatos mínimos essa inovação correr quando do exame das contas anuais, parece claro que haverá de ser estabelecido regime de transição.

³⁵⁰ Artigo 31. A fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei.

§ 1º O controle externo da Câmara Municipal será exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver.

§ 2º O parecer prévio, emitido pelo órgão competente sobre as contas que o Prefeito deve anualmente prestar, só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal.

[...]. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União: Brasília, DF, p. 1, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 jun. 2022.

³⁵¹ Para mais esclarecimentos sobre o assunto, especificamente no que tange à atuação do Tribunal de Contas com relação às contas do Presidente da República, indica-se como leitura complementar a doutrina de Afonso Gomes Aguiar e Márcio Paiva de Aguiar, intitulada “O Tribunal de Contas na Ordem Constitucional”. Nesta obra, os doutrinadores esclarecem que o *juiz natural* das contas do Presidente da República é o Congresso Nacional, cabendo à Corte de Contas meramente fornecer parecer opinativo, o qual, cabe destacar poderá ser inacolhido inclusive injustificadamente. Os mesmos doutrinadores ainda trazem uma importante distinção entre apreciação e julgamento de contas, enquanto o artigo 71, I, traz o termo “apreciar”, referindo-se às Contas do Presidente do Poder Executivo, o inciso II refere-se ao julgamento, trazendo à atuação da Corte de Contas um juízo de valor definitivo que imodificável por outro órgão.

aplicação de determinada norma, de modo concretizar a necessária segurança jurídica aos jurisdicionados.

(ii) Competência julgadora: a competência julgadora do TCU está expressa nas disposições do artigo 71, inciso II, da CF/88, à qual diz respeito à apreciação e ao julgamento das contas dos demais administradores de bens e recursos públicos³⁵², atribuição distinta da competência para opinar acerca das contas anuais do Chefe do Poder Executivo, tema visto anteriormente.

As contas dos demais ordenadores de despesas estão sujeitas ao julgamento pela Corte de Contas da União, alcançando, inclusive, agentes públicos estaduais, municipais ou particulares, quando gerem recursos repassados pela União³⁵³. Nessa esteira, segundo a previsão contida no Regimento Interno do TCU, têm o dever de prestar contas todos aqueles identificados no artigo 5º, I e III a VII, do mesmo dispositivo legal³⁵⁴.

Os processos de contas consistem na verificação da regular aplicação dos recursos, como preceituam os princípios da legalidade, legitimidade e economicidade. Trata-se de controle realizado posteriormente à prática do ato³⁵⁵.

³⁵² Sobre os demais administradores referidos Jacoby Fernandes indica que o dispositivo em questão (II do artigo 71 da CF/88), abrange qualquer pessoa física e qualquer pessoa jurídica que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, valores, bens públicos ou pelos quais a União responde. JACOBY FERNANDES, JORGE ULISSES, **Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência**. 4. ed., rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 337-338.

³⁵³ AGUIAR, Afonso Gomes; AGUIAR, Márcio Paiva de. **O Tribunal de Contas na ordem constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 40-41.

³⁵⁴ Artigo 5º A jurisdição do Tribunal abrange:

I – qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumira obrigações de natureza pecuniária;

[...]

III – os dirigentes de empresas públicas e sociedades de economia mista constituídas com recursos da União;

IV – os dirigentes ou liquidantes das empresas encampadas ou sob intervenção ou que, de qualquer modo, venham a integrar, provisória ou permanentemente, o patrimônio da União ou de outra entidade federal;

V – os responsáveis pelas contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

VI – os responsáveis por entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado que recebam contribuições parafiscais e prestem serviço de interesse público ou social;

VII – todos aqueles que lhe devam prestar contas ou cujos atos estejam sujeitos à sua fiscalização por expressa disposição de lei;

VIII – os responsáveis pela aplicação.

BRASIL. **Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992**. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8443.htm. Acesso em: 10 nov. 2022.

³⁵⁵ LIMA, Luiz Henrique. **Controle externo: teoria e jurisprudência para os tribunais de contas**. 8 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2019. 438p.

Na apreciação das contas, o Tribunal poderá julgá-las regulares, regulares com ressalvas ou irregulares³⁵⁶, impondo ao responsável as sanções previstas na legislação.

A função julgadora também será observada na tomada de contas especial, a qual encontra-se disciplinada no artigo 8º da Lei Orgânica do Tribunal de Contas³⁵⁷. Trata-se de importante instrumento de atuação para o controle da aplicação dos recursos públicos³⁵⁸. A tomada de contas especial consiste em processo que se destina à apuração da responsabilidade pela irregularidade ou omissão no dever de prestar contas, bem como por danos ao erário³⁵⁹.

É por meio da tomada de contas especial³⁶⁰ que a Corte de Contas apurará a responsabilidade pelos atos/fatos, bem como determinará o valor do ressarcimento ao erário, se for o caso³⁶¹.

³⁵⁶ Ibidem, p. 263.

³⁵⁷ Artigo 8º Diante da omissão no dever de prestar contas, da não comprovação da aplicação dos recursos repassados pela União, na forma prevista no inciso VII do artigo 5º desta Lei, da ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos, ou, ainda, da prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao Erário, a autoridade administrativa competente, sob pena de responsabilidade solidária, deverá imediatamente adotar providências com vistas à instauração da tomada de contas especial para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano. BRASIL. **Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992**. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8443.htm. Acesso em: 10 nov. 2022.

³⁵⁸ Segundo Luiz Henrique Lima, a tomada de contas especial busca apurar eventual responsabilidades e fatos resultantes em danos à administração pública, bem como a qualificação dos danos, individualização das condutas e, não menos importante, ressarcimento. Desta forma, configura omissão no dever de prestar contas, a não comprovação da aplicação dos recursos, a ocorrência de desfalque/desvio, prática de ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico, que resulte em danos ao erário, que ensejará a instauração do processo de tomada de contas especial, pela autoridade administrativa competente. LIMA, Luiz Henrique. **Controle externo: teoria e jurisprudência para os tribunais de contas**. 8 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2019, p. 223-226.

³⁵⁸ GUERRA, Evandro Martins. **Os controles externo e interno da administração pública e os tribunais de contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 43.

³⁵⁹ O procedimento de tomadas de contas geralmente tem início no âmbito do órgão da Administração Pública onde ocorreu a omissão ou irregularidade, onde será apurado o eventual dano, a autoria ou, no caso de omissão, tomando as contas a fim de verificar eventual irregularidade. Concluída a fase interna, todo o processado será encaminhado ao Tribunal de Contas, a quem compete julgar efetivamente a tomada de contas, assegurando ao responsável o direito ao contraditório e ampla defesa. A tomada de contas especial, então, pode decorrer de auditorias e inspeções, quando identificada a omissão no dever de prestar contas, procedimento que, desde já se esclarece, diverge da tomada de contas já abordada neste estudo. JACOBY, Jorge Ulisses Fernandes. **Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência**. 4 ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 342.

³⁶⁰ GUERRA, Evandro Martins. **Os controles externo e interno da administração pública e os tribunais de contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 43.

³⁶¹ Vale destacar que uma das grandes diferenças entre a tomada de contas especial e o procedimento regular de tomada de contas decorre do fato de ser obrigação da administração pública instaurar o um procedimento de tomada de contas especial sempre que verificadas as situações previstas no citado artigo 8º, quantas vezes quantas forem necessárias, desde que decorrentes de fatos novos, ao passo que a tomada de contas ocorre, via de regra, de forma anual, conforme já explanado em ocasião oportuna. LIMA, Luiz Henrique. **Controle externo: teoria e jurisprudência para os tribunais de contas**. 8 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2019, p. 267-268. Conforme Guerra, é o fato de a autoridade administrativa competente possuir poder para instaurar o processo de tomada de contas especial que traz à tomada de contas especial a característica do sistema misto de controle, dividido em fase interna, desenvolvida no âmbito da própria administração e externa, efetivada pelo Tribunal de Contas (GUERRA, Evandro Martins. **Os controles externo e interno da administração pública e os tribunais de contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 43. Jacoby ensina que na fase interna, deve a autoridade buscar, por meios próprios, o ressarcimento do dano ao erário, findo o prazo legal e não exitosa a recomposição

A apreciação de contas no caso aqui analisado poderá resultar em julgamento regular, diante da inexistência de prejuízos, regular com ressalva ou irregulares. As contas irregulares poderão ainda resultar na imputação de débito³⁶², nos casos em que houver a comprovação de prejuízo ao erário³⁶³. No julgamento da tomada de contas, poderá haver ainda a aplicação da sanção de multa³⁶⁴.

No exercício da competência julgadora, o Tribunal de Contas poderá ainda apreciar atos administrativos, inclusive, processos licitatórios e contratos, oportunidade em que proferirá decisão acerca da regularidade, ou ainda poderá considerá-los irregulares, podendo, neste último caso, determinar ao órgão competente a sustação do ato examinado³⁶⁵.

Em quaisquer das hipóteses analisadas neste tópico (julgamento de contas e apreciação de atos administrativos), a manifestação do Tribunal de Contas tem conteúdo decisório, razão pela qual é possível a aplicação do artigo 23 da LINDB. Portanto, se estiverem presentes os demais pressupostos básicos, inovação e novo dever ou condicionamento de direito, deverá o Tribunal fixar regime de transição, de modo a assegurar o cumprimento da nova obrigação ou condicionante, de maneira proporcional e menos gravosa.

