



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A NECESSIDADE DO DIÁLOGO ENTRE O JUDICIÁRIO E O GESTOR DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, DE ACORDO COM A LEI Nº 13.655/18

Jose Ricardo Jesus Santos

Rio de Janeiro
2019

JOSE RICARDO JESUS SANTOS

A NECESSIDADE DO DIÁLOGO ENTRE O JUDICIÁRIO E O GESTOR DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, DE ACORDO COM A LEI Nº 13.655/18

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

Professores orientadores:

Ubirajara da Fonseca Neto

Maria Carolina Cancellata de Amorim

NECESSIDADE DO DIÁLOGO ENTRE O JUDICIÁRIO E O GESTOR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, DE ACORDO COM A LEI Nº 13.655/18.

Jose Ricardo Jesus Santos

Graduado em Direito pela Faculdade Salgado de Oliveira – UNIVERSO, Advogado.

Resumo – O Brasil tem por dogma atual de que a ideia de agregação de dois institutos de origem que formam o convencimento do julgador a germânica interpostos pelo sistema da *common law* ao Direito Administrativo brasileiro que estaria desvirtuando do seu caráter originário do direito romano, positivado. A doutrina, sem fugir a tendência de divisar os dois sistemas, a partir da explicação pela qual o direito de base romana seria aquele cuja a fonte predominante se consubstancia na lei, ao passo que o sistema da *common law* teria por base o modelo de precedentes. O direito administrativo brasileiro é um filantrópico fruto de sincretismo entre esses dois sistemas citados acima. O direito ítalo outorgou o conceito de serviço público, agrilhado ao antigo regime da *publicatio*, o conceito de ato administrativo a ser interpretado pelo julgador no caso concreto, dando margem a uma interpretação para cada caso concreto. Por outro lado, o sistema da *common law* destinou a unidade de jurisdição, o controle dos atos pelo Poder Judiciário, a aplicação do princípio da proporcionalidade, decorrente do devido processo legal substantivo, de cada caso aos precedentes, com a qual tem grau de vinculação à jurisprudência. Alguns institutos foram aplicados ao arripio do direito positivado e outros contrariamente à letra da lei, uns temporariamente e outros em caráter duradouro, mudando as regras do jogo para o que melhor convier ao julgador.

Palavras-chave – Diálogo do Judiciário com o Administrador Público. Controle do Ato Administrativo. Administração Pública. Nova LINDB – Lei nº 13.655/2018.

Sumário – Introdução. 1. As decisões judiciais e o consequencialismo com a administração pública. 2. O pragmatismo do administrador público: consultas públicas infrutíferas. 3. A Lei de Introdução ao Direito Administrativo Brasileiro e a necessidade de diálogo entre judiciário e administração pública. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de pesquisa científica aborda o alcance dos efeitos da Lei nº 13.655 de 25 de abril de 2018, que dispõe sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Em seus aspectos basilares na fundamentação da decisão do judiciário com uma aparência de judicialização ao controle dos atos administrativos e dos desdobramentos da autoridade do executivo atuando em nome do interesse público, que na interpretação literal da nova lei abordada, almeja uma mitigação na decisão dos órgãos de controle ressaltando a advertência para o consequencialismo de tais deliberações julgadas por esses órgãos e as suas vinculações aos precedentes decididos, o que dará a segurança jurídica e previsibilidade aos próximos julgados. O trabalho visa esclarecer de qual maneira a nova lei

de introdução às normas de direito brasileiro, a chamada LINDB, a qual se espera e terá, ou deverá ter sua atuação de forma mitigadora, bem como previsível nos julgados entre o judiciário e o executivo. Este que por anos está engessado em regras locais e regionais, característica peculiar do direito administrativo, permitirá ao julgador uma consulta prévia, chamada de audiência prévia, dos atos emitidos pelo administrador com a finalidade de identificar possíveis erros na aplicação de dinheiro público e até mesmo verificar se existe precedente tratando da norma, assim como determinar a correta aplicação. Antes estagnada e arguida pela autoridade pública como interesse público, e somente sob o prisma da liberdade de interpretação da norma.

Contudo, ao abordar as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema proposto de modo a conseguir esgrimir se as indicações da nova lei serão possíveis o julgador extrair, neste caso o judiciário, qual será a visão consequencialista proposta pela lei, da ordem emanada do magistrado em desfavor do executivo e quais os efeitos reais na sociedade com a demanda e não na seara principiológica subjetiva do interesse público.

No contexto, mas com poderes para julgar, objetivando uma consulta prévia com a autoridade pública, que por vezes trará ao conhecimento judicial por qual caminho o gestor está destinando a verba pública, e, por decisão determinar a correta destinação que estabilizará o quadro clínico gestor deficiente daquela área demandada, atingindo e beneficiando a população local.

