

## Art. 22 da LINDB

# Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro

## *Article 22 of LINDB*

## *The end of romance: reinforcement of pragmatism in Brazilian public law*

*Eduardo Jordão\**<sup>1</sup>

### RESUMO

O autor argumenta que o art. 22 da LINDB combate o idealismo dominante no direito brasileiro e exige do intérprete maior atenção às circunstâncias fáticas e jurídicas que impactam a atuação administrativa e podem limitá-la. Os comentários ao artigo buscam ainda afastar algumas

---

\* O autor agradece aos acadêmicos da FGV Direito Rio Luiza Brumati e Rodrigo Roll pela inestimável ajuda com a pesquisa necessária para a elaboração deste artigo. Agradece ainda a Tarcila Reis, Marçal Justen Neto, Carlos Ari Sundfeld e Matthew Stephenson por discussões de algumas de suas ideias.

<sup>1</sup> Professor da FGV Direito Rio. Doutor pelas Universidades de Paris (Sorbonne) e de Roma (Sapienza). Mestre pelas Universidades de Londres (LSE) e de São Paulo (USP). Pesquisador visitante na Yale Law School e em Institutos Max Planck. *E-mail*: <eduardo.jordao@fgv.br>.

leituras equivocadas sobre os seus termos, esclarecendo as suas hipóteses de aplicação.

#### PALAVRAS-CHAVE

Idealismo – Pragmatismo – Contextualismo – Direito Público – Sanções administrativas – Gestão Pública – Dificuldades – Obstáculos

#### ABSTRACT

The author argues that article 22 of the Brazilian Legal Norms Introductory Statute fights the dominant idealism in Brazilian law and demands from the legal interpreter greater attention to the factual and legal circumstances that impact administrative action. The paper also aims at setting aside some misleading readings of the article and clarifying its hypotheses of application.

#### KEYWORDS

Idealism – Pragmatism – Contextualism – Public Law – Administrative Sanctions – Public Management – Difficulties – Obstacles.

Art. 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.

## 1. Introdução

Apesar de comumente associado à promoção da segurança jurídica, o objetivo do projeto de lei que inseriu dez artigos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) é mais amplo: contribuir para aprimorar a gestão pública nacional.<sup>2</sup> Este objetivo não é exatamente novo. Quando comparado com outros projetos de lei que tiveram finalidades semelhantes, no entanto, o seu aspecto curioso (e distintivo) está em que ele não enfoca aspectos orçamentários, físicos ou de pessoal – entraves conhecidos da nossa gestão pública. O seu cerne consiste em enfrentar um obstáculo diferente e menos discutido: *o gargalo jurídico*.<sup>3</sup>

Os autores do projeto parecem entender que a forma como o direito brasileiro vem sendo interpretado e aplicado – principalmente, mas não exclusivamente, pelos controladores – tem gerado ineficiências gerenciais importantes. Em grande medida, o projeto é uma tentativa de contribuir para reduzir *estes entraves jurídico-culturais*.

Mas qual é esta percepção dos autores do projeto sobre como funciona o direito no Brasil e como eles pretendem contribuir para aprimorá-lo? Parece-me que uma boa forma de sintetizar é dizer que o projeto é *antirromântico* ou *anti-idealista*, e que o seu grande objetivo é introduzir uma boa dose de

<sup>2</sup> A segurança jurídica é um valor importante para o projeto, como se vê principalmente nos artigos 23, 24, 25 (vetado) e 30. Mas ao 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.

<sup>3</sup> Cf., neste mesmo sentido, Francisco Gaetani: “O medo comanda hoje a administração pública. Até 2014, discutia-se a judicialização das políticas públicas. Um exemplo era a importação de remédios caros por decisão judicial. Evoluiu-se rapidamente para a criminalização da administração, como o inacabado e controverso debate em torno da política fiscal demonstrou. Finalmente, chegamos à paralisia. Afinal... ‘é o meu CPF que está em jogo’. Ninguém quer ficar sujeito a interpretações de órgãos de controle que, em muitos casos, não dominam plenamente as complexidades do assunto e partem do princípio de que o funcionário é suspeito: *in dubio pro societate*. Inúmeros funcionários hoje respondem a processos decorrentes de acordãos do TCU. Dirigentes de estatais já negociam ‘seguros’ para ocupar suas funções. Pulamos de um extremo de descontrole e leniência para outro de regramentos e controles sem necessária vinculação com a natureza da atividade da organização – seja ela um banco público, um hospital universitário ou uma empresa de energia. O setor privado encontra-se acuado, assustado e intimidado por burocracias opacas com poder de influenciar decisivamente seus negócios” [...] “Ironicamente, o mundo jurídico tornou-se a principal fonte de insegurança jurídica e responsável por custos de transação imprevisíveis e incalculáveis.” [...] “O PL nº 7.448/2017 é um avanço na contenção de excessos e preservação da capacidade de gestão. Esta iniciativa é vital para o país sair do encurralamento paralisante” (GAETANI, 2018).

*pragmatismo*<sup>4</sup> e *contextualização* na interpretação e operação das normas de direito público.<sup>5</sup>

Duas são os principais teorias românticas (ou idealistas) que o projeto pretende combater: (i) a suposta completude e determinação do direito; (ii) a presunção de existência de um cenário fático ideal para a concretização dos ambiciosos objetivos do direito público nacional. Enquanto uma destas teorias idealiza o direito, a outra idealiza os fatos. As duas produzem consequências gerenciais negativas relevantes, mas ainda são largamente dominantes no direito brasileiro.

### 1.1. O combate à idealização do direito

Um dos pressupostos fundamentais do projeto é a indeterminação do direito. Do ponto de vista científico ou doutrinário, esta indeterminação é um dado, uma constatação objetiva. Mas ela é também uma inevitabilidade, dadas as características do processo legislativo e da complexidade do mundo moderno. Não é possível produzir, por meio do processo legislativo, um direito substancialmente diferente, em que se garanta a precisão dos comandos normativos e se eliminem todas as fontes de subjetividade interpretativa.

Acontece que, enquanto esta indeterminação é assimilada e encarada naturalmente em diversas jurisdições, ela ainda não está totalmente incorporada

---

<sup>4</sup> Esta “virada pragmatista” do direito administrativo já foi diagnosticada por diversos autores. Num artigo sobre a mudança de paradigmas deste ramo do Direito, José Vicente Santos Mendonça afirma o seguinte: “O estilo tradicional de Direito Administrativo apresenta quatro características. Ele é (i) europeizante, (ii) conceitualista, (iii) sistematizador, e (iv) crente na centralidade do Direito como explicação da vida econômica e social. [...] O novo estilo do Direito Administrativo possui, assim como o antigo, quatro características básicas. Ele é (i) próximo aos métodos americanos, (ii) pragmatista e empiricista, (iii) assistematizador e assistemático, e (iv) descrente na centralidade do Direito como chave de interpretação da vida econômica, política e social” (MENDONÇA, 2014). O próprio autor deste texto já identificou tendências semelhantes no âmbito específico do controle judicial da administração pública (JORDÃO, 2017, p. 350-362). O movimento, no entanto, não é exclusivo do direito administrativo. É visível, por exemplo, o viés pragmatista do Novo Código de Processo Civil. Veja-se, por exemplo, o seu art. 489, §1º, que reforça os deveres de motivação judicial, impedindo, por exemplo, decisão judicial que (i) se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; (ii) empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; ou (iii) invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão.

<sup>5</sup> Com um objetivo desta natureza, é compreensível que as inovações legislativas realizadas pelo projeto tenham mirado a lei de introdução às normas do direito brasileiro, norma com caráter de sobredireito, que disciplina a aplicação e interpretação de outras leis.

na cultura jurídica nacional. Dogmas irrealistas como o da completude do ordenamento jurídico ainda têm bastante força no Brasil e conduzem muitos operadores a supor ser sempre possível *identificar*, entre princípios e regras explícitos ou extraíveis da Constituição, das leis e das normas infralegais, *a solução específica* determinada pelo direito para qualquer problema social ou questão prática.

Esta supervalorização do direito (como técnica para ou inventário de solução dos diversos problemas sociais) favorece os bacharéis em direito, na medida em que os empodera. Afinal, eles se posicionam como oráculos, capazes de desvelar a determinação escondida e específica do ordenamento jurídico, da qual ninguém poderia se afastar lícitamente. Mas ela é socialmente problemática, por afastar soluções igualmente possíveis de acordo com outra leitura razoável do direito, bem como por minimizar o *input* que outras expertises, não jurídicas, podem dar para a melhor aplicação das regras jurídicas.<sup>6</sup>

Para os gestores públicos e as instituições administrativas, esta cultura jurídica *idealizada e irrealista* consiste num grande problema. Encarregadas de interpretar o direito para aplicá-lo ao caso concreto,<sup>7</sup> veem-se posteriormente submetidas ao controle realizado por outras instituições. Como, a despeito da teoria em contrário, o direito é frequentemente indeterminado, não é raro que os órgãos de controle possuam interpretações diferentes da do administrador a propósito de qual seria a solução específica a ser adotada em determinado caso. E, com base nesta teoria idealizada e irrealista, mesmo que a interpretação da administração tenha sido razoável, acham que há espaço para anulações, suspensões, punições e repressões.