Além da avaliação quanto à necessidade ou não de fixar regime de transição para aplicação da decisão inovadora, o Tribunal deverá observar, ainda, para fins de apreciação da

do dano, instaurar a tomada de contas especial. Já na fase externa, respeitado o contraditório e a ampla defesa, deve o Tribunal de Contas julgar o feito. JACOBY, Jorge Ulisses Fernandes. **Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência**. 4 ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 342-343.

³⁶² Cumpre destacar que, por força da previsão do artigo 71, § 3º, da Constituição Federal, as decisões do Tribunal de Contas, que resultam na imputação de débito ou multa, detêm eficácia de título executivo.

³⁶³ Artigo 71.

[...]

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

[...]. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União: Brasília, DF, p. 1, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 jun. 2022.

³⁶⁴ JACOBY, Jorge Ulisses Fernandes. **Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência**. 4ª ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 344.

³⁶⁵ Artigo 71.

[...]

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

[...].

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União: Brasília, DF, p. 1, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 jun. 2022.

regularidade do ato administrativo, os preceitos do artigo 24 da LINDB, estudado no segundo capítulo deste trabalho.

A regra do artigo 24 vem em reforço à necessidade de regime de transição para a consecução da segurança jurídica, da proteção da boa-fé e da legítima expectativa quanto à manutenção das situações pretéritas.

(iii) Competência consultiva: cabe ao Tribunal de Contas³⁶⁶ responder consultas formuladas por órgãos e por agentes públicos, em tese, sobre assuntos de competência do Tribunal³⁶⁷.

As manifestações do Tribunal de Contas em processos de consulta, bem como os efeitos de tais decisões, alcançam os jurisdicionados, sendo eles, cidadãos e Administração Pública de forma geral, mas também a própria Corte de Contas³⁶⁸.

Acerca da função consultiva, Jacoby Fernandes³⁶⁹ anota que os órgãos de controle interno contam com consultoria jurídica. Contudo, diante da complexidade, abrangência e especificidade das matérias de competência do Tribunal de Contas, cabe, a ele, por vezes, interpretar normas e teses pré-existentes, antes mesmo da prática do ato. Por assim agir, a Corte

³⁶⁶ Acerca do citado poder consultivo, assim dispõe o Regimento Interno do Tribunal de Contas da União: Artigo 1º Ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal e na forma da legislação vigente, em especial da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992:

[...]

XXV – decidir sobre consulta que lhe seja formulada por autoridade competente, a respeito de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes a matéria de sua competência;

[...]

Artigo 264. O Plenário decidirá sobre consultas quanto a dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de sua competência, que lhe forem formuladas pelas seguintes autoridades:

[...]

§ 1º As consultas devem conter a indicação precisa do seu objeto, ser formuladas articuladamente e instruídas, sempre que possível, com parecer do órgão de assistência técnica ou jurídica da autoridade consulente.

³⁶⁷ LIMA, Luiz Henrique. **Controle externo: teoria e jurisprudência para os tribunais de contas**. 8 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2019, p. 90.

³⁶⁸ Tanto a Lei Orgânica do Tribunal de Contas quanto o Regimento Interno trazem alguns requisitos, de forma não taxativa, para o exercício da função consultiva pela Corte de Contas, dentre os quais, pode-se citar (i) formulação da consulta pela autoridade competente, (ii) matéria relacionada à competência do Tribunal de Contas, (iii) dúvida na aplicação da norma, (iv) clareza na formulação do questionamento e (v) necessidade de que a consulta esteja acompanhada de parecer técnico, seja ele jurídico ou não. No Regimento Interno do Tribunal de Contas da União há previsão quanto ao exercício do poder regulamentar, estabelecendo que a consulta deve ser realizada por autoridade competente por um motivo simples, refinar não somente em questões quantitativas, mas também qualitativas, evitando, assim que um órgão de tamanha competência e relevância se torne mero órgão consultivo de matérias comuns. Por motivos semelhantes, deve a consulta versar sobre matéria de competência do Tribunal de Contas. Sequer faria sentido realizar consultas acerca de matérias que o órgão não possui competência para analisar, tal decisão não teria a menor eficácia. De outro ponto, também merece destaque a intenção de evitar que a consulta se torne análise de fatos, motivo pelo qual deve esta ser realizada de modo a entender a aplicação da norma, bem como de forma clara. No mais, sempre que possível, deverá a consulta ser instruída com parecer técnico, jurídico ou não, o qual não precisa necessariamente ser conclusivo e que auxiliará tanto no objetivo da consulta quanto na clareza da formalização do questionamento.

de Contas destina aos jurisdicionados uma atuação mais eficiente, por meio do controle prévio e orientador, em detrimento do controle repressivo.

Cumpridos os requisitos, a decisão exarada pela Corte de Contas terá dois efeitos: orientação e prejulgamento de tese. É importante destacar que o prejulgamento realizado é da tese e não do caso concreto.

A orientação indicará o caminho a ser seguindo com relação à interpretação da norma. Assim sendo, a decisão do Tribunal de Contas em consultas deve ser aplicada a todos os jurisdicionados, tendo, inclusive, caráter normativo, como dispõe o Regimento Interno do TCU³⁷⁰.

Dessa forma, sempre que a manifestação do Tribunal de Contas em resposta à consulta ensejar nova interpretação de norma de conteúdo indeterminado e que tal decisão vinculante ensejar novos deveres ou condicionamentos, deverá a decisão estabelecer um regime de transição adequado ao cumprimento dos novos deveres.

Assim sendo, não restam dúvidas quanto ao dever de cumprimento dos prejulgamentos do Tribunal de Contas, sempre que os atos ou fatos forem praticados depois da manifestação da Corte.

Contudo, é de extrema importância trazer ao presente estudo a reflexão sobre o alcance desse prejulgado, bem como se pode ser aplicado a casos que já se encontram em trâmite no âmbito do Tribunal de Contas ou tenham sido praticados anteriormente à deliberação deste órgão.

Exigir que um caso concreto anterior à publicação do prejulgado tenha sido praticado de acordo com o novo entendimento representaria menoscabo ao ato jurídico perfeito, a proteção da boa-fé e à segurança jurídica, de forma que nem todos os atos sujeitos ao crivo da Corte de Contas deverão ser julgados no mesmo sentido do prejulgado, principalmente, quando este se enquadrar nos requisitos do artigo 23 da LINDB.

Cabe mais uma vez apontar a importância do regime de transição com o fim de garantir a segurança jurídica de todos que se sujeitam, direta ou indiretamente, ao crivo do Tribunal de Contas, uma vez que, sempre que a deliberação decorrente de consulta à Corte de Contas resultar em um novo entendimento mediante a análise de norma de conteúdo indeterminado que crie novo dever ou condicionamento, deverá o Tribunal prever regime de transição para

³⁷⁰ JACOBY, Jorge Ulisses Fernandes. **Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência**. 4 ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 324.

possibilitar que, de forma equânime, proporcional e eficiente, seja cumprida, a contar do entendimento inovador, a deliberação do prejulgado.

(iv) Competência normativa: por fim, cabe analisar a possibilidade de o Tribunal de Contas editar atos normativos. Embora o texto da CF/88 não contenha previsão expressa nesse sentido, a Lei Orgânica do TCU³⁷¹ estabelece essa competência, especialmente, para editar e aprovar o Regimento Interno, o qual disporá sobre os temas afetos à competência do Tribunal de Contas.

Observando o diploma mencionado, verifica-se que o órgão controlador tem autonomia para editar atos normativos (instruções e resoluções) e para regulamentar determinadas situações, autonomia esta decorrente do Poder Regulamentar concedido por meio do artigo 3º³⁷² da referida legislação. Contudo, em um apanhado na doutrina, é possível observar um certo grau de discordância.

Afonso Gomes Aguiar e Márcio Paiva de Aguiar³⁷³ esclarecem que o Tribunal de Contas tem autonomia que, apesar de ampla, encontra limites na própria Constituição, uma vez que as instruções normativas editadas pelo órgão controlador não podem inovar a ordem jurídica e tampouco estabelecer novas obrigações aos jurisdicionados, sob pena de usurparem a competência do Poder Legislativo.

Os mesmos doutrinadores esclarecem ainda que, em que pese a competência para legislar acerca do Direito Financeiro e matérias análogas seja privativa e originária do Poder Legislativo, inclusive como preceitua o artigo 24 da CF/88, pode o Tribunal de Contas, firmando a autonomia administrativa, editar instruções normativas, desde que estas se limitem a disciplinar assuntos ligados ao funcionamento e condutas funcionais, sem, nunca, atingir a conduta dos particulares ou de agentes públicos de uma forma geral³⁷⁴.

³⁷¹ BRASIL. **Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992.** Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8443.htm>. Acesso em 11 nov. 2022.

³⁷² Artigo 3º Ao Tribunal de Contas da União, no âmbito de sua competência e jurisdição, assiste o poder regulamentar, podendo, em consequência, expedir atos e instruções normativas sobre matéria de suas atribuições e sobre a organização dos processos que lhe devam ser submetidos, obrigando ao seu cumprimento, sob pena de responsabilidade.