O primeiro capítulo do trabalho inicia-se apresentado a repercussão da presente Lei nº 13.655/2018, ao comando do legislador em balizar as decisões dos órgãos julgadores em qualquer esfera, no consequencialismo prático de seus resultados em relação aos atingidos ou não pela decisão, com previsão de consultas por meio de audiências públicas nas comunidades locais, na busca de mitigar o interesse público, ordem subjetiva, com o verdadeiro resultado local das ações do administrador público e suas reais consequências na comunidade, necessidade. De outro modo, como as decisões judiciais podem interferir no direcionamento do orçamento direto disposto no ano legislativo sem ferir e interferir com as leis de diretrizes orçamentárias, quando beneficia somente um interessado e colocando os demais em desfavor. Questões tão controvertidas na realidade, que levam a perguntar qual será o motivo decisório que pode interferir no julgamento de mérito da autoridade administrativa em juízo de valor no momento da expertise do trato com a maior e melhor necessidade do contribuinte.

Já no segundo capítulo, ocorrendo a efetiva identificação da conduta delituosa, no seu ato ou comportamento praticado pela autoridade do executivo, como sanção, poderá ter que

arcar com as custas judiciais da sua conduta delituosa, previsto no art. 29 da LINDB. Será analisado o parâmetro de que o julgador deverá utilizar para analisar cada caso e como a audiência pública se encaixa nessa perspectiva. A adequação das audiências públicas quanto a local e horário de realização onde possa atender o máximo da população local com eficiência no sentido de que se realize a consulta pública com maior acesso populacional. A Lei surge a utilização das redes sociais para uma votação e consulta da necessidade pública local.

O terceiro capítulo pesquisa a tentativa de estender a consulta popular para todos os atos normativos, conforme previsão do artigo 29 da referida lei de segurança jurídica, que prestigia a interlocução e abre espaço para a democratização da atuação administrativa. Alguns agentes são responsabilizados em face dos órgãos de controle de que estão submetidos porque os agentes públicos emitem seus pareceres ou opinião que não passa pelo escrutínio daqueles que controlam os atos da administração o que, certamente, afastará a apreciação do judiciário.

A abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-la ou rejeitá-las argumentativamente. Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência), para sustentar a sua tese.

1. AS DECISÕES JUDICIAIS E CONSEQUENCIALISMO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Lei nº 13.655 de 2018¹, acrescentou os artigos 20 a 30 à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB, publicizando ainda mais a legislação concebida apenas como Lei de Introdução ao Código Civil em 1942. Em outras palavras, essa emblemática lei nunca foi só do Direito Privado, mas do Direito em geral, inserindo dispositivos sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do Direito Público.

¹ BRASIL. *Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm> Acesso em: 15 mar. 2019.

Assim, essa proposta de alteração originou-se de pesquisa acadêmica da Sociedade Brasileira de Direito Público, SBDP e do Grupo Público de Direito da FGV/SP², tendo como objeto três problemas básicos: a construção do interesse público, o tratamento da autoridade pública e os papéis dos Poderes do Estado e dos órgãos constitucionais autônomos.

O objetivo dessa nova legislação é conferir o maior proveito possível com o menor dispêndio necessário na construção do interesse público, além da estabilidade das relações jurídicas, protegendo os administrados e investidores no cenário econômico brasileiro.

A nova legislação possui inegável influência do pragmatismo norte-americano, estabelecendo balizas decisórias aos administradores públicos e magistrados, no que se refere ao respeito aos precedentes e não para a interpretação das normas do direito positivado incorporado do direito germânico. Segundo a qual a doutrina da deferência advém da construção da Suprema Corte Americana, com a fundamentação adequada administrativa, o judiciário não deve substituir a interpretação plausível da Administração³.

O art. 20 da LINDB⁴ estabelece que, nas esferas administrativa, controladora tribunais de contas e controladorias, e, judicial não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão em relação aos demais administrados. O parágrafo único, por sua vez, estabelece que 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. Seguindo o mesmo comando normativo conveniado, o artigo 21 dispõe que a decisão que decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar as consequências. Já, de outro modo, o artigo 22 preconiza que, 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. A grande vantagem é a percepção de que determinada interpretação pode gerar consequências indesejáveis na prática. Entretanto, a extrema judicialização dos atos administrativos surgiram com o enfraquecimento do controle populacional dos outros entes administrativos resultando o pragmatismo nas decisões que podem conduzir à insegurança jurídica no ordenamento, concepção que é justamente contrária ao propósito dessa nova lei.

² Idem. *Sociedade Brasileira de Direito Público*. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/publication/por-que-o-pl-7-448-2017-vai-trazer-seguranca-juridica-na-aplicacao-da-lei-de-improbidade-administrativa/>> Acesso em: 20 mar. 2019.