---

<sup>6</sup> V., por exemplo: JORDÃO, 2017.

<sup>7</sup> Na visão de Juliana Bonacorsi de Palma: “Administrar não é aplicar a lei de ofício. Administrar é interpretar normas públicas para aplicação em casos concretos. Especialmente no caso brasileiro, em que as leis dirigidas à Administração são pouco detalhistas e prenes de indeterminação jurídica, a interpretação é uma tarefa indissociável da implementação. A professora da escola primária interpreta o programa curricular básico para construir uma aula mais próxima à realidade regional de seus alunos. O médico toma decisões trágicas considerando o cenário de escassez que solapa a saúde pública. O colegiado da ANVISA interpreta o texto da lei para determinar se narguilé é um produto fumígeno para fins de regulação. O IBAMA analisa se expede licença ambiental para um determinado projeto de empreendimento a partir da interpretação de conceitos jurídicos indeterminados como “efetiva ou potencialmente poluidoras” e “degradação ambiental”. O perito da Previdência Social interpreta as normas para conceder, ou não, benefícios previdenciários. O gestor público interpreta a Lei 8.666/93 para ponderar se uma determinada situação é hipótese de dispensa de licitação. Ao editar uma lei, o Congresso cria competências à Administração Pública que, para executá-las, precisa interpretar o texto da lei e todas as demais normas correlatas. É natural que o comando de interpretação seja dirigido primeiramente ao gestor público, e não ao controlador” (PALMA, A proposta de lei da segurança jurídica na gestão e do controle públicos e as pesquisas acadêmicas).

O projeto preocupou-se em enfrentar o dogma da completude e da determinação do direito em vários dos seus dispositivos. Assim, por exemplo, as determinações para que sejam consideradas as consequências de decisões (art. 20) e invalidações (art. 21) fazem sentido num contexto em que se considera que os textos normativos frequentemente dão ensejo a mais de uma interpretação razoável (algo que é explicitado no parágrafo único do art. 20, na menção a “alternativas”) – e que, portanto, a escolha entre elas pode ser pautada pelos efeitos concretos que tendem a produzir. É este mesmo espaço de indeterminação jurídica que torna viável e natural a *mudança de interpretação ou orientação* ao longo do tempo, que o projeto se preocupa em regular no art. 23. Também é ela que justifica a admissão generalizada ao recurso à consulta pública, prevista no art. 29. Em diversos países, a assimilação da indeterminação jurídica e a compreensão de que a administração pública muitas vezes *criará o direito* fez-se acompanhar da proliferação de instâncias de participação popular, como forma da ampliação da *legitimidade* e da *qualidade* destas inovações jurídicas.<sup>8</sup> Era a ideia de indeterminação jurídica e o risco de diferentes interpretações do direito por diferentes instituições públicas (e controladoras) que explicava ainda o art. 25, vetado, que previa uma ação para que a administração pública obtivesse do Poder Judiciário uma espécie de “certificado” de licitude de um determinado projeto, para evitar contestações posteriores.

## 1.2. O combate à idealização dos fatos

A segunda idealização que o projeto pretende combater não é exatamente anunciada, mas pressuposta na maneira com que o direito administrativo tem sido aplicado: idealizam-se as condições materiais, factuais e objetivas para que a administração pública realize os ambiciosos projetos do direito público nacional. E isso é evidente tanto no momento de consagração e enunciação destes objetivos (basta ver o rol de direitos e de finalidades sociais previstos constitucionalmente), como no momento de *cobrança* dos agentes públicos responsáveis por implementá-los.

Um bom exemplo é o da judicialização da saúde, em que brados do “direito à saúde” tem para muitos operadores do direito mais relevância do que

---

<sup>8</sup> Sobre o tema, v. JORDÃO; ROSE-ACKERMAN, 2014.

as condições materiais para implementá-lo.<sup>9</sup> Chega-se mesmo a defender que estas condições materiais são juridicamente irrelevantes e que o operador do direito não deve se preocupar com elas. Os resultados são liminares para concessão de tratamentos caros, que impactam o orçamento governamental de maneira significativa – e prejudicam o próprio oferecimento de outros tratamentos médicos para outros cidadãos.

As consequências deste modo de pensar para a gestão pública são nefastas. Elas geram grande pressão sobre o gestor público, que acaba sendo responsabilizado por ineficiências ou limitações que fogem do seu controle. Parte significativa da doutrina administrativa vem denunciando este cenário de aperto do gestor público. Fala-se, por exemplo, em “administrador assombrado pelo controlador”,<sup>10</sup> “gestores perplexos”<sup>11</sup> e “direito administrativo do inimigo”.<sup>12</sup> E apontam-se decorrências preocupantes deste cenário: (i) a resistência da mão-de-obra mais qualificada de atuar no setor público; (ii) a atração para estes postos principalmente de indivíduos propensos a riscos; (iii) a resistência dos gestores a inovações e a atuações que fujam do protocolar, entre outras.<sup>13</sup>

O projeto quer colocar no centro das preocupações do direito administrativo estas limitações materiais e os contextos fáticos que informam a implementação das normas de direito. A ideia é que esta é a forma mais realista (e portanto, mais eficaz) de tirar as promessas jurídicas do discurso, para levá-las à realidade.

De que maneira o projeto faz isto? Exigindo a *contextualização* na interpretação do direito, na anulação de atos administrativos, na aplicação de sanções e na responsabilização dos gestores públicos. Respeitada, esta contextualização daria a devida importância às condições materiais que permitiriam uma aplicação mais realista do direito público brasileiro.

### 1.3. O art. 22 e o “pedido de empatia” com o gestor público

No caso do art. 22, objeto específico deste texto, é particularmente relevante esta segunda trilha, referente à contextualização. Daí ser comum que

<sup>9</sup> Daniel Wei Liang Wang revela em estudo empírico a irrelevância do argumento da escassez de recursos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre direitos sociais (WANG, 2008).

<sup>10</sup> SUNDFELD, 2014.

<sup>11</sup> REIS; MONTEIRO, 2018.

<sup>12</sup> GUIMARÃES, 2016.

<sup>13</sup> JORDÃO; RIBEIRO, 2017. No mesmo sentido: OLIVEIRA, 2018.

se afirme que ele consagra o “primado da realidade”. Nele, a exigência de contextualização produz uma espécie de “pedido de empatia” com o gestor público e com suas dificuldades. Esta é outra lógica bastante presente no projeto: se o controlador quer se colocar na posição de tomar ou substituir decisões administrativas, é preciso que enfrente também os ônus que o administrador enfrenta.<sup>14</sup> Esta circunstância vai na linha das afirmações de parte da doutrina, mencionadas acima, no sentido da necessidade de maior atenção às agruras e aos dilemas do gestor público.

A contextualização está presente no *caput* do art. 22 e nos seus três parágrafos. Neste texto, estes dispositivos serão tratados em dois blocos, em função do tema nelas versado: inicialmente, comentam-se o *caput* e o seu parágrafo primeiro; em seguida, os dois parágrafos finais.

## 2. O primeiro bloco: a contextualização na interpretação e no controle

Art. 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.

O *caput* e o parágrafo primeiro do art. 22 devem ser lidos conjuntamente. Ambos os dispositivos exigem a *contextualização* no manejo das normas de direito público, mas enquanto o primeiro foca na interpretação, mais genericamente, o segundo foca no controle. Nos dois casos, impõe-se a

---

<sup>14</sup> Vanice Regina Lírio do Valle afirma o seguinte: “Estende-se à racionalidade a ser desenvolvida pelo controlador na interpretação da norma sobre gestão pública, o imperativo de considerar os mesmos elementos de constrição que se tem no cenário de decisão da Administração Pública. Isso não é reduzir o controle, mas sim aproxima-lo da realidade que determinou a ação pública desenhada pela interpretação das normas de regência. A aproximação controladora passa a dar a partir de uma interpretação que não veja no bloqueio à ação pública o resultado via preferencial. Com essa opção legislativa, o controle passa a ter seu olhar direcionado particularmente ao juízo de ponderação que esse mesmo administrador empreende no quadro de dificuldades em que se vê (VALLE, O PL 7448/17 e o resgate da essência da juridicidade).

atenção às circunstâncias dos casos concretos, evitando-se que os enunciados normativos sejam lidos ou aplicados de forma indiferente a fatos ou condições relevantes. Nos comentários a seguir, os dois dispositivos serão considerados complementares. Quando se fizerem menções aos “obstáculos e dificuldades reais” (expressão do *caput*), o leitor deve entender compreendida também a referência às “circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente” (expressão do §1º).