BRASIL. **Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992.** Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8443.htm. Acesso em 11 nov. 2022.

³⁷³ AGUIAR, Afonso Gomes; AGUIAR, Márcio Paiva de. **O Tribunal de Contas na ordem constitucional.** 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 22; p. 122-123.

³⁷⁴ Na doutrina de Luiz Henrique Lima, encontra-se entendimento mais amplo. Segundo o doutrinador, pode o Tribunal de Contas, com amparo no artigo 3º da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, no âmbito da competência e jurisdição, exercer o poder regulamentar e expedir atos e instruções normativas, abordando temas relacionados à atribuição, que envolvam, por exemplo, organização dos processos, prazos, procedimentos relacionados à apresentação de contas, bem como fixando os coeficientes que cada unidade da federação faz jus na divisão do Fundo de Participação dos Estados e Fundo de Participação dos Municípios, em cada exercício. Tais

De acordo com o previsto no artigo 67 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, conclui-se que o poder regulamentar da Corte de Contas se materializa, além do regimento interno, por meio de instrução normativa, resolução e decisão normativa, todos atos de conteúdo decisório³⁷⁵.

A instrução normativa busca disciplinar matéria relacionada à pessoa física, órgão ou entidade sujeito à jurisdição do Tribunal de Contas, ao passo que a resolução se ocupa da aprovação de regimento interno e demais matérias de natureza administrativa interna. A seu turno, a decisão normativa fixa critério ou orientação que prescindida da expedição de instrução normativa.

Conforme dito anteriormente, o Tribunal de Contas está sujeito ao disposto no artigo 23 da LINDB e, assim, resta obrigado a prever o regime de transição sempre que preenchidos os requisitos desse artigo, inclusive, quando as manifestações ocorrerem por meio de atos normativos.

Sendo assim, ao editar atos normativos que criem novos deveres ou condicionamentos, deverá a Corte de Contas prever o regime de transição, possibilitando, assim, que todos aqueles atingidos pela nova normativa possam cumpri-la sem risco de ter a segurança jurídica ferida.

atribuições ampliam drasticamente os jurisdicionados obrigados a cumprir e respeitar as regulamentações realizadas pela Corte de Contas, tendo em vista que não apenas aqueles envolvidos internamente com a Corte de Contas, tais como os servidores que exercem funções em cargos do Tribunal de Contas, mas também todos aqueles obrigados a prestarem contas, por exemplo, alcançando ainda aqueles que se relacionam, por meio de contrato, com o poder público, os quais também têm direitos e deveres alterados por meio de regulamentações administrativas, realizadas pelo Tribunal de Contas. As regulamentações por intermédio de atos normativos se fazem presentes e necessárias quando, diante do caso concreto, a lei não se mostra suficiente.

LIMA, Luiz Henrique. **Controle externo**: teoria e jurisprudência para os tribunais de contas. 8 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2019, p. 92.

³⁷⁵ Artigo 67. As deliberações do Plenário e, no que couber, das câmaras, terão a forma de:

I – instrução normativa, quando se tratar de disciplinamento de matéria que envolva pessoa física, órgão ou entidade sujeita à jurisdição do Tribunal;

II – resolução, quando se tratar de:

a) aprovação do Regimento Interno, de ato definidor da estrutura, atribuições e funcionamento do Tribunal, das unidades de sua Secretaria e demais serviços auxiliares;

b) outras matérias de natureza administrativa interna que, a critério do Tribunal, devam revestir-se dessa forma;

III – decisão normativa, quando se tratar de fixação de critério ou orientação, e não se justificar a expedição de instrução normativa ou resolução;

IV – parecer, quando se tratar de:

a) Contas do Presidente da República;

b) outros casos em que, por lei, deva o Tribunal assim se manifestar;

V – acórdão, quando se tratar de deliberação em matéria da competência do Tribunal de Contas da União, não enquadrada nos incisos anteriores. Parágrafo único. As deliberações previstas neste artigo serão formalizadas nos termos estabelecidos em ato normativo.

BRASIL. Tribunal de Contas da União – TCU. **Regimento Interno**. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/regimento-interno-do-tribunal-de-contas-da-uniao.htm>. Acesso em 13 out. 2022.

Tal conclusão decorre de tudo quanto foi estudado no primeiro capítulo deste trabalho, concernente à segurança jurídica. Nesse sentido, sendo o ato normativo instrumento hábil a criar procedimento de conduta a ser seguido pelo gestor público, ou até por particulares, há de se respeitar aqueles atos já praticados sob entendimento anterior à expedição do ato, de modo a proteger a confiança e a segurança jurídica.

A partir da análise das atribuições dos Tribunais de Contas e das características de atuação, tendo como base as disposições aplicáveis ao TCU, cabe discutir acerca da possibilidade de fixação de regime padrão, o que será feito no próximo tópico.

4.5.2 Definição do regime de transição no âmbito dos Tribunais de Contas com base no critério do momento de controle dos atos da Administração Pública

Tendo por base a definição e a delimitação da segurança jurídica apresentada no primeiro capítulo deste trabalho, considerada como elemento estruturante do Estado Democrático de Direito, que visa garantir ao cidadão o conhecimento prévio das normas que devem reger a conduta, permitindo prever as consequências quanto à prática de determinado ato, calculando os riscos, cabe agora realizar uma tentativa de indicação de regime de transição a ser adotado no âmbito dos Tribunais de Contas, segundo as características da atuação estudadas no item anterior.

Tal tarefa deve considerar os elementos estudados no segundo capítulo, especialmente, quanto aos fundamentos que motivaram as alterações da LINDB pela Lei nº 13.655/2018, dentre elas, e com destaque especial, o artigo 23. Como foi destacado no estudo, a insegurança instaurada pela multiplicidade de organismos de controle, que fiscalizam os mesmos atos, sob diferentes aspectos, culminando com múltiplas sanções, produziu o que Rodrigo Valgas dos Santos³⁷⁶ muito bem conceituou como “direito administrativo do medo”.

De maneira geral, as alterações advindas da Lei nº 13.655/2018 miram a eficiência na criação e na aplicação do Direito Público, como mecanismos de concretização da segurança jurídica, protegendo a boa-fé e a legítima expectativa das pessoas quanto à manutenção de situações jurídicas consolidadas.

Tais fundamentos devem nortear os apontamentos que serão realizados agora quanto à indicação de regime de transição em face da inovação interpretativa realizada pelos Tribunais de Contas.

³⁷⁶ SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo: Risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

Desde logo é preciso registrar, a partir dos estudos realizados até aqui, e como já sustentado neste capítulo, que a definição de um regime de transição padrão a ser aplicado em todas as hipóteses de atuação dos Tribunais de Contas, senão impossível, é inadequada, ante a multiplicidade de situações concretas que podem impactar na definição do melhor modo de atenuar os impactos da inovação interpretativa e a decorrente necessidade de adaptação ao novo entendimento.

A definição do regime de transição a ser adotado no caso concreto demanda um exercício de ponderação acerca dos interesses envolvidos, dos impactos que a inovação interpretativa vai provocar para aqueles agentes públicos e terceiros alcançados pela decisão proferida no caso concreto, inclusive, quanto aos interesses gerais a serem preservados³⁷⁷.

Essa tarefa – definição do regime de transição – deverá ser devidamente fundamentada pelo órgão controlador, com a exposição de todos os elementos necessários à compreensão e à aplicação. Portanto, para ser válida a decisão, deverá ser devidamente motivada, porquanto, conforme asseveram José Sérgio da Silva Cristóvam e Thanderson Pereira de Souza³⁷⁸, a motivação é elemento estrutural do Estado Democrático de Direito.

A despeito de tais considerações, não é impossível estabelecer, ao menos, um indicativo de regime de transição em cada hipótese conhecida, considerando as atribuições dos Tribunais de Contas e o momento de atuação do controle, segundo os elementos estudados neste capítulo, o que será feito na sequência.

Antes, porém, cabe reafirmar que os apontamentos aqui realizados não têm a pretensão de “carimbar” cada situação analisada como definitiva quanto ao regime de transição a ser adotado, ante a conclusão aqui externalizada.

O indicativo será realizado com base nas atribuições dos Tribunais de Contas examinadas neste capítulo, agrupadas em face do momento da atuação em relação ao ato sindicado (prévio, concomitante ou posterior), de modo a apontar uma ou mais espécies de regime de transição, dentre aquelas estudadas neste trabalho.

(i) Controle prévio: como indicado no primeiro capítulo deste trabalho, no controle prévio da Administração Pública, o exame do órgão fiscalizador é realizado de forma

³⁷⁷ TOMAZ, Dante. **As normas de transição no direito administrativo:** possibilidades, parâmetros de aplicabilidade e limites do artigo 23 da LINDB. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 186.

³⁷⁸ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SOUZA, Thanderson Pereira de. Motivação, invalidação e modulação de efeitos do ato administrativo a partir da Lei nº 13.655/2018, p. 157-168. In **Nova Lindb:** consequencialismo, deferência judicial, motivação e responsabilidade do gestor público. MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

antecedente à prática do ato ou ainda antecedentemente à concretização dos efeitos, de modo que é possível evitar que sejam praticados atos em dissonância ao entendimento adotado pelo Tribunal de Contas.