³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo Marques; Freitas, Rafael Vêras de. *Comentários à Lei nº 13.655/2018*, Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 34.

⁴ Idem. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm>. Acesso em: 31 out. 2019.

As consequências práticas das decisões remetem a nada mais do que o gigantismo do judiciário devido descrédito populacional de acesso ao Estado. O resultado do pensamento deve ser traduzido em comportamento, em contraste com a tradição europeia da filosofia abstrata, respeitando os precedentes de acordo com os problemas reais. A lógica de decisões abstratas; a lógica dedutivo-silogística devia ser abandonada como instrumento principal à sentença e substituída por uma lógica de consideração das consequências. A verdadeira interpretação, em suma, seria aquela que produziria consequências provavelmente justas em casos concretos.

Os artigos 23 e 24⁵ protegem, por sua vez, situações jurídicas consolidadas e a boa-fé dos atos administrativos entre o poder público e os cidadãos, prevendo as regras de transição em orientações novas, vedação à imprevisibilidade de decisões e modulação dos efeitos, e a necessidade de considerar as orientações gerais da época quando decisões administrativas revisarem atos anteriores, princípio da proteção da confiança e irretroatividade de posicionamento jurisprudencial. Também consagrando a segurança jurídica, o artigo 30 estabelece o respeito a observação para os antigos julgados, de acordo para cada caso concreto e não o julgado se ater a subjetiva interpretação da norma, devendo observar estritamente a previsão de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas, com caráter vinculante ao órgão ou entidade a que se destina até ulterior revisão.

De um lado, a nova alteração legislativa pode trazer avanços no sentido de conferir maior segurança jurídica e eficiência administrativa aos administrados e investidores, especialmente em um período de crise econômica sem precedentes em nosso país.

E por sua vez, não se pode deixar de registrar a preocupação com a presença de uma ilegalidade tolerada de atos e contratos celebrados pela administração pública, ou seja, essa limitação à invalidação e correção dos atos e contratos ilegais seria péssima para a economia, pois pode favorecer a corrupção, a ilegalidade e o aumento de custos de uma administração já muito cara e ineficiente.

A Procuradoria-Geral da República, em parecer técnico⁶, ressalta a preocupação de transferir indevidamente ao julgador os ônus e as responsabilidades inerentes à atividade do gestor público, havendo um risco de conversão dos órgãos de controle e judiciais em órgãos de consultoria jurídica da própria administração. Pois o diálogo que deve existir está focado

⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo Marques; Freitas, Rafael Vêras de. *Comentários à Lei nº 13.655/2018*, Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 188 e 197.

⁶ Idem. *Principais Conclusões de diálogo público realizado pelo TCU no dia 23 de abril de 2018, em Brasília*. <<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp%3FfileId%3D8A81881E669CF7C50166EE5E12A13CE+&cd=4&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 10 set. 2019.

justamente neste ponto, ideal seria se administrador examinasse as alternativas e consequências desde as políticas públicas dos atos e decisões tomadas por eles. Também preocupa a PGR a influência direta da nova lei à aplicação da Lei nº 8.429 de 02 de junho de 1992⁷, podendo afetar negativamente o sistema de controle, responsabilização e punição de agentes públicos e de ressarcimento de danos ao erário por atos de improbidade administrativa.

Nada obstante a eventual questionamento judicial sobre a constitucionalidade de dispositivos da Lei nº 13.665/18, nesse processo de construção da norma jurídica visando ao interesse público, a nova lei estabeleceu balizas interpretativas no sentido de o administrador e o magistrado considerarem as consequências práticas e a segurança jurídica de seus atos e decisões, ressaltando-se, porém, a necessidade de respeito aos limites semântico-normativos da Constituição e o critério da especialidade em caso de conflitos entre leis .

Diante de tantas decisões abstratas, voltadas a interpretação subjetiva do julgador, aumentando a cada dia a insegurança jurídica, foi o que mais impulsionou a edição da lei foi composto de argumentos voltados à importância da segurança jurídica e da necessária reverência do Estado a esse princípio na interpretação das normas de Direito Público. A esse respeito, preconiza a clássica lição de Hely Lopes Meirelles⁸:

A interpretação do Direito Administrativo, além da utilização analógica das regras do Direito Privado que lhe forem aplicáveis, há de considerar, necessariamente, esses três pressupostos: a desigualdade jurídica entre a Administração e os administrados; a presunção de legitimidade dos atos da Administração; a necessidade de poderes discricionários para a Administração atender ao interesse público. Com efeito, enquanto o Direito Privado repousa sobre a igualdade das partes na relação jurídica, o direito Público assenta em princípio inverso, qual seja, o da supremacia do Poder Público sobre os cidadãos... dessa desigualdade originária entre a Administração e os particulares resultam inegáveis privilégios e prerrogativas para o Poder Público, privilégios e prerrogativas que não podem ser desconhecidos nem desconsiderados pelo intérprete ou aplicador das regras e princípios desse ramo do Direito.