### 2.1. A quem se destinam os dispositivos e o que se exige deles?

Boa parte dos dispositivos que a Lei nº 13.655/18 inseriu na LINDB faz menção expressa à sua aplicabilidade às esferas “administrativa, controladora e judicial”. Mas este não é o caso do art. 22 e do seu parágrafo único, que não têm alvos explícitos. A quem eles se destinam, portanto?

À primeira vista, o parágrafo primeiro parece ser destinado às instâncias controladora e judicial, na medida em que fazem referência a “decisão sobre regularidade de conduta ou validade” de uma série de ações administrativas – manifestação típica dos controladores. Mas também os gestores lhe devem atenção, tanto porque exercem a autotutela de atos administrativos anteriormente adotados, como porque necessariamente realizam uma análise prospectiva relativa à regularidade dos atos que irão adotar.

Também o *caput* do art. 22 é universalmente aplicável às instâncias administrativa, controladora e judicial. Este dispositivo requer a consideração dos “obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo” para qualquer intérprete das normas sobre gestão pública. Isso significa que a determinação se aplica também para os gestores públicos, a quem fica vedada uma interpretação descontextualizada das leis que regem a sua atuação.

Esta aplicabilidade do *caput* do art. 22 à esfera administrativa é relevante por duas razões.

Em primeiro lugar, porque afasta uma das críticas mais recorrentes feitas pelas instituições contrárias ao projeto. Estas instituições sustentaram que a determinação legal para consideração de circunstâncias fáticas na interpretação e na aplicação do direito seria irrazoável por “transferir do gestor para o controlador” obrigações precípua daquele, e não deste.<sup>15</sup> A crítica

---

<sup>15</sup> Trata-se de argumento usado pela Procuradoria-Geral da República, em parecer técnico que pedia veto integral ao projeto. Segundo o parecer, o projeto transferiria indevidamente

não é procedente. O gestor *seguirá* atuando como atuava antes, até porque os comandos do art. 22 e da maioria dos demais (como o art. 20, por exemplo) também lhe são dirigidos. O projeto não elimina dele nenhuma carga, nem *transfere* nenhum ônus do gestor para o controlador. Assim, não há porque imaginar que o controlador “fará o trabalho que deveria ser feito pelo gestor”. O que o projeto requer é que o controlador se imagine na situação do gestor, para compreender as circunstâncias que limitaram as suas escolhas e possibilidades. Nada mais natural. Um bom julgamento se faz com conhecimento de causa. Na experiência internacional, alguns países chegam a criar jurisdições administrativas, justamente para que os juízes responsáveis por julgar a administração pública tenham familiaridade com a sua atuação e possam, assim, avaliá-la corretamente.<sup>16</sup>

Em segundo lugar, porque levanta a questão sobre como deve o gestor público reagir a esta obrigação que a lei lhe impõe. O que significa dizer que ele deverá considerar os seus “obstáculos e dificuldades reais”, bem como “as exigências das políticas públicas a seu cargo”? A melhor interpretação parece ser a de que se trata de mais uma exortação à responsabilidade – na linha “pragmática” ou “realista” que perpassa todo o projeto. As políticas públicas a seu cargo devem, assim, ser implementadas considerando os obstáculos e dificuldades reais a que está submetido: dificuldades orçamentárias, de pessoal etc. Não se admitem ações impensadas, populistas, que tenham efeitos maléficos de longo prazo na implementação das políticas públicas.

Há algo a se adicionar sob uma perspectiva mais procedimental. Como o novo dispositivo legal impõe *consideração a obstáculos e dificuldades reais*, parece evidente que a menção a estes dois elementos deverá estar presente na motivação dos atos administrativos.<sup>17</sup> O gestor público deverá apresentar à sociedade e aos controladores o contexto em que tomou a sua decisão, inclusive no que concerne a apresentação das alternativas que estavam à sua disposição e as razões das opções realizadas, na forma, também, do parágrafo único do art. 20. Seria benéfico para a maturidade do nosso direito público, inclusive,

---

para o julgador ônus e responsabilidades inerentes à atividade do gestor público. Chegou-se mesmo a falar em “risco de se converter os órgãos de controle e órgãos judiciais em órgãos de consultoria jurídica da própria Administração” (cf. Nota técnica conjunta n. 01/2018).

<sup>16</sup> Para João Emmanuel Cordeiro Lima: “pretende-se colocar os órgãos de controle ou o Judiciário verdadeiramente nos sapatos daquele que tomou a decisão em determinado momento, muitas vezes para atender demanda urgente e sem que a entidade à qual esteja vinculado tenha estrutura adequada” (LIMA, 2018).

<sup>17</sup> Assim também: SCAFF, 2018.

que o gestor deixasse claro as dúvidas que teve, para fins de contextualizar a sociedade e os controladores nos dilemas reais que circundam a sua atuação e as suas escolhas. Esta circunstância seria um primeiro passo para erigir uma ponte entre os gestores e aqueles responsáveis pela avaliação do seu trabalho (de novo, a sociedade e os controladores institucionalizados). A avaliação poderia então se fazer de modo mais realista e com mais informação sobre o real contexto das ações e decisões sob escrutínio.

Feitos estes comentários sobre a aplicabilidade do *caput* do art. 22 aos próprios gestores públicos e sua forma de operação a estes agentes, é preciso direcionar algumas palavras também sobre a sua aplicabilidade para os seus destinatários mais óbvios, os controladores.

Não surpreenderia ninguém a afirmação de que um dos maiores objetivos do art. 22 é gerar uma empatia, por parte do controlador, com a situação e as vicissitudes do gestor. Está claramente subjacente ao dispositivo o raciocínio de que há um número considerável de gestores bem intencionados.<sup>18</sup> Estes gestores podem até adotar medidas que não correspondam àquelas preferidas pelos controladores. Mas, sendo estas suas medidas razoáveis, eles merecem alguma proteção do direito. O tipo específico de proteção que o *caput* do art. 22 determina é a “consideração” das circunstâncias em que a decisão foi tomada. O que isso significa na prática?

A mais evidente e direta consequência da previsão legislativa é a necessidade de o controlador se envolver num diálogo com o gestor, na linha do que foi dito acima. Precisa atentar para as dificuldades por ele vivenciadas. Caso estas dificuldades não tenham sido explicitadas na motivação do ato – ou caso se trate do controle de uma suposta omissão –, caberia ao controlador requerê-las do gestor, para fins de aplicar adequadamente o controle.

---

<sup>18</sup> Cf. Juliana Bonacorsi de Palma: “O PL da Segurança Jurídica foi construído tendo em vista o gestor público honesto. Trata-se de um ponto de partida diametralmente oposto das leis de controle – em grande medida, o rigor dos textos se justifica pelo fato de terem sido escritos com o agente ímprobo em mente. A lei precisa recompensar os comportamentos de honestidade como medida de incentivo para que se mantenha o padrão ético na gestão pública. Este PL é um primeiro passo nesse sentido ao fazer a necessária dissociação entre gestores públicos honestos e desonestos; para estes, toda a sistemática de controle se verifica integralmente para que seja pessoalmente responsabilizado. Basicamente, a tutela do gestor público honesto está sedimentada em duas frentes: (i) depositar confiança na pessoa do gestor – por essa razão ele não será pessoalmente responsabilizado, mas sua ação poderá ser corrigida (recompensa) e (ii) conferir segurança para que ele efetivamente decida do melhor modo possível na sua avaliação técnica, podendo inovar na gestão pública e mesmo contrariar os entendimentos controladores, desde que fundamentadamente” (PALMA, A proposta de lei da segurança jurídica [...], *op. cit.*).

Dito isto, os específicos obstáculos e dificuldades a serem levados em consideração não ficam necessariamente adstritos àqueles que tenham sido mencionados pelo gestor na motivação do seu ato sob controle e/ou que tenham sido posteriormente trazidos à apreciação do controlador. Primeiro, porque pode o controlador adicionar circunstâncias por ele conhecidas que possam ter impactado a ação controlada, mas que não tenham sido elencadas pelo gestor em questão. Segundo, porque também lhe é possível desconsiderar alguma dificuldade levantada pelo gestor, que ele eventualmente não julgue relevante. É assim que se deve interpretar o adjetivo “reais” inserido pelo legislador para qualificar os obstáculos e as dificuldades que possam ser levantadas pelo gestor. Em última análise, caberá ao julgador avaliar se as dificuldades e os obstáculos declarados pelo gestor foram de fato “reais” e se de alguma forma impactaram as suas escolhas. Além disso, é também possível ao controlador considerar que, a despeito de serem “reais”, as dificuldades apontadas não teriam tido um efeito tão limitador quanto o gestor alegou. A lei, afinal, não criou um salvo conduto para o gestor, a quem bastaria mencionar dificuldades para ver-se livre do controle sobre seus atos. Ela apenas exigiu a “consideração” destas dificuldades.