É o que ocorre, por exemplo, quando o Tribunal de Contas analisa previamente um processo de contratação, mediante licitação que deve ser lançada pela Administração Pública para contratação de determinado objeto³⁷⁹.

A partir do exame das atribuições e das competências dos Tribunais de Contas realizado no tópico antecedente, não se pode indicar nenhuma delas que possa se enquadrar na hipótese de controle prévio aqui elencado.

As atividades dos Tribunais de Contas que mais se aproximam da ideia de exame prévio seriam as respostas sobre consultas e o exercício do poder normativo. Porém, em nenhum dos casos há efetivamente exame de um ato concreto.

Como visto, nas respostas às consultas, o exame realizado pelos Tribunais de Contas é sempre sobre uma situação hipotética, não obstante a resposta constituir prejudgado com força vinculante a todos os jurisdicionados do Tribunal.

De igual modo, o exercício do poder normativo dos Tribunais de Contas, que têm espaço de atuação muito limitado, como visto anteriormente, não pode ser caracterizado como controle prévio, se não por outros motivos, pelo simples fato de que se trata de edição de norma secundária e instrumental, não havendo, portanto, conteúdo decisório, ainda que possa vincular os jurisdicionados às disposições.

Desse modo, conquanto não seja possível qualificar a resposta à consulta e a edição de atos normativos como espécies de controle prévio, para os fins de análise de fixação de regime de transição, é possível dizer que, dentre as espécies anteriormente estudadas, a que mais se adequa à hipótese de inovação interpretativa através do estabelecimento de prejudgado de edição de norma com novo conteúdo, que estabeleçam nova obrigação ou que condicionem o exercício de um direito, é a modulação temporal dos efeitos da decisão.

³⁷⁹ Exemplo de análise preventiva de processo de contratação se encontra no Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, o qual estabeleceu, através da Instrução Normativa n. TC-0022/2015, a obrigatoriedade de o poder público encaminhar previamente ao Tribunal os documentos relativos à etapa de planejamento das Parcerias Públicas Privadas e Concessões Comuns. No exemplo aqui referido, cabe ao Tribunal de Contas apenas o exame prévio da etapa de planejamento.

BRASIL. Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. **Instrução Normativa nº IC-022/2015**. Estabelece procedimentos para o controle e orientação referente à etapa de planejamento das Concessões Administrativas e Patrocinadas (denominadas de Parcerias Público-Privadas - PPP) e das Concessões Comuns, a serem exercidos pelo Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. Disponível em: <https://www.tcsc.tc.br/sites/default/files/leis_normas/INSTRU%C3%87%C3%83O%20NORMATIVA%20N%2022-2015%20CONSOLIDADA_0.pdf>. Acesso em: 15 out. 2022.

A eventual aplicação do novo entendimento ou do novo regramento a situações pretéritas configuraria grave comprometimento da segurança jurídica, por lhe faltar os elementos da *cognoscibilidade* e da *anterioridade*, não permitindo ao afetado pelo novo entendimento a *calculabilidade* acerca dos riscos e impactos do ato a ser praticado.

Qualquer outra espécie de regime de transição, conquanto não possa ser descartada de pronto, já que a definição, como antes referido, deve se dar a partir do caso concreto, é de difícil aplicação nas hipóteses aqui mencionadas.

(ii) Controle concomitante: o controle concomitante tem como característica o exame de determinada situação ou ato enquanto ele ainda está produzindo efeitos ou está sendo praticado.

As auditorias realizadas particularmente sobre a execução de obras públicas exemplificam essa modalidade de controle no âmbito dos Tribunais de Contas. Trata-se do exercício da atividade fiscalizadora por excelência, que visa avaliar a regularidade dos atos e estabelecer medidas saneadoras que possam ser adotadas afastando ou diminuindo riscos de irregularidades e prejuízos³⁸⁰.

No âmbito das auditorias, não é possível descartar nenhuma das espécies de regime de transição anteriormente indicadas, pois qualquer delas pode ser adotada, variando de acordo com o caso concreto em análise e dependendo, como já afirmado, de um juízo de ponderação adequado, de modo a corrigir as situações com o menor impacto possível.

Na análise da atuação do TCU é possível verificar atuação titubeante quanto à aplicação da regra do artigo 23 da LINDB. Há julgados que incorporam e aplicam a regra em questão e outros que afastam.

No primeiro caso, é possível verificar da decisão consubstanciada no acórdão 2641/2022 a aplicação do da modulação do novo entendimento, ainda que assim não conste de forma expressa. Na referida decisão, de relatoria do Ministro Antônio Anastasia, que, por coincidência, foi o autor do projeto de lei apresentado no Senado Federal, que culminou com a edição da Lei nº 13.655/2018, houve expresse reconhecimento da necessidade de proteção da segurança jurídica. Referida decisão foi proferida em sede de pedido de reexame de auditoria. Na decisão conclui a Corte de Contas que não pode aplicar novo entendimento de forma retroativa, principalmente quando a nova interpretação for mais gravosa ao responsável, quando

³⁸⁰ As auditorias são decorrência da competência fiscalizatória do TCU, conforme previsão contida no artigo 71 da CNF/88; artigo 41 da Lei Orgânica do TCU e artigo 239 do Regimento Interno do TCU.

comparada ao entendimento vigente à época dos fatos analisados, tendo por fundamento justamente o princípio da segurança jurídica e nos dispositivos da LINDB³⁸¹.

(iii) Controle posterior: o controle posterior é o mais comum no âmbito da atuação dos Tribunais de Contas. Tal modalidade é facilmente perceptível tanto na apreciação das contas anuais dos Chefes do Poder Executivo quanto no exercício da atividade julgadora das contas anuais dos demais administradores públicos, nas tomadas de contas especial e no julgamento da regularidade dos atos, contratos e ajustes administrativos.

E, quanto a esta modalidade de controle, é necessário levar em consideração diferentes aspectos quando da análise de eventual regime adequado para a hipótese.

Prima facie, se poderia dizer que, em se tratando de controle posterior, não haveria espaço para a aplicação de qualquer outra espécie de regime de transição, além da modulação temporal dos efeitos da decisão inovadora. E faz todo o sentido que assim seja.

No caso da prestação de contas apresentada pelo Chefe do Poder Executivo, a qual versa sobre o desempenho da gestão no exercício que já se encontra concluído, parece impraticável aplicar retroativamente inovação no entendimento do Tribunal de Contas acerca de determinado aspecto das contas, sob pena de quebra do princípio da segurança jurídica.

Em situações como as aqui abordadas, se faz necessário o estabelecimento de regime transicional, mediante a modulação temporal dos efeitos da decisão inovadora, aplicando prospectivamente o novo entendimento, como vetor orientativo da conduta.

Para melhor compreensão do que aqui é sustentado, tome-se como exemplo uma situação hipotética anteriormente já indicada, concernente à aplicação de percentuais mínimos da receita com ações em saúde, conforme estabelece o § 2º do artigo 198 da CF/88. O dispositivo em questão não define quais são os gastos que podem ser considerados para os fins estabelecidos, o que demanda, portanto, exercício de complementação da norma de conteúdo aberto. Observados os preceitos da legislação complementar que estabelece regras para a fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde³⁸², cabe aos Tribunais de Contas ao

³⁸¹ TCU. Processo: 017.413/2017-6. Relator. Min. Antônio Anastasia. Julgado em 30/11/2022. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/%2522seguran%25C3%25A7a%2520jur%25C3%25ADdica%2522/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/120/%2520>. Acesso em 05 dez. 2022.

No mesmo sentido, ou seja, da observância das regras da LINDB, tem-se, dentre outros, os acórdãos do TCU: 3226/2020; 4069/2020; 1475/2021; 4025/2021; 4797/2021.

³⁸² Artigo 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

[...]

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

[...]

avaliar, no caso concreto, se determinada despesa pode ou não ser considerada como gasto com ações de saúde compatível com a regra da CF/88.

Nesta hipótese, havendo modificação do entendimento do Tribunal de Contas, no sentido de desconsiderar determinado gasto, contrariamente ao posicionamento adotado na análise das contas de exercícios anteriores, tem-se a necessidade de modular os efeitos de tal decisão, de modo a aplicá-la apenas aos exercícios vindouros, sob pena de comprometer a segurança jurídica, a boa-fé do gestor e a legítima expectativa em relação à regularidade dos gastos realizados.

Porém, é preciso considerar que, no exercício da competência julgadora, os Tribunais de Contas também examinam atos administrativos, como editais de licitação, contratos administrativos e outras avenças.

Tal situação ocorre, por exemplo, no exame de contratos decorrentes de processo licitatório. Neste caso específico, conquanto o ato administrativo sindicado esteja produzindo efeitos, eventual modificação de entendimento do Tribunal de Contas acerca de aspecto relevante do instrumento convocatório ou contratual poderá ensejar até mesmo a anulação do ato. Em circunstâncias tais, é necessária a adoção de regime de transição para aplicação da decisão inovadora.

Porém, neste exemplo hipotético, não é possível indicar, aprioristicamente, a espécie adequada de regime de transição, devendo o órgão decisor justificar a escolha do regime transicional, sem descuidar da ponderação de todos os aspectos envolvidos.