Como aduz Celso Antônio Bandeira de Mello⁹, sobre interesse público é a mais difundida na doutrina brasileira, o conteúdo jurídico do princípio do interesse público não pode ser encontrado em outro lugar senão no próprio direito positivo, e não é necessariamente antagônico aos interesses dos indivíduos por se tratar de uma de suas dimensões.

⁷ Idem. Lei nº 8.429, DE 2 DE JUNHO DE 1992. *Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.* < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm>. Acesso em 10 set. 2019.

⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo. Malheiros. 2000.

⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, 2010, p. 68.

As decisões interpretadas sem as devidas cautelas e contextualizações como o caso concreto verdadeiro com fundamento subjetivo de que é de interesse público depende de reconhecimento pelo ordenamento jurídico, não cabendo admitir sua busca e realização além dos limites da juridicidade. O interesse público em sentido amplo: trata-se do interesse público genericamente considerado, que compreende todos os interesses juridicamente protegidos, englobando tanto o interesse da coletividade em si mesma considerada, quanto interesses individuais e coletivos, quando albergados pelo direito germânico. Por sua vez, o interesse público em sentido estrito: cuida-se do interesse da coletividade em si mesma considerada, a ser identificado no caso concreto pela Administração Pública, em razão de uma competência que lhe tenha sido outorgada expressa ou implicitamente pelo ordenamento jurídico. Pode se manifestar na forma de um conceito legal ou de uma competência discricionária. Consiste num pressuposto positivo de validade da atuação administrativa, eis que o ordenamento jurídico só autorizará a prática do ato quando presente esse interesse público em sentido estrito, hipótese em que estará autorizada a sua prevalência sobre interesses individuais e coletivos, interesses específicos, também protegidos pelo sistema normativo¹⁰.

Em um Estado Social e Democrático de Direito, o procedimento administrativo participativo, contando com a plena e verdadeira atuação do cidadão, é a matriz que assegura atuação legítima e eficaz da administração na identificação e defesa do interesse público na aplicação dos direitos sociais. O procedimento administrativo, é o campo próprio para a correta identificação do interesse público local, e com base em políticas públicas para proteger o direito social de ordem discricionária dos demais princípios. Essas considerações preliminares permitem analisar o artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

A separação das esferas administrativa e controle chama à atenção reconhecer espaço próprio à função de controle, comumente entendida como administrativa na tripartição de poderes. Por essa razão, na esfera administrativa, inicialmente, não se decidirá mais com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. As decisões administrativas deverão avaliar concretamente as eventuais soluções possíveis, notadamente na interpretação de conceitos abertos, considerando os prós e contras da adoção de cada qual.

¹⁰ CONJUR. *Alterações na LINDB valem para todos, não só para o controle*. <https://www.conjur.com.br/2018-jun-14/interesse-publico-alteracoes-lindb-valem-todos-nao-controle>>. Acesso em 06 set. 2019.

2. O PRAGMATISMO DO ADMINISTRADOR PÚBLICO: CONSULTAS PÚBLICAS INFRUTÍFERAS.

Apesar de comumente associado à promoção da segurança jurídica, o objetivo da lei que inseriu dez artigos na nova LINDB é mais amplo, contribuir para aprimorar a gestão pública nacional¹¹. Este objetivo não é exatamente novo. A sua medula consiste e enfrentar um obstáculo diferente e menos enfrentado pelas novas leis, o estorvo jurídico. Pois o medo comanda hoje a administração pública, até um tempo atrás se discutia a judicialização das políticas públicas¹².

O consequencialismo não implica desconsideração da legalidade estrita — ao contrário, é justamente no plano das soluções admitidas pelo ordenamento que a decisão deverá se inserir. Nesse particular, o dever de motivação é exigido do gestor para permitir compreender o percurso hermenêutico que empreendeu na busca da melhor solução, tornando públicas as razões que o levaram a considerar dada medida como necessária e adequada frente às demais.

A função de controle é exercida, como regra, em momento posterior. O foco do controle recai sobre todo o processo decisório, cabendo-lhe avaliar as medidas consideradas como necessárias e adequadas, diante das alternativas apresentadas na esfera administrativa. A análise das alternativas é posta no âmbito de verificação da necessidade e adequação das medidas tomadas pelo gestor, à luz do caso concreto.