Esta última observação é particularmente sensível, porque ela revela limites da determinação legislativa. A última palavra sobre a validade do ato sob controle segue sendo do controlador, e dependerá dele a efetiva consideração das circunstâncias limitadoras da ação do gestor. Afora isso, só caberá aos interessados, quando possível, recorrer de decisões de controladores que não tenham dado a atenção adequada a estas circunstâncias. A má operacionalização, portanto, pode esvaziar de utilidade o dispositivo legal. Este é o limite de balizas textuais e interpretativas.

Por outro lado, esta mesma observação relativa às limitações práticas do dispositivo legislativo ajudam a enfrentar uma das críticas que foram feitas ao caput do art. 22, no sentido de que tornaria o controle impossível.<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> Este foi outro dos argumentos usados pela Procuradoria-Geral da República, em parecer técnico que pedia veto integral ao projeto. Segundo o parecer: “O artigo 22 veicula norma que poderá, na prática, inviabilizar a responsabilização do administrador. Mais uma vez aqui, o legislador recorreu a expressões abertas, lacunosas, propensas a subjetivismos e, portanto, passíveis de levar os processos de responsabilização por caminhos insondáveis, já que seria imprevisível o alcance dos termos ‘obstáculos’ e ‘dificuldades reais’ do gestor. Cada órgão de controle ou órgão julgador teria naturalmente percepção muito particular sobre uns e outros, resultando em instabilidade e insegurança jurídica, que o projeto de lei precisamente diz querer combater” (cf. Nota técnica conjunta n. 01/2018).

Os esclarecimentos acima não deixam dúvidas de que segue havendo espaço para controle tanto na hipótese em que os obstáculos e dificuldades contextuais mencionados pelo gestor não sejam considerados “reais”, como na hipótese em que tais obstáculos, embora “reais”, não tenham sido determinantes para impactar a ação administrativa.

Bem aplicado, portanto, o caput do art. 22 produzirá o efeito a que se destina, de promover uma interpretação e aplicação mais realista e contextualizada, ao tempo em que segue possibilitando o controle e a anulação de ações administrativas *realmente* contrárias ao direito.

## 2.2. Contextualização das condutas de quem?

Depois de haver enfrentado a questão relativa aos *destinatários do comando* do caput e do parágrafo primeiro do art. 22, cabe ainda examinar quais seriam os indivíduos cujas condutas deverão ser contextualizadas, de acordo com estes dispositivos. No caput, a afirmação é explícita: devem ser considerados os obstáculos e as dificuldades reais *do gestor público*. No parágrafo primeiro, no entanto, fala-se mais genericamente de “circunstâncias” que impactarão a ação “do agente”. Quem é este *agente* a que a lei se refere?

Não parece adequado supor que se trate de “agente público”, porque (i) quando a lei assim quis dizer ela o fez por completo, como no caso do art. 28, e também porque (ii) no próprio caput, a expressão utilizada foi outra (“gestor público”). A melhor interpretação é a de que “agente” foi a expressão genérica de que o projeto se valeu para tratar indistintamente de “gestores públicos” e “administrados”, mencionados separadamente no caput. A expressão agente é inclusive retomada nos parágrafos 2º e 3º do próprio art. 22, com este mesmo sentido genérico (gestor público e administrados) que aqui se afirma, como se verá mais adiante.

Assim, o art. 22, §1º, exige que, nas decisões sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, deverão ser consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado as ações dos gestores públicos e dos administrados. Num exemplo, será preciso examinar contextualmente uma conduta de um contratado da administração pública (“administrado”) para decidir a propósito da sua validade jurídica.

### 2.3. Quais “obstáculos e dificuldades” são relevantes para fins do art. 22?

Uma dúvida adicional diz respeito a quais obstáculos e dificuldades podem ser reportados pelos gestores públicos ou considerado pelos controladores. A este respeito, a lei só dá uma especificação: devem constituir obstáculos e dificuldades “reais”, circunstância que deu ensejo às considerações feitas acima, relativas à sua sindicabilidade. Obviamente, no entanto, nem toda dificuldade ou obstáculo *real* que tenha existido durante a ação ou omissão administrativa em questão será relevante.

A respeito da natureza das dificuldades que poderão ser referidas, a maior parte dos comentaristas têm citado dificuldades e obstáculos materiais, temporais, orçamentários e de pessoal. Estas são, afinal, as mais óbvias circunstâncias que podem impedir a implementação de uma dada política pública. Além disso, são as dificuldades mais frequentemente reportadas pela imprensa em relação à administração pública em todo o país: falta de verbas, tempo escasso para planejar e executar a ação, déficit de pessoal, baixa qualidade dos recursos humanos disponíveis, deficiências de material de escritório, de infraestrutura mínima de trabalho, entre outras.

Esta contextualização exigida pelo projeto visaria, ainda, a dar conta da heterogeneidade da administração pública brasileira. As normas nacionais parecem pressupor que os diferentes níveis da administração pública, em diferentes localizações geográficas, teriam as mesmas condições para implantação do direito. Mas a verdade é que as condições orçamentárias, materiais e de pessoal variam grandemente dentro do país. A atenção a estas disparidades é relevante para interpretar adequadamente a legislação administrativa no tocante a pequenos municípios do interior do país. E não faz sentido aplicar e interpretar a legislação relevante aos seus gestores da mesma forma que a um gestor de uma grande e rica capital brasileira.<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> É neste sentido também um trecho de um parecer em apoio ao projeto firmado por um grupo de juristas, de que fez parte o autor deste texto: “[...] a norma em questão reconhece que os diversos órgãos de cada ente da Federação possuem realidades próprias que não podem ser ignoradas. A realidade de gestor da União evidentemente é distinta da realidade de gestor em um pequeno e remoto município. A gestão pública envolve especificidades que têm de ser consideradas pelo julgador para a produção de decisões justas, corretas. As condicionantes envolvem considerar (i) os obstáculos e a realidade fática do gestor, (ii) as políticas públicas acaso existentes e (iii) o direito dos administrados envolvidos. Seria pouco razoável admitir que as normas pudessem ser ignoradas ou lidas em descompasso com o contexto fático em que a gestão pública a ela submetida se insere” (MARQUES NETO *et al.*, Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL n. 7.448/2017).

Mas há uma dificuldade de outra natureza que também pode ser relevante e que casa bem com todo o projeto. Trata-se da *dificuldade jurídica*. Refiro-me à dificuldade de interpretar a legislação relevante para entender o que ela determina, veda ou possibilita. Esta dificuldade não é negligenciável. Ela decorre da complexidade em si da legislação, às vezes intrincada, cheia de detalhes, às vezes continente de termos com alto grau de indeterminação. Mas resulta também da tradição jurídico-cultural brasileira, em especial no que concerne ao manejo de princípios. Eles são utilizados corriqueiramente de forma tão maleável e tão livre,<sup>21</sup> que, a rigor, qualquer determinação textual expressa da lei pode ser afastada pela suposta incidência de princípios abstratos como o da moralidade ou da dignidade da pessoa humana.<sup>22</sup> Os exemplos, na própria jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal, em que deveria ocorrer uma aplicação do direito mais sofisticada, são extremamente abundantes e largamente reportados pela doutrina.<sup>23</sup> E se é assim, há uma grande dificuldade de identificar o “direito relevante”<sup>24</sup> que regerá um caso concreto.

É possível, portanto, que a dificuldade enfrentada pelo gestor público não consista em déficits materiais, orçamentários ou de pessoal, mas que corresponda a uma séria e fundada dúvida jurídica sobre a norma de regência.<sup>25</sup> O que acontecerá neste caso?

Do lado da administração pública, duas são as medidas possíveis. A primeira possibilidade, aberta às autoridades superiores, é a edição de regulamentos ou súmulas administrativas que determinem uma interpretação específica, aumentando a segurança jurídica dos gestores, na linha do que prevê o art. 30.<sup>26</sup> A segunda possibilidade, aberta ao administrador da ponta na ausência destas medidas citadas acima, é a explicitação da dúvida jurídica encontrada. O gestor poderia motivar a sua atuação indicando claramente

---

<sup>21</sup> Para Carlos Ari Sundfeld, vivemos hoje em um “ambiente de geleia geral, em que princípios vagos podem sustentar qualquer decisão” (SUNDFELD, 2014, p. 205).

<sup>22</sup> LEAL, 2007, p. 49 e ss.