Como última consideração acerca da análise da regularidade de atos, contratos e outras avenças, é preciso registrar que o artigo 24 da LINDB, examinado no segundo capítulo deste trabalho, impõe ao órgão decisor a obrigação de considerar as orientações gerais da época que tenham sustentado a edição do ato sindicado, sendo vedada a invalidação de situações plenamente constituídas com base em mudança posterior de orientação geral.

Desse modo, no caso específico de apreciação da legalidade ou regularidade de atos e contratos, deverá o órgão controlador considerar as disposições limitantes do artigo 24 da LINDB como etapa antecedente à avaliação acerca da necessidade de regime transicional.

§ 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá:

[...]

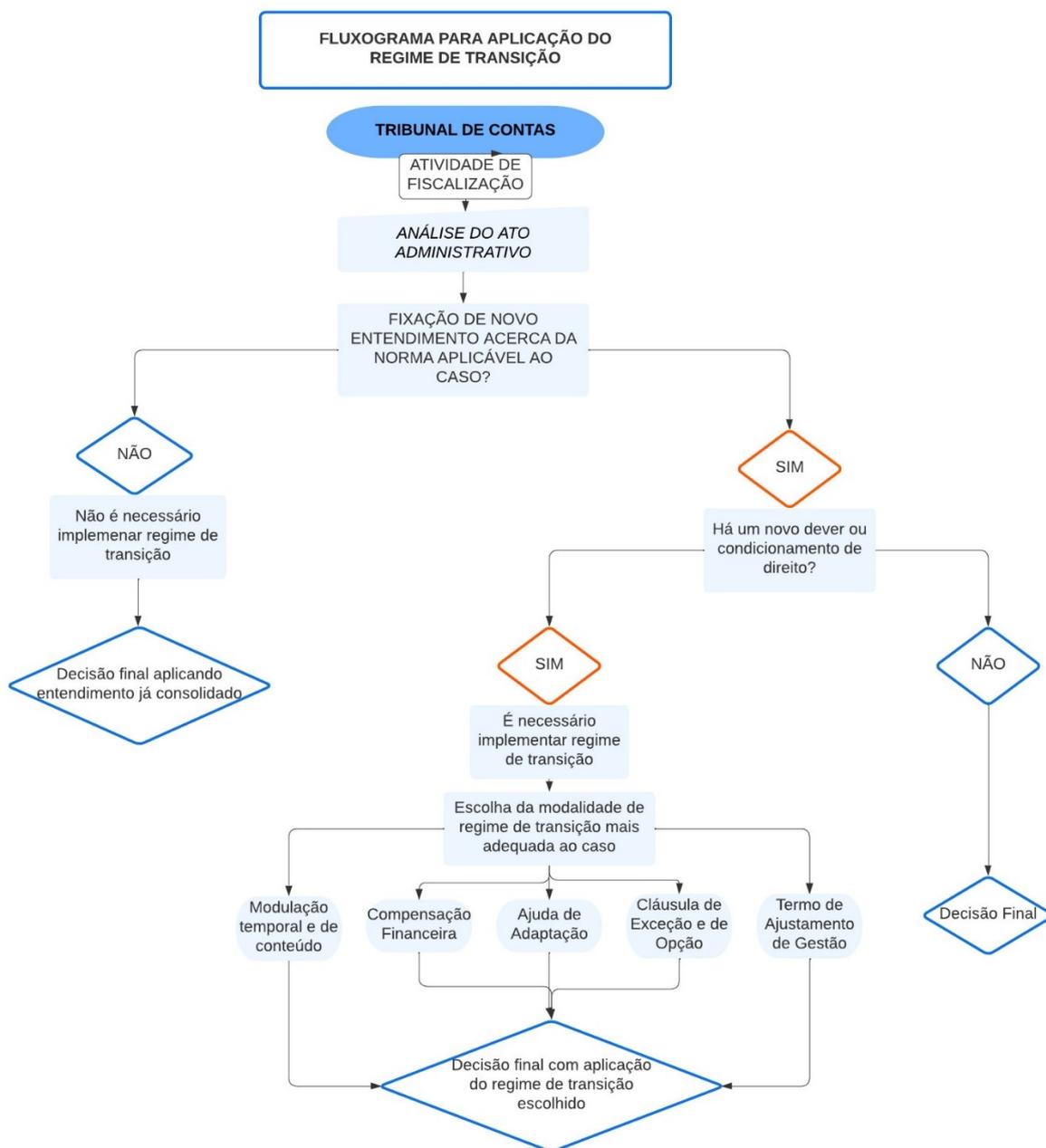
III - as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal;

[...]. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União: Brasília, DF, p. 1, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 jun. 2022.

A partir dos elementos que aqui foram trabalhados, reitera-se a conclusão anteriormente apresentada, no sentido de que não é possível estabelecer um regime de transição único ou padrão para todas as hipóteses de atuação dos Tribunais de Contas.

A escolha da espécie de regime de transição, quando cabível, deverá ser realizada no caso concreto, cabendo ao órgão decisor, no caso, os Tribunais de Contas, fundamentar a decisão, ponderando, quando do estabelecimento das condições de cumprimento do novo dever ou condicionamento de direito, os aspectos relativos à equidade, proporcionalidade, eficiência e interesses gerais envolvidos.

A título ilustrativo, apresenta-se um caminho a ser seguido pela autoridade competente para decidir o caso concreto, inclusive quanto à adoção do regime de transição, conforme indicado a seguir.



Por fim, e não menos importante, pode-se afirmar, com base nos estudos realizados que os Tribunais de Contas não poderão se recusar a estabelecer regime de transição quando a análise das hipóteses de incidência assim o indicar, sob pena de comprometimento da segurança jurídica, situação que pode ser submetida ao crivo do Poder Judiciário, ante a situação de ilegalidade manifesta na conduta do órgão decisor.

4.6 SÍNTESE CONCLUSIVA DO CAPÍTULO

No presente capítulo, buscou-se analisar a aplicação do artigo 23 da LINDB às decisões proferidas pelos Tribunais de Contas, a partir de um estudo dos principais elementos do tipo legal.

A abordagem inicial do conteúdo do capítulo destacou a importância do regime de transição de eventual novo entendimento firmado em face de norma de conteúdo indeterminado como instrumento de garantia da segurança jurídica e respeito à boa-fé e à confiança dos agentes submetidos à jurisdição dos Tribunais de Contas.

Foram estudados os pressupostos para a incidência do regime de transição, representados pela existência de uma decisão do Tribunal de Contas que tenha caráter inovador, ou seja, que represente uma mudança acerca do entendimento até então vigente, e que o novo entendimento tenha capacidade de afetar a esfera de direitos e deveres dos agentes públicos e de terceiros que com ele se relacionam, impondo novo dever de condicionamento.

Nesse âmbito de análise, houve destaque para a necessidade de o regime de transição do novo dever de condicionamento distribuir eventuais consequências de forma equânime entre os afetados, para que seja cumprido de forma proporcional e eficiente, respeitando os interesses gerais envolvidos no caso concreto.

Também foram estudados os instrumentos de atuação dos Tribunais de Contas e a submissão ou não à regra do artigo 23, sendo destacado que não há um dever de adotar regime de transição no âmbito dos tribunais de contas quando das manifestações prévias sobre as contas anuais do Chefe do Poder Executivo, dos Estados e do Distrito Federal, diante da ausência de poder vinculativo do parecer prévio das contas anuais de tais gestores, o que não afasta a possibilidade de, ao menos, a sua indicação para fins de consideração pelo órgão julgador, no caso o respectivo Poder Legislativo. Situação distinta tem-se quanto à manifestação do órgão de contas acerca das contas anuais dos Prefeitos, a qual, embora constituída também sob a forma de parecer prévio, tem caráter vinculativo, ainda que parcial.

Foram destacadas também as diferentes modalidades de regime de transição passíveis de serem adotadas para aplicação do novo entendimento fixado pelo Tribunal de Contas, com destaque à modulação dos efeitos, como regime predominante, sem prejuízo da análise do cabimento de outras espécies à vista do caso concreto analisado.

Ao final, foram abordados alguns parâmetros para a avaliação da necessidade ou não de fixação de regime de transição, nos casos de inovação que afete o direito de terceiros,

elementos que podem contribuir para a escolha de regime transicional, com respeito aos preceitos orientativos.

O estudo realizado no último tópico constitui uma tentativa de contribuição à tarefa de fixação de regime de transição, ante a inexistência, na norma do artigo 23 da LINDB, de qualquer indicativo de regime de transição de conteúdo a ser observado, tampouco elementos quanto à fixação de prazos e de modo de cumprimento.

Como demonstrado no decorrer do capítulo, a indicação das espécies de regime de transição foi realizada com apoio dos instrumentos já existentes no ordenamento vigente e usualmente adotados em outras esferas de poder decisório, cabendo aos Tribunais de Contas, quando da fixação do regime transicional, demonstrar o cabimento e o atendimento dos parâmetros da equidade, proporcionalidade, eficiência e consideração dos interesses gerais envolvidos em cotejo aos interesses particulares do afetado pela decisão inovadora.

A conclusão apresentada, a partir de todos os estudos, é que o conteúdo do artigo 23 da LINDB, mesmo como o adendo e o detalhamento trazidos pela norma regulamentadora (Decreto nº 9.830/2019), não permite estabelecer um regime de transição padrão a ser aplicado a todas as hipóteses de decisões proferidas pelos Tribunais de Contas, tarefa esta que deverá ser cumprida no caso concreto, mediante exercício de ponderação acerca dos elementos da equidade, proporcionalidade, eficiência e consideração dos interesses gerais.