Como regra, não que se falar em alternativas à invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, por tratar a invalidação de consequência necessária de vício de legalidade. A rigor, a alternativa eventualmente admissível diante de vício de legalidade é a convalidação, ou seja, a prática de novo ato escoimando os vícios do ato anterior. Em outras palavras, diante de vício de legalidade, na esfera administrativa, o gestor público deverá verificar detidamente a possibilidade de convalidação dos atos praticados.

A atividade de controle, por outro lado, somente poderá examinar as eventuais alternativas que se apresentavam ao gestor por se tratar de fiscalização de conformidade — cabe ao gestor identificar as alternativas, sopesá-las e decidir; ao controle cabe a posterior verificação da decisão diante do cenário posto. Cabe interpretar o texto para dele extrair a

¹¹ A segurança jurídica é um valor importante para o projeto, como se vê principalmente nos artigos 23, 24, 25 e 30. Mas por outro lado dos dispositivos que se destinam à promoção de segurança jurídica, há outros que lhe são indiferentes e, mesmo, alguns que a comprometem, em nome de outros valores relevantes para a gestão pública.

¹² FGV. <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77650>.> Acessado em; 4 de set. 2019.

norma que não materialize compartilhamento da responsabilidade pelas escolhas públicas entre gestor público e controlador, por absoluta incompatibilidade com a Constituição.

A partir do final da década de 1990 dois movimentos contribuíram muito pra colocar a consulta pública nos debates do Direito Administrativo. O primeiro foi a edição das leis de processo administrativo, que passaram a reger os métodos de decisão na Administração Pública. Em especial, a Lei Paulista nº 10.177/98¹³, Lei Federal de Processo Administrativo e a Lei Federal nº 9.784/99¹⁴, Lei Federal de Processo Administrativo - LPA.

O segundo movimento que impulsionou a realização de consulta pública no Brasil, foi o de criação de agências reguladoras, que nada mais são do que autarquias com processos próprios definidos em lei, para solução setorial. Via de regra, elas tomam emprestado o mesmo temário trazido pelas leis de processo administrativo, com algumas variações, grau de obrigatoriedade, forma de publicidade e fixação de prazos para manifestação dos interessados e resposta do ente público.

Se assim é com os agentes políticos dos Poderes Legislativo e Executivo, não pode ser diferente com os membros do Poder Judiciário. A criação de um clima de limitação à prerrogativa de decidir de acordo com a convicção a respeito de qual seja o Direito aplicável ao caso malferir um dos pilares do Estado Democrático de Direito. O juiz não pode ficar exposto a instrumentos de inibição ao exercício de suas funções institucionais.

A norma estampada no art. 29 da LINDB regula o dever de motivação do ato normativo como decorrente do devido processo legal o direito de os interessados conhecerem a fundamentação dos atos administrativos normativos produzidos. Não é razoável sustentar que a Administração se sujeite ao princípio apenas quando profere decisões individuais e concretas, estando imune à sua observância quando toma decisões de caráter geral, como quando edita atos normativos.

Para atender o dispositivo legal no curso da edição de um ato administrativo de caráter normativo é preciso que as decisões de caráter regulamentar sejam motivadas. Para além de arrolar artigos e incisos de leis ou normas constitucionais, dizem os citados autores, a Administração¹⁵:

¹³ Idem. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual. <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1998/lei-10177-30.12.1998.html>. Acesso em: 22 set. 2019.

¹⁴ Idem. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm>. Acesso em: 31 out. 2019.

¹⁵ SUNDFELD; Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, 2014, p 259.

Deve explicar e expor os motivos que a levaram a decidir daquele modo e não de outro. Deve apontar os estudos de natureza técnica, econômica, científica que tenham servido de base para aquela regulamentação. A Administração deve, para assumir tudo numa só frase, expor de modo fundamentado as razões do ato normativo que expede.

O risco de outros agentes considerarem que o juiz cometeu erro grosseiro, do que seria possível extrair uma responsabilização pessoal do magistrado, é fator de inibição ao exercício da atividade jurisdicional. E, em razão disso, a norma que contiver tal previsão não pode ser albergada pelo sistema jurídico. A LINDB é uma lei diferenciada. Dentre outros aspectos que podemos chamar de reveladores da superioridade da LINDB, está o fato de que ela regula a vigência e a eficácia das normas jurídicas, apresenta soluções para casos de conflitos ou colisões entre normas e disciplina mecanismos de integração normativa.

Implantou-se, num diploma legal com tais características, um dispositivo que fala em responsabilização pessoal do agente público. Salta aos olhos que há uma falta de pertinência entre tal dispositivo e a função política da LINDB. Trata-se, a rigor, de dispositivo que empobrece, amesquinha a função política da nova lei de introdução às normas de direito brasileiro. É possível mesmo questionar a adequação de tal dispositivo à norma que se colhe do texto do art. 7º, II, da Lei Complementar nº 95/1998¹⁶, que impede que uma lei contenha matéria estranha a seu objeto ou que a este não seja vinculada por afinidade, pertinência ou conexão.