<sup>23</sup> Cf. NEVES, 2013, p. 1149-1172.

<sup>24</sup> Há aqui uma referência à ideia de “mercado relevante”, tão importante para o direito concorrencial.

<sup>25</sup> Não se ignore, ademais, que em alguns casos a dificuldade jurídica poderá ser *potencializada* pela dificuldade material. Imagine-se, por exemplo, um pequeno município que não conte com uma procuradoria do município ou conte com auxílio jurídico bastante precário.

<sup>26</sup> Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018). 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.

quais dificuldades interpretativas identificou, quais escolhas interpretativas adotou e por qual razão, dadas as circunstâncias do caso concreto.

Do lado do controlador, esta dificuldade jurídica terá que ser “considerada”, na expressão do caput do art. 22. Se o controlador a entender “real”, ela impactará o controle. Ao invés de impor, no caso, a leitura e interpretação jurídica que ele mesmo faria neste contexto de indeterminação, o controlador deverá então cogitar da existência de uma álea de razoabilidade, ou um leque de interpretações razoáveis, todas as quais lícitas. Dito de outro modo, o art. 22 da LINDB impõe que, num contexto de indeterminação jurídica *real*, o controlador se limite a avaliar a *razoabilidade* da escolha interpretativa realizada pelo administrador público. O controlador, portanto, deverá *prestar deferência* a esta escolha interpretativa *razoável* da administração, mesmo que ela não corresponda à escolha interpretativa específica que ele próprio (controlador) faria, se coubesse a ele a interpretação em primeira mão.<sup>27</sup>

Isso significa que o art. 22 pode ser entendido como o fundamento normativo *específico*, no nosso direito, para a adoção da deferência judicial (ou, mais amplamente, deferência do controlador) às interpretações razoáveis da administração pública. Não que este fundamento normativo específico fosse imprescindível ou que houvesse qualquer vedação anterior, no ordenamento jurídico brasileiro, à adoção das teorias da deferência, tão comuns em tantos países estrangeiros. Mas é provável que esta previsão específica encoraje ainda mais os controladores a atuarem neste sentido, em respeito a interpretações e decisões razoáveis da administração em contexto de indeterminação jurídica, ou, na expressão da lei, em contexto de “dificuldade” jurídica.

O leitor mais atento terá percebido nas sugestões contidas nas linhas anteriores a influência da formulação da *doutrina Chevron*, do direito americano. Trata-se do mais citado<sup>28</sup> e um dos mais importantes precedentes do direito

---

<sup>27</sup> Note-se que o que se propõe aqui é algo adicional ao que prevê o art. 28 da LINDB. Este último artigo determina que a responsabilidade pessoal do gestor só se verifica em casos de dolo ou erro grosseiro. Assim, esta responsabilidade estaria afastada no caso de interpretações razoáveis estabelecidas em contexto de “indeterminação jurídica” ou “dificuldade jurídica”. O que aqui se está propondo é que, nestes casos, para além do afastamento da responsabilidade pessoal do gestor, seja também admitida a *validade jurídica* desta interpretação, com a sua consequente manutenção. O gestor não seria responsabilizado (art. 28) e a sua interpretação seria mantida (art. 22).

<sup>28</sup> *Chevron* é o caso mais influente e mais citado da história do direito público americano. Até dezembro de 2005, havia sido mencionado cerca de 8 mil vezes nas Cortes federais. A marca é muito superior àquela atingida por outros casos importantes, tais como *Brown v. Board of Education* (1829 vezes), *Roe v. Wade* (1801 vezes) e *Marbury v. Madison* (1559 vezes). É mesmo superior à marca destas três decisões, tomadas em conjunto, de acordo com BREYER *et al.*, 2006, p. 247).

público dos Estados Unidos, estabelecido em 1984. No seu trecho mais conhecido e definitivo, lê-se o seguinte:

First, always, is the question whether Congress has directly spoken to the precise question at issue. If the intent of Congress is clear, that is the end of the matter; for the court, as well as the agency, must give effect to the unambiguously expressed intent of Congress. If, however, the court determines Congress has not directly addressed the precise question at issue, the court does not simply impose its own construction on the statute . . . Rather, if the statute is silent or ambiguous with respect to the specific issue, the question for the court is whether the agency's answer is based on a permissible construction of the statute.<sup>29</sup>

O *caput* do art. 22 é o fundamento explícito para a adoção de uma teoria semelhante no direito brasileiro. A doutrina americana faz referência aos “dois passos” da formulação mais básica de Chevron: no primeiro, o controlador verifica se há indeterminação ou ambiguidade legislativa a propósito de uma questão específica; no segundo, havendo esta indeterminação, o controlador se limita a verificar a razoabilidade ou “permissibilidade” da interpretação adotada pela administração pública. É exatamente o procedimento sugerido acima, em interpretação ao art. 22. Num primeiro passo, o controlador verifica se a “dificuldade jurídica” é real. No segundo passo, sendo real esta dificuldade jurídica, o controlador se limita a verificar a razoabilidade da escolha interpretativa realizada pela administração pública.<sup>30</sup>

#### 2.4. Quais as consequências da admissão, pelo controlador, da existência de “obstáculos e dificuldades” reais?

Estas últimas observações abrem espaço para o enfrentamento de um outro problema. Qual deve ser a atitude adotada pelo controlador ao identificar a existência de dificuldades reais?

<sup>29</sup> Chevron U.S.A. v. NRDC, 467 U.S. 837, 842-43 (1984).

<sup>30</sup> Vale a pena assinalar que os *fundamentos* da doutrina *Chevron* casam com os do projeto que alterou a LINDB. O fundamento é de viés realista e corresponde à admissão de que, nas hipóteses em que o direito é indeterminado, a sua interpretação corresponderá a uma *criação* ou, ao menos, a uma *escolha* entre diferentes sentidos possíveis. Sobre o tema, v. JORDÃO, 2016, capítulo 2.2.

A redação dos artigos não deixa claro, na medida em que apenas exige a “consideração”. Algumas palavras a este respeito já foram feitas ditas. Disse-se, por exemplo, que há espaço para que o controlador verifique se os obstáculos e dificuldades alegados foram de fato existentes (“reais”). Também se disse que há espaço para que o controlador cogite diferentes “graus” de obstaculização. Em resumo: uma dificuldade pode ser de fato existente, sem que seja suficiente para impedir determinado curso de ação que a norma determina.

Mas a questão aqui é posterior: mesmo que haja dificuldades e que elas tenham um efeito limitador da atuação do gestor público, qual é a consequência jurídica específica que resulta disso?

Algumas vozes contrárias ao projeto o criticavam por supostamente determinar “vista grossa” a ilegalidades em função das circunstâncias do caso concreto.<sup>31</sup> Esta é uma interpretação simplista da exigência de contextualização. O que o artigo 22 determina é algo bem mais sensato. Nas hipóteses relativas às “dificuldades jurídicas”, tratar-se-á apenas de permitir interpretações igualmente razoáveis e igualmente lícitas, em função de dificuldades jurídicas ou interpretativas, tal como já se sugeriu acima.

Nas hipóteses relativas a dificuldades fáticas, o que o projeto faz na realidade é interferir na hipótese fática sobre a qual deverá o controlador perquirir o direito correspondente. O projeto determina ao controlador: na hora de identificar o direito relevante ao caso concreto (a norma que regerá o caso concreto), leve em consideração todas as suas circunstâncias fáticas relevantes e não se limite a uma enunciação simples. Dito de outro modo, as circunstâncias fáticas limitadoras da atuação do agente passarão a compor a hipótese fática complexa cuja regulação será identificada pelo controlador no direito.<sup>32</sup> Neste sentido, de um ponto de vista teórico, o que o

---

<sup>31</sup> Neste sentido, Júlio Marcelo de Oliveira fala em “ilegalidade tolerada” (OLIVEIRA, 2018).

<sup>32</sup> Nas palavras de Karl Larenz: “As proposições jurídicas devem ser «aplicadas» a eventos fáticos, a uma situação de facto que se verificou. Como acabamos de ver, isto só é possível na medida em que a situação de facto verificada é enunciada. O que no facto-tipo de um juízo aparece como «situação de facto» é a situação de facto como enunciado. O que aconteceu tem de ser mencionado com este fim, e aquilo que é mencionado tem de ser posto numa certa ordem. A situação de facto como enunciado efectua sempre uma selecção de entre a multiplicidade inabarcável, do constante fluir, do acontecer fático; esta selecção acha-a desde logo o julgador, tomando em consideração a possível relevância jurídica de cada um dos factos. A situação de facto enquanto enunciado não esta assim «dada» de antemão ao julgador, mas tem que ser primeiramente conformada por ele, tomando em consideração, por um lado, os factos que lhe chegaram ao conhecimento e, por outro lado, a sua possível significação jurídica. A atividade do jurista não se inicia normalmente com a apreciação jurídica da situação de facto

projeto faz é exigir atenção à *textura aberta* dos enunciados normativos, que podem recomendar que os fatos em questão (tomados globalmente) sejam juridicamente classificados como *lícitos* – e não como ilícitos. Não se trataria, neste sentido, de violar a lei, mas de interpretá-la inteligentemente ou adequadamente.<sup>33</sup>

## 2.5. Como interpretar a expressão “sem prejuízo dos direitos dos administrados”?

Uma última questão relativa ao *caput* do art. 22 relaciona-se com a interpretação que deve ser dada à expressão “sem prejuízo dos direitos dos administrados”, constante da parte final da redação do dispositivo.