5 CONCLUSÃO

A pesquisa desenvolvida na presente dissertação, no âmbito do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Santa Catarina, vinculada à área de Concentração “Direito, Estado e Sociedade”, buscou estudar o regime de transição no âmbito dos Tribunais de Contas, em razão de decisão inovadora que cria novo dever ou condicionamento de direito, como meio de proteção da segurança jurídica.

A importância do tema selecionado para pesquisa advém do caráter inovador das alterações da LINDB, as quais foram introduzidas apenas em 2018, por meio da Lei nº 13.655/2018, trazendo importantes instrumentos para a interpretação das normas de Direito Público.

A multiplicidade de órgãos de controle da Administração Pública, os quais atuam legitimamente examinando os mesmos atos, sob diferentes perspectivas, sujeita os gestores públicos à responsabilização e a diferentes e cumulativas penalizações, situação que gerou fenômenos conhecidos como o “apagão das canetas” e o “direito administrativo do medo”, que provocam letargia na Administração Pública.

Esse cenário motivou o legislador a propor e aprovar mudanças na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), introduzindo disposições com vistas a proporcionar segurança jurídica, a partir de maior previsibilidade da atuação dos órgãos públicos, protegendo a boa-fé e as legítimas expectativas daqueles que se relacionam com o poder público quanto à manutenção de situações estabilizadas.

A análise da segurança jurídica é o ponto de partida do estudo realizado. Ela é considerada elemento estruturante do Estado Democrático de Direito, que, acompanhada da ordem e da certeza, forma valores do direito positivo por meio da justiça. Em conjunto com a boa-fé e a proteção da confiança, a segurança jurídica busca evitar, de forma geral, que a modificação dos entendimentos por parte do Estado, sejam eles positivados ou não, surpreenda as pessoas.

Nessa ordem de ideias, a segurança jurídica não constitui fator impeditivo das modificações e adaptações às novas situações e exigências, até mesmo porque a sociedade permanece em constante evolução, o que provoca necessidade de alteração na legislação, nos entendimentos, nos procedimentos e nas condutas.

O ponto essencial é encontrar o equilíbrio entre a necessidade de mudança e a adaptação do Estado e da sociedade, com a garantia da segurança jurídica, compreendida na acepção estática, que se refere ao conhecimento e à comunicação, no sentido de a pessoa

conhecer inequivocamente como deve agir, para estar em conformidade com o Direito, e a aceção dinâmica, que guarda relação com os efeitos jurídicos dos atos praticados.

Para tal finalidade, as alterações da LINDB trouxeram importante contribuição no sentido de concretizar a segurança jurídica, na medida em que tornaram possível a consolidação de mecanismos que visam garantir o desenvolvimento de políticas públicas e a aplicação de recursos com base no interesse público, sem margem para desconfiança e equivocadas suposições de que a regra é a improbidade e a desonestidade.

Na esteira da necessária observância da segurança jurídica, a legislação tratou também da responsabilização dos agentes públicos, estabelecendo que a penalização destes depende da demonstração do elemento subjetivo caracterizado pelo dolo ou erro grosseiro, elementos que, em conjunto com as alterações realizadas à Lei de Improbidade Administrativa, demonstram a intenção de mudança dos parâmetros adotados pelo direito administrativo do medo e, mais que isso, revigoram a segurança jurídica.

O necessário respeito aos precedentes pelas cortes julgadoras também se tornou objeto da LINDB, especialmente, quando estabelece no artigo 30 o dever de as autoridades públicas intensificarem a segurança jurídica, inclusive, mediante a edição de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.

No mesmo sentido, os artigos 20 a 22 da LINDB trazem a obrigatoriedade da consideração das consequências práticas da decisão tomada pelos órgãos controladores, bem como a realidade do administrador no momento da prática no ato analisado.

Já o artigo 23, objeto principal de estudo neste trabalho, determina que as decisões, entre outras, controladoras, consideradas inovadoras e pautadas em normas de conteúdo indeterminado, devem estabelecer regime de transição, sempre que desta decisão decorra um novo dever ou condicionamento de direito, quando tal inovação se mostrar mais gravosa àqueles que forem por ela atingidos.

Portanto, para tratar de regime de transição, é preciso que a manifestação do órgão controlador, no caso, do Tribunal de Contas, tenha conteúdo decisório, com efeito vinculativo e efeito inovador.

A decisão inovadora, para os fins de aplicação do regime de transição, conforme demonstrado no presente estudo, deve ser compreendida como aquela que altera o entendimento anteriormente consolidado, pautado em norma que depende da interpretação subjetiva do julgador.

Como restou demonstrado no curso do trabalho, para fins de verificação da necessidade de regime transicional, não se deve considerar apenas as interpretações acerca de norma de conteúdo indeterminado, mas, se a decisão é efetivamente inovadora, ou seja, se modifica entendimento anteriormente estabelecido. Do contrário, a vinculação da regra do artigo 23 às interpretações de norma de conteúdo indeterminado, pode criar um subterfúgio para negar aplicação dessa importante matriz de concretização da segurança jurídica.

Desse modo, para fins de aplicação do artigo 23 da LINDB, é preciso que a nova interpretação estabeleça novo dever ou novo ou condicionamento para exercício de direito também, o qual pode ser verificado na hipótese em que a decisão, ao modificar a compreensão e o sentido da norma, cria nova obrigação, ou uma nova condição para o exercício de um direito, ou modifica as condições para o exercício.

Em auxílio a essa importante tarefa decisória, ao final do estudo foram apresentados alguns parâmetros de avaliação quanto à necessidade ou não de adoção de regime de transição para adequação ao novo entendimento, os quais são aqui listados de forma sintética: (i) análise quanto à eventual déficit normativo, representado pela incompletude da norma parâmetro; (ii) necessidade de modificação do entendimento anterior; (iii) fixação de novo dever ou modificação ou novo condicionamento para o exercício de direito; (iv) existência de situação jurídica consolidada; e (v) necessidade de aplicação imediata da decisão inovadora.

A partir da verificação do preenchimento das hipóteses previstas para o estabelecimento de regime de transição, os Tribunais de Contas deverão escolher aquele mais adequado para a situação concreta, considerando a necessidade de distribuir os ônus decorrentes da inovação de forma equânime, proporcional e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

O regime de transição, ferramenta utilizada para estabelecer que a mudança seja absorvida de forma adequada entre o entendimento anterior e o inovador, pode ser estabelecido de diferentes maneiras, ainda que a mais comum e que melhor se amolde à atuação da Corte de Contas seja a modulação temporal dos efeitos da decisão inovadora. Aliás, essa espécie de regime transicional, ainda que não adote essa denominação, é largamente utilizada no âmbito das decisões judiciais, em especial, naquelas que se ocupam do controle de constitucionalidade das normas.

De todo modo, na fixação do regime de transição, deverão ser previstas as medidas administrativas a serem adotadas para a adequação ao novo entendimento, com o estabelecimento de prazo para que sejam implementadas e do modo para cumprimento do novo dever ou condicionamento de direito.

Dentre as possíveis espécies de regime de transição, foram apontadas a modulação temporal e de conteúdo, a compensação financeira, a ajuda de adaptação e as cláusulas de exceção e de opção, sendo que a escolha caberá ao Tribunal de Contas no momento da decisão acerca da necessidade de adoção de regime de transição.

Como restou demonstrado no estudo realizado, qualquer que seja a espécie de regime transicional escolhida, o órgão decisor deverá justificar, não só a escolha, como também as medidas adotadas, observando que elas deverão atender a equanimidade e a proporcionalidade, bem como garantir a eficiência e os interesses gerais.

A partir dessas balizas, o estudo das atribuições e dos instrumentos de atuação dos Tribunais de Contas permitiu verificar que as manifestações com conteúdo decisório são hipoteticamente hábeis a ensejar a aplicação de regime transicional, a depender do preenchimento dos demais requisitos do artigo 23 das LINDB.

A esse respeito, o estudo evidenciou uma possível discrepância em relação à manifestação do Tribunal de Contas sobre as contas anuais do Chefe do Poder Executivo, porquanto, no caso específico, não há exatamente uma decisão, com efeito vinculativo. Isso porque, no caso aqui referido, a manifestação constitui apenas opinião técnica sobre o desempenho da gestão, materializada em forma de parecer prévio, cabendo ao respectivo Poder Legislativo a decisão final, hipótese em que deverá ser analisada a necessidade de regime de transição.

Situação diversa ocorre no tocante às contas do Prefeito Municipal, em relação as quais, embora constituída também sob a forma de parecer prévio, a manifestação tem caráter vinculativo, ainda que parcial, já que a modificação do posicionamento do Tribunal de Contas depende do voto de dois terços dos membros da respectiva Câmara de Vereadores.

O estudo demonstrou ainda a indispensabilidade do estabelecimento de alguns parâmetros para a avaliação da necessidade ou não de fixação de regime de transição, no âmbito dos Tribunais de Contas, nos casos de inovação que afete o direito de terceiros, elementos que podem contribuir para a escolha de regime transicional, com respeito aos preceitos orientativos.