O ato judicial, como todo ato jurídico, deve ser examinado nos planos da existência, da validade e da eficácia. Quanto à existência, nenhum questionamento pode ser feito numa situação dessa.

No que toca à validade, não é possível imputar defeito a um ato que, à época da sua prática, tenha atendido às exigências formais para preenchimento da sua estrutura executiva. Assim, considerando que o surgimento de determinada consequência prática, não prevista, é evento posterior à prática do ato, a sua ocorrência não pode implicar invalidação. Resta a análise do ato decisório no plano da eficácia. E a solução para a questão não está pronta.

Abstraídos os aspectos em que a nova lei é profundamente questionável, o magistrado, em razão do novo conteúdo da LINDB, deverá, mais do que nunca, estar atento para as chamado consequencialismo passou a integrar a vida dos magistrados e dos agentes de atos decisórios no âmbito administrativo e na atividade de controladoria.

¹⁶ BARSIL. *Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona.* <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm>. Acesso em: 25 out. 2019.

A consulta pública é o caminho, o procedimento, portanto, por meio do qual se materializa a efetiva motivação dos atos normativos da Administração¹⁷.

Ainda que haja outros instrumentos de participação popular no processo administrativo, a consulta pública é instrumento fundamental para ouvir e dialogar. O cumprimento do dever de motivação surge do diálogo que só a consulta pública tem o dever de realizar consulta pública prévia à publicação de ato administrativo normativo. Sem ela, a motivação do ato administrativo normativo seria unilateral – e não pode ser. Mesmo sendo exercício de uma competência discricionária, sua justificativa não é dispensável. Os terceiros interessados têm o direito, garantido na Constituição, de defender seus interesses. É, em suma, a aplicação do devido processo legal no processo administrativo.

Os atos administrativos sujeitos à regra do art. 29 da lei de introdução às normas de direito brasileiro, são aqueles editados por autoridades administrativas que tenha caráter geral e abstrato, tais como regulamentos, resoluções, circulares, portarias ou qualquer outra espécie de ato administrativo normativo geral e abstrato que afete direitos dos particulares.

Desse contexto, advirá um efeito prático importante para a rotina na produção de decisões, mormente de decisões judiciais, trata-se de um efeito prático desejável: se o julgador se deparar com um quadro em que for possível mais de uma interpretação, a decisão a ser proferida deverá trilhar o caminho interpretativo que melhor acomode as diversas forças que estiverem em oposição umas às outras.

Com isso, deverá ser escolhida, pelo julgador, a interpretação que melhor evitará, de um lado, prejuízos aos interesses gerais e, de outro, a imposição de ônus ou perdas anormais ou excessivos para determinados sujeitos passivos da relação.

3. A LEI DE INTRODUÇÃO AO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO E A NECESSIDADE DE DIÁLOGO ENTRE JUDICIÁRIO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

Importa discutir de que forma consistira a aplicação do disposto legal estampado no art. 20 da lei da segurança para a inovação pública, a qual prevê que as decisões em qualquer esfera não poderão ser com base em valores abstratos e que devem ser consideradas as consequências práticas da decisão. O projeto de lei foi fruto de um trabalho de muitas pesquisas acadêmicas imparciais e empíricas, a qual na realidade as decisões dos julgadores

¹⁷ CYRINO, André. *Delegações Legislativas, Regulamentos e Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 253.

não estavam suprindo as expectativas de coerência mínima com as disposições escritas e sim uma interpretação da regra do jogo para a melhor parte a quem interessar. Neste diapasão, surge o conjunto normativo que busca padronizar as decisões dando um incremento da segurança jurídica¹⁸

Hoje vivemos em uma sociedade civil combativa, conhecedora de seus direitos o qual o visa a solução dos conflitos no judiciário, pois já bastante conhecedora de seus direitos. Existem mecanismos de controle de atos do executivo pelo próprio ente federativo que pode ser utilizado na solução de conflitos como muito bem explicado pelo presidente do Supremo Tribunal Federal - STF, Ministro Dias Toffoli¹⁹:

Se tudo for parar no Poder Judiciário, isso demonstra um fracasso da sociedade, das outras instituições e dos outros poderes na resolução dos conflitos. Nós temos de investir numa mudança de cultura. A cultura da judicialização dos conflitos, que é fruto da necessária universalização do acesso à Justiça, não pode ser reforçada pela administração pública. É preciso criar a cultura do diálogo para que o Poder Judiciário seja árbitro somente na exceção.