A primeira forma de interpretar a expressão seria de maneira a supor que a lei hierarquizou os diferentes elementos previstos no *caput*, tendo considerado que “os direitos dos administrados” são juridicamente mais significativos do que a os demais elementos (obstáculos e dificuldades do gestor, e exigências das políticas públicas a seu cargo). Neste sentido, a expressão “sem prejuízo

---

que se lhe oferece como acabada, mas desde logo com a formação da situação de facto que acede à sua apreciação jurídica” (LARENZ, 1997, p. 392).

<sup>33</sup> Um exemplo de Alexandre Santos de Aragão pode ser ilustrativo: “No Direito Administrativo, muitas vezes as previsões abstratas das normas, e a interpretação que delas fazem alguns órgãos de controle, não possuem maleabilidade suficiente para dar conta de todos os casos concretos com os quais o administrador público se depara em seu dia a dia, colocando-o diante de um difícil dilema: cumprir cegamente a letra da lei e deixar perecer alguma necessidade pública premente ou a implementação eficiente da política pública a seu encargo; ou interpretá-la inteligentemente, à luz dos seus fins sociais, atendendo aos objetivos públicos que estão ao seu encargo, mas não a sua letra fria e isolada, sujeitando-se, por essa razão, a sanções. Sua grande falta teria sido realizar materialmente os objetivos da norma e do direito, mas não cumprido a sua regra abstrata e isolada tal como interpretada, mais ortodoxamente, por alguns órgãos de controle. Um exemplo hipotético poderia ilustrar bem o problema: diante da construção equivocada de uma ponte vital para as atividades econômicas da região por uma empresa com a qual a Administração já rescindiu o contrato, ela consegue que outra empresa, que estava construindo a estrada na qual a ponte desembocaria, faça os reparos na ponte em troca apenas da cessão a ela dos eventuais direitos ressarcitórios que a Administração teria contra a primeira empresa. Pela letra fria da Lei de Licitações, teria que ser aberta uma nova licitação, com grande tempo tomado, e, ao fim, a Administração teria que despender em espécie os recursos necessários, ficando apenas com um crédito a ser cobrado judicialmente da empresa responsável pelo erro na construção. Com a solução encontrada a Administração poupou tempo e dinheiro. Qual seria a atitude mais adequada juridicamente, inclusive do ponto de vista do administrador: atender à letra fria da Lei de Licitações e gastar mais dinheiro e tempo, adiando inclusive o atendimento aos objetivos sociais a que a ponte visa, e ficar livre de qualquer possível sanção; ou atendê-los de pronto e sem nenhum dispêndio de recursos do orçamento, mas se sujeitar a ser punido?” (ARAGÃO, 2015, p. 20-21).

dos direitos dos administrativos” seria equivalente a “desde que não afetem os direitos dos administrados”.

A segunda forma de interpretar a expressão considera que o legislador quis listar diferentes elementos que deveriam ser levados em consideração pelo intérprete das normas sobre gestão pública, para aplicá-las adequadamente: (i) os obstáculos e as dificuldades reais do gestor; (ii) as exigências das políticas públicas a seu cargo; e (iii) os direitos dos administrados. O legislador não teria, então, estabelecido qualquer hierarquia entre estes elementos e deixaria para o intérprete a tarefa de compô-los. Nesta segunda leitura, a expressão “sem prejuízo dos direitos dos administrados” seria equivalente a “além dos direitos dos administrados”.

As duas interpretações são possíveis de um ponto de vista gramatical ou literal. A segunda, no entanto, tem a vantagem de ser mais razoável e mais consentânea com o propósito da lei.

Em primeiro lugar, porque ela abre espaço para uma contextualização mais completa, na medida em que elementos diferentes e eventualmente contraditórios podem ser ponderados, sem solução apriorística. Em segundo lugar, porque a primeira interpretação suporia que as condições materiais e fáticas só seriam relevantes no caso em que não houvesse direitos em jogo; caso contrário, estas circunstâncias fáticas seriam irrelevantes para o direito e o gestor seria obrigado a implementá-los necessariamente. Esta interpretação colocaria em situação de ilegalidade, imediatamente, milhares de gestores que não têm como concretizar todo o rol de direitos previstos, pelo direito brasileiro, para a integralidade da população.

Em terceiro lugar e principalmente, porque no mais das vezes uma decisão administrativa consistirá em privilegiar direitos de alguns administrados em detrimento de outros. Pense-se na judicialização da saúde: num contexto real de finitude orçamentária, conceder determinado tratamento médico excessivamente custoso a um cidadão implicará necessariamente o desfalque orçamentário que *prejudicará* o atendimento a outros direitos de outros cidadãos. Dito de outro modo, haverá quase sempre direitos em conflito – e esta pode, inclusive, ser a “dificuldade real” enfrentada pelo gestor público no caso concreto. Neste contexto, supor que a lei tenha determinado aprioristicamente que “direitos não podem ser afetados”, independentemente das circunstâncias do caso concreto, simplesmente não é realista, nem é razoável.

Tem-se, portanto, que, na letra do *caput* do art. 22 da LINDB, a interpretação de normas de gestão pública exigirá a consideração dos obstáculos e dificuldades do gestor, das exigências da políticas públicas a seu cargo, e *também* dos direitos dos administrados.

### 3. O segundo bloco: a contextualização na aplicação de sanções

§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.

No projeto original produzido pelos professores Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto e apresentado ao Congresso pelo Senador Antônio Anastasia, o art. 22 (que era o art. 21), tinha apenas o caput e o primeiro parágrafo (então parágrafo único). Os parágrafos segundo e terceiro foram inseridos por emenda da Relatora Senadora Simone Tebet, na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.<sup>34</sup> Não tendo sido previstos no projeto original, é natural que estes dispositivos gerem dificuldade interpretativa um pouco maior e exijam mais cuidado para a sua compreensão.

#### 3.1. *O propósito declarado da emenda: critérios para a dosimetria das sanções*

Uma das principais bússolas interpretativas de um dispositivo consiste em investigar as razões que levaram à sua positivação. A este respeito, o exame do chamado “histórico legislativo” não produz conclusões definitivas,<sup>35</sup> mas pode ser esclarecedor.

No relatório em que propôs a emenda, a Senadora Simone Tebet assim a justificou:

Consideramos que a norma é não só conveniente, mas também oportuna, pois, a partir dela, o exercício da função dos órgãos controladores deverá levar em conta a realidade do gestor fiscalizado. Um ponto positivo dessa alteração é a exigência de explicitação de critérios – mínimos que sejam – para a dosimetria de sanções administrativas, tema

<sup>34</sup> Senado Federal, Parecer (SF) n. 22, de 29 de março de 2017, Relatora Senadora Simone Tebet.

<sup>35</sup> Sobre a polêmica relativa ao uso do histórico legislativo para desvendar o sentido de uma lei, v. JORDÃO, 2016, capítulo 2.2.

ainda pouco debatido, mas causador de muitos problemas práticos. Cremos, porém, ser possível aperfeiçoar o dispositivo, para nele incluir dois parágrafos com o objetivo de tratar mais detalhadamente sobre a dosimetria em matéria de direito público. Para tanto, utilizamos, com pequenas adaptações, o texto do caput do art. 128 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, reconhecido como um dispositivo que trata do tema de forma apropriada, inclusive para proibir o *bis in idem*.

O foco da senadora, portanto, estava na “exigência de explicitação de critérios [...] para a dosimetria de sanções administrativas”. A preocupação casa com a de parte da doutrina, que denunciava a pouca atenção à dosimetria no direito administrativo sancionador.<sup>36</sup> Assim, por exemplo, Juliana Bonacorsi de Palma aponta que a Lei da Ação Civil Pública não traz qualquer critério de dosimetria, enquanto a Lei de Improbidade Administrativa se limita a listar como parâmetros decisórios “a extensão do dano” e o “proveito patrimonial do agente”.<sup>37</sup> Irene Nohara, citando Celso Antônio Bandeira de Mello, reporta que a individualização da pena é normalmente levada em consideração nos casos de sujeição especial,<sup>38</sup> mas não é habitual nas sanções mais genéricas, como aquelas resultantes da aplicação do poder de polícia.<sup>39</sup>

Esta exigência explícita de dosimetria contida na lei reveste-se de um aspecto substancial e um aspecto procedimental.