Ante a inexistência de indicação de espécies de transição na norma do artigo 23 da LINDB, foi realizado um estudo a partir do cotejo entre as atribuições do TCU e aquelas espécies conhecidas de regime transicional, o que permitiu apontar que a modulação temporal dos efeitos deve predominar, sem prejuízo da análise do cabimento de outras espécies à vista do caso concreto analisado.

O estudo realizado no último capítulo permitiu concluir que o artigo 23 da LINDB não oferece elementos suficientes para o estabelecimento de um regime de transição padrão a ser aplicado no âmbito dos Tribunais de Contas, uma vez que não há indicação do conteúdo necessário ou de prazos, tampouco do modo de cumprimento da adequação à decisão inovadora.

A partir dos estudos é possível afirmar que o regime transicional pelos Tribunais de Contas deve ser estabelecido em cada caso, a partir dos elementos concretos e específicos da situação analisada, com apoio dos instrumentos já existentes no ordenamento vigente e usualmente adotados em outras esferas de poder decisório, procedimento que deve ser devidamente fundamentado, demonstrando-se a necessidade, o cabimento e o atendimento dos parâmetros da equidade, proporcionalidade e eficiência, sem prejuízo dos interesses gerais envolvidos em cotejo aos interesses particulares do afetado pela decisão inovadora.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Afonso Gomes; AGUIAR, Márcio Paiva de. **O Tribunal de Contas na ordem constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 40-41.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2008.

ALVES, Francisco Sérgio Maia. O ativismo na atuação jurídico-administrativa do Tribunal de Contas da União: estudo de casos. **Revista de Informações Legislativas**, Brasília, a. 53, n. 209, p. 303-328, jan./mar. 2016. p. 323-324. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/520010/001063276.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 2 ago. 2022.

ARAGÃO, Alexandre Santos. O princípio da eficiência. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: 237, p. 1-6. jul/set. 2004.

ARAÚJO, Valter Shuenquener. **O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado**. 2. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2016. 360 p.

ÁVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. 182 p.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2021. 784 p.

BAPTISTA, Patrícia. A LINDB e o direito administrativo do risco: parâmetros substantivos e procedimentais para **decisões públicas em ambiente de risco e incerteza**. In: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael (Coord). **Nova LINDB: proteção da confiança, consensualidade, participação democrática e precedentes administrativos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, 276 p. p. 25-35.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014. 304 p.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Tomo III - 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 604 p.

_____. **Temas de direito constitucional**. Tomo IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. 680 p.

BENACCHIO, Marcelo; BENACCHIO, Marcos. O equilíbrio entre o avanço na interpretação e aplicação das normas de conteúdo indeterminado e segurança jurídica. In: ALEXANDRE JORGE CARNEIRO DA CINHA FILHO; RAFAEL HAMZE ISSA; RAFAEL WALLBACH SCHWIND (COORDS). **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – anotada: Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Volume II. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 252.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Projeto de lei 10887, de 17 de outubro de 2018**. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Brasília: Câmara dos Deputados, 2018. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2184458>. Acesso em: 20 jul. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União: Brasília, DF, p. 1, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 jun. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019**. Regulamenta o disposto nos artigos 20 ao artigo 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Diário Oficial da União: Brasília, DF, p. 4, 11 jun. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm. Acesso em: 11 jul. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União: Brasília, DF, p. 2.391, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 26 jul. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União: Brasília, DF, p. 1, 9 set. 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm. Acesso em: 10 jul. 2022.

BRASIL. **Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964**. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Diário Oficial da União: Brasília, DF, p. 2.745, 23 mar. 1964. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14320.htm. Acesso em: 9 jul. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Diário Oficial da União: Brasília, DF, p. 1, 19 abr. 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Acesso em: 19 jul. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do artigo 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Diário Oficial da União: Brasília, DF, p. 6993, 3 jun. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 20 jul. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992**. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8443.htm. Acesso em: 10 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Diário Oficial da União: Brasília, DF, p. 1, 1º fev. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 25 jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Diário Oficial da União: Brasília, DF, p. 1, 11 nov. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso em: 7 jul. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do artigo 102 da Constituição Federal. Diário Oficial da União: Brasília, DF, p. 2, 6 dez. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm. Acesso em: 7 jul. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.** Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do artigo 5º, no inciso II do § 3º do artigo 37 e no § 2º do artigo 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Diário Oficial da União: Brasília, DF, p. 1, 18 nov. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm. Acesso em: 10 jul. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Diário Oficial da União: Brasília, DF, p. 1, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 7 jul. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016.** Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Diário Oficial da União: Brasília, DF, p. 1, 1º jul. 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm. Acesso em: 9 jul. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018.** Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Diário Oficial da União: Brasília, DF, p. 1, 26 abr. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113655.htm. Acesso em: 10 jul. 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021.** Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Diário Oficial da União: Brasília, DF, p. 1, 26 out. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14230.htm. Acesso em: 26 jul. 2022.

BRASIL. **Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998.** Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do artigo 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. Diário Oficial da União: Brasília, DF, p. 1, 27 fev. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm. Acesso em: 5 jul. 2022.

BRASIL. **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.** Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Diário

Oficial da União: Brasília, DF, p. 1, 5 mai. 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 9 jul. 2022.

BRASIL. Presidência da República. **Mensagem de Veto nº 212, de 25 de abril de 2018**. Diário Oficial da União: Brasília, DF, p. 1, 26 abr. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Msg/VEP/VEP-212.htm. Acesso em: 13 jul. 2022.

BRASIL. Procuradoria-Geral da República. **Ofício nº 330/2018 - SUBGDP/SGJ/GAB/PGR**. Brasília, DF: Ministério Público Federal, 13 abr. 2019. Disponível em: https://www.jota.info/wp-content/uploads/2018/04/oficio_notatecnica_13-04-18_pgr-00192069_2018-1-1.pdf. Acesso em: 20 jul. 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei 349, de 9 de junho de 2015**. Inclui, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei 4.657, de 1942), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4407647&ts=1593913219661&disposition=inline>. Acesso em: 11 jul. 2022.

BRINCAS, Cláudia Bressan da Silva. **Termo de ajustamento de gestão no âmbito dos Tribunais de Contas**. São Paulo: Editora Dialética, 2022. 188 p.

CABRAL, Antonio do Passo. **Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo**: introdução ao artigo 23 da LINDB. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021. 280 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. 20. reimp. Coimbra/Portugal: Edições Almedina, 2017. 1522 p.

CARVALHO, Gustavo Marinho de. **Precedentes administrativos no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015. 208 p.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26. ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. 1266 p.

COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do artigo 54 da lei do processo administrativo da União (lei nº 9.784/99). **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 237: 271-315, Jul./Set. 2004, p. 271-315.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Administração Pública democrática e supremacia do interesse público**: novo regimento jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes. Curitiba: Juruá, 2015, 367 p.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; BERGAMINI, José Carlos Loitey. Sobre os precedentes do direito administrativo brasileiro: conceito, bases principiológico-normativas e seus requisitos fundamentais. In: **Controle e responsabilização na Administração Pública**:

estudos em homenagem a José dos Santos Carvalho Filho. 1 ed. Rio de Janeiro: Institutas, 2020, p. 49-73.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SOUSA, Thanderson Pereira de. O controle da Administração Pública no contexto do constitucionalismo contemporâneo: um debate a partir do contexto das mudanças trazidas pela LINDB. In: **Direitos humanos e participação política**. 1 ed. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2020, v. XI, p. 118-145.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SOUSA, Thanderson Pereira de. Motivação, invalidação e modulação de efeitos do ato administrativo a partir da Lei nº 13.655/2018. In: **Nova LINDB: consequentialismo, deferência judicial, motivação e responsabilidade do gestor público**. Coord. Rafael Mafini, Rafael Ramos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789. Universidade de São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, 2015. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>> Acesso em: 10 jul. 2022

DINIZ, Maria Helena. Artigos 20 a 30 da LINDB como novos paradigmas hermenêuticos do direito público, voltados à segurança jurídica e à eficiência administrativa. **Revista Argumentum – RA**, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 19, N. 2, pp. 305-318, Mai.-Ago. 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. 1152 p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. 275 p.

DONNINI, Rogério. Responsabilidade civil do agente público. O artigo 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; e SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - Anotada: Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Volume II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 401-407.

FACCHINI, Maria Iraneide Olinda Santoro. **A proibidade na Administração Pública é necessária**: projeto de Lei 10.887/2018 quer reformar Lei da Improbidade Administrativa. Agosto de 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-probidade-na-administracao-publica-e-necessaria-05082021>. Acesso em: 20 jul. 2022.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunal de Contas do Brasil: jurisdição e competência**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2016. 823 p.

FORTINI, Cristiana; SILVEIRA, Raquel Dias da. Perspectiva constitucional do controle interno. In: FORTINI, Cristiana; IVANEGA, Miriam Mabel (Coord.). **Mecanismos de controle interno e sua matriz constitucional: um diálogo entre Brasil e Argentina**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 25-40.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Precedentes administrativos no direito administrativo sancionador**. In: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael (Coord). Nova LINDB: proteção da confiança, consensualidade, participação democrática e precedentes administrativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, 276 p. p. 197-218.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2013. 533 p.

GIAMUNDO NETO, Giuseppe. **Novos horizontes do direito público: comentários ao artigo 27 da LINDB**. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; e SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - Anotada: Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Volume II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 365-374.