Por outro lado, decisões abstratas baseadas em princípios não enfrenta e não analisa o ordenamento jurídico da questão fática da lide. O que futuramente em outra decisão baseada em um mesmo conteúdo concreto, certamente, terá outra decisão diferente da que foi decidida anteriormente. O que traz nos julgados enorme prática da insegurança jurídica em todos os julgados. Como muito bem destacado por Carlos Ari Sunfeld, que decisões lastreadas em princípios genéricos é uma arma de espertos e preguiçosos²⁰.

A partir deste viés surge a problematização que o art. 20 e 21 da LINDB que procura mitigar e reordenar a aspiração social ao controle judicial nas políticas públicas, dever do Estado, permeado no pragmatismo do administrador e justificar a ineficiência da gestão pública em valores abstratos nos princípios gerais de direito público. Os quais surgem argumentos recorrentes contra a ingerência do Judiciário nas políticas públicas defendendo maior autonomia na gestão em definir critérios para a execução de políticas.

Portanto, a LINDB procura atacar os alicerces da Judicialização devido ao enfraquecimento das instituições do Legislativo e do Executivo, este por fim, se afastou do dever constitucional de manter o fomento das políticas públicas visando ampliar e manter o

¹⁸Idem. PALMA, Juliana Bonacorsi. *A Proposta de lei da segurança jurídica na gestão e do controle público e as pesquisas acadêmicas*. <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/06/LINDB.pdf>> Acessado em: 08 nov. 2019.

¹⁹ Idem. Seminário na AGU. <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=396981>> Acessado em: 08 nov. 2019.

²⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 215.

comando legal do art. 7 da Constituição Federal de 1988, que trata dos direitos sociais que devem ser mantidos pelas políticas públicas que atualmente estão enfraquecidas, não restando outra alternativa para o administrado em demandar judicialmente seu direito constitucional lesado conforme também prevê a nossa carta magna. Mas, tal atitude de busca do judiciário tem resultados contrapostos, pois alguns julgadores extrapolam o dever do Estado Executivo em aplicar políticas públicas dentro da sua previsão orçamentária, que atualmente também está limitada devido à crise mundial, e determinam por liminares a execução de política pública por meio do Ativismo Judicial, como muito bem explica Luís Roberto Barroso²¹.

[...] De fato, desde o final da Segunda Guerra Mundial verificou-se, na maior parte dos países ocidentais, um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, que é aquela feita no âmbito do Legislativo e do Executivo, tendo por combustível o voto popular. [...] Os exemplos são numerosos e inequívocos. A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. [...] Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

De outro modo, existe a sustentação de que a atuação do judiciário é pertinente, pois detém uma pluralidade de princípios constitucionais como um guardião e promotor da dignidade da pessoa humana que transcende o sentido moral da política capaz de sobrepor a gestão uma gestão pública com todas as suas questões financeiras, políticas e administrativas a ela, o executivo, inerentes, como explica Fabiano Engelmann²².

Na mesma esteira a judicialização das políticas públicas garantidoras da efetivação dos direitos sociais vem mostrando a sua ineficiência no resultado final ao objetivo do alcance almejado pelo autor do pedido da ação, mostrando um desafio no direito brasileiro contemporâneo. Mas para a real execução equânime dos direitos sociais é necessário que a administração pública execute e trace estratégias de atuação, a rigor, das políticas públicas capazes de atender as necessidades de seus administrados.

Contudo, a administração pública detém o poder da discricionariedade da prática dos seus atos, tendo a liberdade de conveniência e oportunidade. Estando a Administração Pública vinculada a comandos constitucionais de ordem pública de que são protegidos pela

²¹ Idem. BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acessado em: 13 nov. 2019.

²² ENGELMANN, Fabiano. *Judicialização e Administração Pública*. <https://www.ufrgs.br/cegov/new/n/456?n=Boletim_CEGOV_-_Judicializa%C3%A7%C3%A3o_e_Administra%C3%A7%C3%A3o_P%C3%BAblica> Acessado em: 08 nov. 2019.

imperatividade e inviolabilidade com natureza autoaplicável sendo impossíveis serem afastadas pela discricionariedade do administrador. O poder público não pode se afastar da elaboração de políticas públicas sob pena de descumprir norma constitucional de ordem pública, imperativa, inviolável e autoaplicável²³.

O comando normativo da lei novel impõe a realização de audiências públicas visando o controle do agigantamento do judiciário sobre questão da seara do Legislativo e do Executivo, vez que ambos entes não têm tomado frente às necessidades sociais, o cidadão não pode ficar à mercê da benevolência daqueles que estão inertes em suas funções típicas.