### 3.2. O aspecto substancial: a contextualização também nas sanções

Do ponto de vista substancial, o que os dispositivos exigem é a aplicação da lógica da contextualização *também* às sanções administrativas.

<sup>36</sup> Esta circunstância é particularmente problemática em função da expansão dos poderes sancionatórios da administração pública. Cf. VORONOFF, 2018.

<sup>37</sup> PALMA, A proposta de lei da segurança [...], *op. cit.*

<sup>38</sup> Dois exemplos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: MS 7.983-DF, 3a S., rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 23.2.2005, DJ 30.3.2005: “A punição administrativa há de se nortear, porém, segundo o princípio da proporcionalidade, não se ajustando à espécie a pena de demissão, ante a insignificância da conduta do agente, no universo amplo das irregularidades apuradas, em seu todo, consideradas as peculiaridades da espécie”. MS 8.693/DF, 3a S., rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 23.4.2008, DJe 8.5.2008: “No exame da razoabilidade e da proporcionalidade da demissão da impetrante, verifica-se que a autoridade coautora se distanciou de tais postulados, pois, consideradas as particularidades da hipótese em apreço, aplicou penalidade desproporcional à conduta apurada, em desobediência ao comando do art. 128 do Regime Jurídico dos Servidores Federais” .

<sup>39</sup> NOHARA, 2018, p. 31-32.

A preocupação subjacente é a mesma que perpassa todo o projeto (e que marca em especial o art. 22): a atenção às circunstâncias fáticas que informam (e que devem informar) qualquer atuação administrativa. No caso específico das sanções, a preocupação é particularmente relevante porque se trata de grave interferência na esfera pessoal dos cidadãos que se dá de forma retrospectiva e temporalmente distante das circunstâncias práticas que determinam a sua adequação e proporcionalidade.

Como no caso dos dois primeiros dispositivos do art. 22, os dois últimos também devem ser lido conjuntamente. Somadas as suas determinações, eles exigem que, na aplicação de sanções, sejam considerados: (i) danos para a administração, (ii) agravantes, (iii) atenuantes, (iv) antecedentes do agente e (v) outras sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo que lhe tenham sido aplicadas.

### *3.3. O aspecto procedimental: a motivação reforçada*

Sob uma perspectiva procedimental, a inserção dos dispositivos vai na linha de outros dispositivos do projeto que exigem uma “motivação reforçada” ou “qualificada” da atuação pública (das esferas administrativa, controladora e judicial), ao especificarem aspectos que devem ser objeto de menção específica. Enquanto o artigo 21 exige indicação “expressa” das consequências jurídicas e administrativas esperadas para uma dada decisão, o art. 22 requer consideração das circunstâncias mencionadas no tópico acima, no momento da fixação da sanção administrativa. Assim, para que se dê efetividade a este dispositivo e se respeite o seu propósito, não será suficiente que estas circunstâncias sejam consideradas “implicitamente”; devem vir expressas na motivação do ato sancionador.

### *3.4. Quais os destinatários das sanções mencionadas nos dispositivos?*

Os dispositivos em foco estabelecem algumas regras para a aplicação de sanções, mas não são claros sobre seu âmbito de aplicação: referem-se a sanções aplicáveis apenas a gestores e funcionários públicos ou a quaisquer cidadãos? José Carlos Berardo sugere que, “pela boa técnica legislativa”, como os parágrafos estão inseridos em artigo cujo caput se refere a normas de

gestão pública, talvez o mais adequado fosse interpretar as disposições como atinentes exclusivamente às sanções aplicáveis ao gestor público.<sup>40</sup>

Esta não é a melhor interpretação. Em primeiro lugar, porque o art. 22 não se refere exatamente a “normas de gestão pública”, mas, mais precisamente, à “*interpretação e aplicação de normas de gestão pública*”. Assim, a inclusão neste artigo de dois parágrafos que regem a *aplicação de sanções* reflete a compreensão de que normas sobre sanção são normas de gestão pública.<sup>41</sup> A LINDB dá, neste artigo e em outros, várias demonstrações de estar associada à corrente do direito administrativo sancionador que entende as sanções administrativas como *técnicas de gestão ou de regulação*. As sanções não são vistas numa lógica retributiva, mas gerencial. Nas palavras de Floriano de Azevedo Marques Neto, um dos autores da lei, e de Rafael Vêras de Freitas: “[a sanção administrativa] tem por objetivo, antes, dissuadir e conformar a conduta do administrado e conformá-la a determinada pauta regulatória – uma das facetas de uma regulação responsiva, por assim dizer. Punir é apenas uma das formas de disciplinar”.<sup>42</sup> É também esta ótica que explica o foco dado pelo projeto à consensualidade, com a celebração de compromissos para fins de sanar eventuais irregularidades, prevista no art. 26. Ao invés da punição retrospectiva e retributiva, a maior atenção à finalidade de correção e regulação de comportamentos eventualmente desviantes.

Além disso, a compreensão de que se trata de dispositivo unicamente aplicável às sanções para gestores públicos tornaria desnecessário o parágrafo segundo, cuja redação é quase idêntica ao art. 128 da Lei nº 8.112/90 – esta sim aplicável apenas aos gestores e servidores públicos. As únicas diferenças – bastante reveladoras – residem na utilização das expressões “penalidades” e “antecedentes funcionais” no caso do estatuto dos servidores públicos, e “sanções” e “antecedentes do agente” no caso da LINDB. Parece claro que a função do parágrafo segundo é ampliar para a generalidade das sanções administrativas a disciplina antes prevista explicitamente apenas para a sanções disciplinares.<sup>43</sup>

---

<sup>40</sup> BERARDO, 2018.

<sup>41</sup> No mesmo sentido, Alice Voronoff, para quem a sanção é “medida de gestão, que deve estar integrada às atividades materiais a cargo do administrador a título de ferramenta a mais – ao lado de outras, como estratégias de fomento, persuasivas e preventivas – em busca da efetividade e eficiência [...] Isso exige que se avalie se a sanção administrativa é uma resposta correta no exercício no contexto específico em que foi inserida e se foi calibrada (em tese e em concreto) de modo apropriado” (VORONOFF, *op. cit.*, p. 318)

<sup>42</sup> MARQUES NETO; FREITAS, 2018.

<sup>43</sup> É também a opinião de NOHARA, *op. cit.*, p. 31-32.

### 3.5. A polêmica do *bis in idem*

Uma das polêmicas recentes mais relevantes do direito administrativo sancionador concerne a possibilidade do *bis in idem*: a cumulação de sanções ao mesmo sujeito, pelo mesmo fato.<sup>44</sup> Como se viu acima, esta preocupação esteve presente na justificativa da Senadora Simone Tebet. Segundo ela, a introdução dos dois dispositivos que sugeriu (inspirados no *caput* do art. 128 da Lei nº 8.112/90) tratariam tema “de forma apropriada, inclusive para proibir o *bis in idem*”.

Acontece que a redação proposta – e positivada – não *proíbe* o *bis in idem*, mas apenas prevê que “as sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato”. Ou seja, na disciplina estabelecida pela lei, a sanção anterior *impacta o quantum da sanção posterior*, mas aquela não impede esta.

A solução legislativa foi fortemente criticada por José Carlos Berardo, para quem, a despeito das intenções da senadora que sugeriu a inserção dos dispositivos, eles teriam legitimado (ao invés de proibido) o *bis in idem* no direito brasileiro. Esta é uma maneira de ver as coisas. Mas há outra, mais otimista.

Sob uma perspectiva estritamente pragmática (que perpassa toda a lei), a luta contra o *bis in idem* não foi comprometida pela inserção deste artigo. É que os argumentos contrários ao *bis in idem* são de ordem constitucional. A ideia seria a de que sanções de mesma natureza, para o mesmo sujeito, pelo mesmo fato, violariam a Constituição.<sup>45</sup> Esta batalha, portanto, pode continuar sendo travada. Caso vencida, implicaria a inconstitucionalidade do art. 22, §3º. Enquanto esta batalha não esteja ganha, no entanto, o §3º oferece um paliativo para as duplicações de sanções que já existem e que são realidade: a partir de agora, caso haja duplicidade de sanções de mesma natureza, a segunda sanção deverá ser aplicada tendo-se em conta a primeira. Uma hipótese seria a de um cartel em licitação que venha a ser punido pela CGU com base na legislação

---

<sup>44</sup> A polêmica se acirrou no contexto da assinatura de diferentes acordos de leniência com grandes empreiteiras para a obtenção de informações relevantes para o combate à corrupção. É que a admissão de que as diferentes instituições públicas com capacidade punitiva poderiam impor diferentes penalidades reduziria drasticamente a atratividade destes acordos para as empresas.