GONÇALVES, Benedito; GRILO, Renato César Guedes. **Os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador no regime democrático da constituição de 1988**. Revista Estudos Institucionais, v. 7, n. 2, p. 467-478, mai./ago. 2021. Disponível em <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/636>. Acesso em: 23 jul. 2022.

GRAU, Eros. **O direito posto e o direito pressuposto**. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014. 414 p.

GUARIDO, Fernanda Alves Andrade; FREITAS, Daniel Castanha de. Vinculação da Administração Pública às “Orientações Gerais da Época”: os Precedentes Administrativos do Artigo 24 da LINDB para Além da Segurança Jurídica e os Obstáculos à Boa Governança. In: VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel Morettini (Coord.). **A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. 666 p. p. 99-122.

GUERRA, Evandro Martins. **Os controles externo e interno da Administração Pública**. 2. ed. ver. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2003. 345 p.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. A LINDB e os pressupostos de controle em uma Administração complexa. In: VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel Morettini (Coord.). **A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. 666 p. p. 339-352.

GUIMARÃES, Edgar; FERNANDES, Paulo Vinícius Liebl. Repercussões da Lei nº 13.655/2018 sobre a atividade decisória dos Tribunais de Contas. In: VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel Morettini (Coord.). **A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. 666 p. p. 307-337.

HENRIQUES, Diana Carolina Biseo; BORGES, Jéssica Suruagy Amaral. A aplicação de sanções ao agente público à luz do artigo 22, § 3º da LINDB. In: VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel Morettini (Coord.). **A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. 666 p. p. 495-516.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO (IBDA). **Enunciados relativos à interpretação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB**

e seus impactos no Direito Administrativo. Tiradentes/MG: 2019. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/6/art20190624-11.pdf>>. Acesso em: 7 jul. 2022.

JUNQUEIRA, André Rodrigues. **O artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: atuação dos Tribunais de Contas.** In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; e SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - Anotada: Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Volume II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 128-133.

KELLES, Márcio Ferreira. **A complementariedade dos controles interno e externo da administração pública mediados pelo controle social.** In: FORTINI, Cristiana; IVANEGA, Miriam Mabel (Coord.). Mecanismos de controle interno e sua matriz constitucional: um diálogo entre Brasil e Argentina. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.82-100.

LACERDA, Caroline Maria Vieira. **Os impactos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro nas ações de improbidade administrativa.** Belo Horizonte: Fórum, 2021. 273 p.

LEFÈVRE, Mônica Bandeira de Mello. **A interpretação normativa e a necessária consideração dos direitos dos administrados.** In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; e SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - Anotada: Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Volume II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 178-181.

LIMA, Luiz Henrique. **Controle externo: teoria e jurisprudência para os tribunais de contas.** 8. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2019. 438p.

MAFRA, Gabriela. **Limites ao controle judicial da atividade administrativa discricionária: os permissivos legais constantes nos artigos 20, 21 e 22 da LINDB como parâmetros à aderência judicial no Brasil.** Dissertação de Mestrado apresentada no Programa de Pós-graduação em Direito – PPGD/UFSC, 2021.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da segurança para a inovação pública).** 2. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2020. 188 p.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **As alterações da LINDB e a ponderação dos atos administrativos.** A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte: Fórum. Ano 20, n. 79, p. 259-284, jan./mar. 2020. p. 259-284.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução.** 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. 464 p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade.** 3ª ed. 8ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2012.

MORAES, Ricardo Quartim de. **A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente.** Revista de informação legislativa. v. 51, n. 204, p. 269-285, out./dez. 2014.

MOSIMANN, Ítalo Augusto. **A segurança jurídica como elemento estruturante do estado de direito**. 2019. Disponível em: <<https://iasc.org.br/2019/01/a-seguranca-juridica-como-elemento-estruturante-do-estado-de-direito#:~:text=Tema%20dos%20mais%20debatidos%20na,os%20tribunais%20cumprem%20relevante%20fun%C3%A7%C3%A3o.>>. Acesso em: 24 jun. 2022.

MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia. **LINDB no direito público: Lei 13.655/2018**. In: NOHARA, Irene Patrícia; MOTTA, Fabrício; PRAXEDES, Marco (Coord.). *Coleção Soluções de Direito Administrativo: leis comentadas. Série 1: administração pública. Volume 10*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. 126 p.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **As normas de direito público na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro: paradigmas para interpretação e aplicação do Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019. 264 p.

NOHARA, Irene Patrícia; FERNANDES, Érika Capella. **Desafio do alcance de segurança jurídica por meio de precedentes no direito administrativo**. In: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael (Coord.). *Nova LINDB: proteção da confiança, consensualidade, participação democrática e precedentes administrativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, 276 p. p. 173-196.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; HALPERN, Erick. **A retroatividade da lei mais benéfica no Direito Administrativo Sancionador e a reforma da Lei de Improbidade pela Lei nº 14.230/2021**. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 21, n. 241, p. 13-22, jan. 2022.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **A proposta de lei da segurança jurídica na gestão e do controle públicos e as pesquisas acadêmicas**. 2018. Disponível em <https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/06/LINDB.pdf>. Acesso: 14 jul. 2022.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. **O dever fiduciário de diligência do gestor público**. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; e SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - Anotada: Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Volume II*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 34-39.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle interno e os convênios com as entidades do terceiro setor: uma gestão vinculada aos precedentes administrativos**. In: FORTINI, Cristiana; IVANEGA, Miriam Mabel (Coord.). *Mecanismos de controle interno e sua matriz constitucional: um diálogo entre Brasil e Argentina*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 49-60.

REIS, Camille Lima. **A participação popular na administração pública a partir do emprego tecnológico**. In: CARVALHO, Fábio Lins de Lessa (Coord.). **Direito administrativo progressista**. Curitiba: Juruá Editora, 2020. p. 15-40.

SAMPAIO, Thiago Bezerra. **O controle externo e interno da Administração Pública: estudo acerca do suscitado conflito entre as decisões do Tribunal de Contas da União e as deliberações do Conselho Nacional de Justiça**. In: CARVALHO, Fábio Lins de Lessa (Coord.). **Direito administrativo progressista**. Curitiba: Juruá Editora, 2020. p. 255-277.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. 400 p.

SARMENTO, Daniel. **O princípio republicano nos 30 anos da Constituição de 88: por uma República Inclusiva**. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 20, n. 3, p. 296 - 318, Set./Dez. 2018, p. 296-318.

SCAFF, Fernando Facury. **Orçamento republicano e liberdade igual: ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. 614 p.

SCHIEFLER, Eduardo André Carvalho; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; e PEIXOTO, Fabiano Hartmann. A inteligência artificial aplicada à criação de uma Central de Jurisprudência Administrativa: o uso das novas tecnologias no âmbito da gestão de informações sobre precedentes em matéria administrativa. **Revista do Direito**. Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 50, p. 18-34, jan./abr. 2020. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/14981/8934>. Acesso em: 2 ago. 2022.

SILVA, Christine Oliveira Peter da; SILVA, Felipe Lourenço Abath. **No Estado constitucional pluralista e aberto, segurança jurídica é dinâmica**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-09/observatorio-constitucional-estado-constitucional-pluralista-seguranca-juridica-dinamica>. Acesso em: 12 nov. 2022.

SILVA, José Afonso da. Constituição e segurança jurídica. In: ROCHA, Carmén Lúcia Antunes (Coord.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005. 415 p.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, 926 p.

SILVA, Ricardo Alexandre da. **A nova dimensão da coisa julgada**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. 315 p.

SILVEIRA, Marilda de Paula. **Segurança jurídica, regulação, ato: mudança, transição e motivação**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. 244 p.

SOUSA, Francisco Arlem de Queiroz. Hércules, o gestor. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson. **Desenvolvimento nacional: por uma agenda propositiva e inclusiva**. Curitiba: Íthala, 2020. p. 361-380.

SOUTO, Tatiane Mariza de. **Princípio da segurança jurídica e a mudança da jurisprudência eleitoral no caso do prefeito itinerante**. Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Unisul, 2015. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/6808/1/TCC%20REVISADO.pdf>, acesso em dez. 2022.

SUNDFELD, Carlos Ari; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Uma nova lei para aumentar a qualidade jurídica das decisões públicas e seu controle**. In: SUNDFELD,

Carlos Ari (coord.). **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 277-285.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Uma lei geral inovadora para o direito público**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/uma-lei-geral-inovadora-para-o-direito-publico-31102017>. Acesso em: 11 jul. 2022.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. Volume Único. 11. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021. 1678 p.

TOMAZ, Dante. **As normas de transição no direito administrativo**: possibilidades, parâmetros de aplicabilidade e limites do artigo 23 da LINDB. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

VALIM, Rafael; CARVALHO, Gustavo Marinho de. Os precedentes administrativos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. In: VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel Morettini (Coord.). **A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 123-139.

VITORELLI, Edilson. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a ampliação dos parâmetros de controle dos atos administrativos: um novo paradigma. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 19, n. 78, p. 195-219, out./dez. 2019. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1150/834>. Acesso em: 24 jul. 2022.

ZAGO, Marina Fontão. Decidir as consequências da invalidação de ato administrativo: novo paradigma para velho problema. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; e SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - Anotada**: Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Volume II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 154-160.