Diante do contexto, Juízes do Trabalho questionam novas regras inseridas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, o tema é bastante controvertido, pois existem entendimentos de que os artigos da LINDB ferem o princípio da separação dos poderes no momento que os comandos indigitados nos artigos, 20, 21 e 22 da citada lei, exigem que os magistrados atuem sem provocação das partes. Ferindo, assim, o princípio da inércia da jurisdição, da separação dos poderes, independência do judiciário e do princípio do devido processo legal. A argumentação tem por base a questão de que os magistrados não podem proferir decisões sem provocação das partes envolvidas no caso concreto e muito menos exercer juízo de futurologia das consequências envolvidas nas decisões, assim como opinar nas sobre futuras e possíveis existências de alternativas, ainda opinar sobre obstáculos ou dificuldades que poderão surgir, assim como dar direcionamento no cumprimento de determinada situação fática sem estar no local. Poderia haver um atraso desmedido para que o administrador transmutasse a situação de fato para os autos do processo sem participação de peritos e de técnicos o que tornaria ineficaz e caro a demanda proposta. Seria constrangedor o judiciário substituir a administração pública para o cumprimento de lei, através de ordem judicial²⁴.

Por fim, a inclusão dos artigos da nova lei consagra o dever ao julgador de observar como procedimento o respeito à segurança jurídica e seus vetores de estabilidade, previsibilidade e da proporcionalidade para que as decisões, que vinham sendo tomadas com bases em valores abstratos e prescrições abertas, não gere mais insegurança jurídica na decisão, nem que suprima direitos ou constitua relações jurídicas sem lançar mão dos fatos e do direito do caso concreto a ser julgado, do mesmo modo que imprevisibilidade gera um

²³ Idem. <https://jus.com.br/artigos/34247/a-judicializacao-das-politicas-publicas-um-desafio-do-judiciario-brasileiro-contemporaneo>> Acessado em: 08 nov. 2019.

²⁴ Idem. Juízes do Trabalho questionam novas regras inseridas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414378>> Acessado em: 08 de nov. 2019.

certo grau de arbitrariedade, é que surge a LINDB para regular as decisões que eram tomadas em conceitos vagos sem explicitação. Tendo a fundamentação e observância os precedentes é a forma mais proporcional de equalizar os resultados entre as partes na lide²⁵.

CONCLUSÃO

Mas de nada vale tentar defender a segurança jurídica apenas quando ela está em consonância com os nossos próprios interesses. Ela não tolera uma cisão entre o discurso e a prática. Independentemente de que favoreça as - regras do jogo -. A segurança jurídica não é um valor abstrato. Não decorre de ensinamentos doutrinários. Mas de uma necessidade concreta de estabilizar as relações jurídicas. Na verdade, é de a essência do direito estabilizar relações jurídicas, prever seus efeitos e equalizar suas consequências.

Para isso que foi editada a nova da Segurança Jurídica. Por intermédio dos dispositivos acrescentados a LINDB, procurou consagrar não só a segurança jurídica da conveniência, mas a segurança jurídica em concreto. Para tanto, buscou racionalizar as decisões nas esferas administrativas, controladora e judicial. Assim é que, se de tal racional já são finalistas as relações privadas, com muito mais razão devem deferência a tal valor as relações travadas entre o Poder Público e os administrados. É que não se coaduna mais com as constituições democráticas que o administrado ocupe uma posição subalterna em face do Estado, o que restou reforçado pelo próprio advento do Estado Social, com o estabelecimento de um plexo de deveres prestacionais para o Poder Público. Segue daí a necessidade de se estabelecerem relações consensuadas, estáveis e que prescrevam práticas oportunistas.

Por fim, o conteúdo da nova LINDB comparada com a antiga Lei de Introdução ao Código Civil se inseriu na prática diária do operador do Direito a ponto de nem mais ser citada, embora balizando cotidianamente a sua atividade hermenêutica. Deste modo a nova LINDB tardará a se decalcar na cultura jurídica ao respeito aos precedentes, afastando o subjetivismo das decisões fundadas em valores abstratos de ordem em princípios que favorecia a somente um lado da demanda. É certo que o direito público após a edição da lei de segurança pública não será mais o mesmo. Porém, não nos é possível, hoje, sequer dimensionar todo o potencial transformador que seus dispositivos terão nos próximos anos.

²⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo Marques; Freitas, Rafael Vêras de. *Comentários à Lei nº 13.655/2018*, Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 36.

Afinal, como se sabe, no direito posto à vontade, ou a expectativa, do legislador contam muito pouco.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acessado em: 13 nov. 2019.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BRASIL. *Lei nº 13.655*, de 25 de abril de 2018. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 26 abril 2018,

_____. *Lei nº 13.655*, de 25 de abril de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm> . Acesso em: 06 mar. 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32ª ed. São Paulo, Atlas, 2018.

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

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

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25ª ed. São Paulo. Malheiros. 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo, 2010,

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

VALLE, Vanice Regina Sírio do. *Direito Fundamental à Boa Administração e Governança*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.