<sup>45</sup> Nas palavras do José Carlos Berardo, por incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito (BERARDO, 2018).

anticorrupção, e que venha a ser posteriormente punido pelo CADE com base na legislação de proteção à concorrência. O CADE teria, por força da nova lei, que *considerar a sanção anterior* no momento de estabelecer o *quantum* da sanção que aplicaria.

Esta visão mais otimista vai na mesma linha daquela sugerida por um dos autores da lei, em artigo em coautoria:

A duplicidade de sanções não deve ser tolerada, muito menos legitimada. O que não evita que ela exista. Algo inevitável, diante da independência das instâncias competentes para punir, prevista no ordenamento jurídico pátrio (por exemplo, no artigo 125 da Lei 8.112/1990) que enseja que um mesmo agente possa ser responsabilizado funcional, administrativa, cível e criminalmente. Ciente disso, a nova LINDB vai de encontro aos efeitos provocados pelo *bis in idem*. Um exemplo ilustra o exposto. Cogite-se da hipótese em que um agente público seja sancionado, em âmbito disciplinar, por ter atuado, com desídia, num processo administrativo licitatório que veio a ter a sua nulidade decretada. Nesse exemplo, caso este mesmo agente ocupe o polo passivo de uma ação de improbidade administrativa, ajuizada com base no mesmo fato (causa pedir), de acordo com o novel diploma, o magistrado terá de levar em consideração, por ocasião de eventual sentença condenatória, a punição administrativa pretérita. Reiteramos que o *bis in idem* já foi consagrado pelo ordenamento jurídico brasileiro. É uma realidade. O que o parágrafo comentado pretende é atenuar, com base no racional pragmático de toda a Lei 13.655/2018, os seus deletérios efeitos para os administrados.<sup>46</sup>

De um ponto de vista de política legislativa, é possível que os autores da lei tenham antevisto uma esperada dificuldade para aprovar um enunciado que determinasse o fim do *bis in idem*. Trata-se de dispositivo hipotético que produziria uma enorme consequência institucional, limitando significativamente a competência das mais diversas entidades dotadas de poder sancionador. Seria sem dúvida uma das mais polêmicas previsões de um projeto de lei que já encontrou resistência significativa. Assim, é possível que

---

<sup>46</sup> MARQUES NETO; FREITAS, *op. cit.*, 2018.

tenha sido feita uma opção consciente por uma solução paliativa, ao invés de solução alguma.<sup>47</sup>

Nesta leitura, portanto, o artigo 22, oferece um atenuante para a situação atual, ao tempo em que não compromete a luta pelo reconhecimento da sua inconstitucionalidade.

## Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos. Artigo 21. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Coord.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. Brasília, Senado Federal, 2015.

BERARDO, José Carlos. Brasil oficializou o *bis in idem* – e todo mundo está quieto. *Conjur*, Publicado em: 20 jun. 2018. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2018-jun-20/zeca-berardo-brasil-oficializou-bis-in-idem-todo-mundo-quieto#\\_ftn1](https://www.conjur.com.br/2018-jun-20/zeca-berardo-brasil-oficializou-bis-in-idem-todo-mundo-quieto#_ftn1)>. Acesso em: 15 set. 2018.

BREYER, Stephen *et al.* *Administrative Law and Regulatory Policy: Problems, Text and Cases*. 6. ed. Aspen, 2006.

GAETANI, Francisco. O mundo jurídico virou a principal fonte de insegurança jurídica. *Valor Econômico*, 21 abr. 2018.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle. *Direito do Estado*, seção Colunistas, n. 71, 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>>. Acesso em: 15 set. 2018

---

<sup>47</sup> Outra interpretação possível é a de que, a despeito da intenção expressa pela Senadora Simone Tebet, os autores da lei tenham de fato preferido manter o viés de contextualização que marca todo o projeto. Assim, ao invés de determinar a eliminação integral da possibilidade de cumulação de sanções, optaram por deixar nas mãos do aplicador final da lei o poder de avaliar a adequação das medidas sancionatórias, em função das circunstâncias do caso concreto. Caberá a este aplicador (por exemplo, o segundo eventual sancionador) avaliar se, dada a primeira sanção já aplicada, ainda haveria espaço para outra. Em alguns casos, por exemplo, em que a primeira sanção se tratou de sanção pecuniária de pequena monta, não é totalmente óbvio que uma segunda sanção de mesma natureza seria *necessariamente inconstitucional*, apenas porque se tratou de sanção posterior. Talvez o projeto tenha entendido que esta avaliação deverá caber ao aplicador último do direito, e que vedar a segunda sanção de antemão seria negar a contextualização que é relevante para todo o projeto.

JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa*. São Paulo: Malheiros, 2016.

\_\_\_\_\_. Passado, presente e futuro: ensaio sobre a história do controle judicial da administração no Brasil. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, César Augusto Guimarães (Orgs.). *O direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017)*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

\_\_\_\_\_. Cobrança por bagagem: o que diz o direito? *Jota*. 24 mar. 2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/supra/cobranca-por-bagagem-o-que-diz-o-direito-24032017>>. Acesso em: 15 set. 2018.

JORDÃO, Eduardo; RIBEIRO, Mauricio Portugal. Como desestruturar uma agência reguladora em passos simples. *Revista de Estudos Institucionais*, v. 3, p. 180-209, 2017.

\_\_\_\_\_; ROSE-ACKERMAN, Susan. Judicial Review of Executive Policymaking in Advanced Democracies: Beyond Rights Review, *Administrative Law Review*, v. 66, p. 1-72, 2014.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gukbenkian, 1997.

LEAL, Fernando. Argumentando com o sobreprincípio da dignidade da pessoa humana, *Arquivos de Direitos Humanos*, v. 7, 2007, p. 49 e ss.

LIMA, João Emmanuel Cordeiro. As mudanças da LINDB e seus efeitos positivos no licenciamento ambiental. *Conjur*. 10 maio 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-10/joao-emmanuel-efeitos-lindb-licenciamento-ambiental>>. Acesso em: 15 set. 2018.

MARQUESNETO, Floriano de Azevedo *et al.* Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL nº 7.448/2017, *Conjur*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-juristas-rebatem-criticas.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2018.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras. O artigo 22 da LINDB e os novos contornos do Direito Administrativo sancionador. *Conjur*. 25 jul. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jul-25/opiniao-artigo-22-lindb-direito-administrativo-sancionador>>. Acesso em: 11 set. 2018.

MENDONÇA, José Vicente Santos. A verdadeira mudança de paradigmas do Direito Administrativo brasileiro: do estilo tradicional ao novo estilo. *Revista de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, ano 2014, n. 265, jan./abr. 2014.

NEVES, Marcelo. Princípios e regras: do juiz Hidra ao juiz Iolau. In: COSTA, José Augusto *et al.* (Orgs.). *Direito: teoria e experiência. Estudos em homenagem a Eros Roberto Grau*. São Paulo: Malheiros, t. II, 2013.

NOHARA, Irene Patricia. *LINDB: Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, hermenêutica e novos parâmetros ao direito público*. Curitiba: Juruá, 2018, p. 31-32.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Hiperativismo do controle *versus* inércia administrativa: Governança pública e novos *standards* interpretativos como caminhos para a renovação do Direito Administrativo, *Jota*. 18 abr. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/hiperativismo-do-controle-versus-inercia-administrativa-18042018>>. Acesso em 15 set. 2018.

OLIVEIRA, Júlio Marcelo de. *Por uma administração pública eficiente com respeito à lei. O Estado de São Paulo*. 23 abr. 2018. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/por-uma-administracao-publica-eficiente-com-respeito-a-lei/>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. A proposta de lei da segurança jurídica na gestão e do controle públicos e as pesquisas acadêmicas. *SBDP*. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br>>. Acesso em: 15 set. 2018.

REIS, Tarcila; MONTEIRO, Vera. Os tipos de gestores públicos. *Jota*. 13 set. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/os-tipos-de-gestores-publicos-brasileiros-12092018>>. Acesso em: 17 set. 2018.

SCAFF, Fernando Facury. Quem controla o controlador? Considerações sobre as alterações na LINDB. *Conjur*. 17 abr. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-17/quem-controla-controlador-notas-alteracoes-lindb>>. Acesso em: 15 set. 2018.

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

VALLE, Vanice Regina Lírio do. OPL 7448/17 e o resgate da essência da juridicidade. *Academia*. Disponível em: <<https://estacio.academia.edu/VaniceRegina>>. Acesso em: 15 set. 2018.

VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. *Revista Direito GV*, São Paulo, n. 412, p. 539-568, jul./dez. 2008.