

A PROPOSTA DE LEI DA SEGURANÇA JURÍDICA NA GESTÃO E DO CONTROLE PÚBLICOS E AS PESQUISAS ACADÊMICAS

JULIANA BONACORSI DE PALMA

1. De onde vem o PL da Segurança Jurídica?

Às vésperas da sanção presidencial, representantes de instituições de controle insurgem-se fortemente contra o projeto de lei que visa alterar a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei 4.657/42) para introduzir preceitos de ordem pública que favoreçam a segurança jurídica e a qualidade das decisões públicas (PL 7.448/2017). Originalmente apresentado no Senado Federal pelo SENADOR ANTONIO ANASTASIA, o projeto se inspira em estudos e pesquisas empíricas desenvolvidas na Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, na FGV Direito SP e na Faculdade de Direito da USP. Com base em amplo diagnóstico e em reflexões suscitadas por esses trabalhos, seus autores, PROFESSOR CARLOS ARI SUNDFELD e PROFESSOR FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, redigiram o *PL da Segurança Jurídica*.

Muitas das críticas decorrem de uma má-compreensão do conteúdo do PL da Segurança Jurídica, possivelmente porque seus críticos o leem por uma lente de preconceções e desconfianças. Também há o receio de as instituições controladoras perderem seu amplíssimo espaço decisório construído desde a promulgação da Constituição Federal, que conferiu prerrogativas inéditas às instituições controladoras, notadamente ao Ministério Público e o Tribunal de Contas. Leis controladoras que sobrevieram, de autoria dos próprios controladores, sedimentaram o cenário de *desarmonia institucional*: a quase inexistência de disciplina legal sobre como avaliar a legalidade de atos, contratos e processos administrativos tem levado a fatídicos exemplos de subversão da segurança jurídica.

Na pesquisa “Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF”, DANIEL WANG demonstra empiricamente a *superficialidade argumentativa* em decisões judiciais envolvendo direitos sociais, pois os julgadores praticamente não se atentam à escassez de recursos e aos custos do direito¹. A *falta de diretrizes sobre o cabimento do controle judicial* das decisões do CADE foi constatada empiricamente na pesquisa coletiva “Revisão Judicial das Decisões do CADE”². O problema de o *controlador assumir a competência administrativa e de fato a exercer*, sem esboçar grandes preocupações com as consequências de seus atos, foi bem endereçado por EDUARDO JORDÃO, em estudo sobre a dinâmica de intervenção do TCU

¹ DANIEL WANG, *Escassez de Recursos, Custos dos Direitos e Reserva do Possível na Jurisprudência do STF*. Monografia apresentada à EFp na SBDP em 2006. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/80_Daniel%20Wang.pdf. Acesso em 16 de abril de 2018. O trabalho posteriormente foi publicado na REVISTA DIREITO GV (vol. 8, jul./dez. 2008).

² FABRICIO ANTONIO CARDIM DE ALMEIDA (coord.), *Revisão Judicial das Decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)*. Belo Horizonte: Fórum / SBDP, 2010.

em editais de licitação não publicados³. ANDRÉ ROSILHO e LARISSA SANTIAGO GEBRIM demonstram empiricamente como as decisões do TCU sobre a validade do regime licitatório próprio da Petrobrás decorre antes de predileções jurídicas que de hermenêutica jurídica, dada a preferência do Tribunal pelo regime da Lei 8.666/93 a despeito de o STF sucessivamente ter afirmado a constitucionalidade de a Petrobras dispor de regras específicas para contratar⁴.

O que todos esses trabalhos têm em comum além de pontuarem distorções no controle da Administração Pública? São todos decorrentes de pesquisas empíricas e imparciais, sendo grande parte deles provenientes da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP⁵. Muito ao contrário do que os críticos alegam, o PL da Segurança Jurídica não é manobra arquitetada para limitar o alcance do controle. Não é correta a avaliação de que, em suas entrelinhas, o PL esconde um projeto de enfraquecimento das instituições controladoras.

³ “O autor reconhece os esforços do TCU de garantir a legalidade, a legitimidade e a economicidade da ação administrativa. Em muitos casos, compartilha ainda do seu entendimento substancial, acreditando que as opções do TCU são superiores às da Administração Pública, no sentido de mais convenientes para a realização do interesse público. De todo modo, entende também que não cabe nem a ele, nem ao TCU tomar estas decisões ou interferir nas opções da Administração ainda antes de que elas sejam publicadas. Ainda que esta solução interventiva possa às vezes se revelar substancialmente positiva, ela será sempre negativa do ponto de vista institucional”. EDUARDO JORDÃO, *A Intervenção do TCU sobre Editais de Licitação Não Publicados – controlador ou administrador?* in *Revista Brasileira de Direito Público*, vol. 47. Belo Horizonte: Fórum, out./dez. 2014, p. 230.

⁴ Cf. ANDRÉ ROSILHO e LARISSA SANTIAGO GERBIM. *Política de Contratações Públicas da Petrobras: o que pensam o STF e o TCU?* in *Revista de Direito Público da Economia*, vol. 50. Belo Horizonte: Fórum, abr./jun. 2015. Segundo os autores: “[a]lém disso, afirmou o Ministro que, independentemente da aplicação da Lei nº 8.666/93 à Petrobras e do que afirma a Constituição no §1º do seu art. 173, aplicam-se à companhia os princípios da administração pública (art. 37, caput, da Constituição). À luz do exposto, indaga-se: estaria implícita, no dever de observar os tais princípios da administração pública (dentre eles o da economicidade e do julgamento objetivo), a obrigação de a Petrobras divulgar a estimativa de custos, com a composição de custos unitários, independentemente do conteúdo do seu procedimento licitatório simplificado? A nosso ver, o raciocínio desenvolvido pelo Ministro está equivocado. Afinal, do princípio da economicidade e do julgamento objetivo não decorre o dever de divulgar estimativa de custos, com a composição de custos unitários. É altamente questionável que se possa extrair algum tipo de solução normativa precisa e delimitada a partir de princípios vagos e abstratos”. *Idem*, p. 71. Vale ressaltar que os autores também reconhecem ser o STF uma fonte de insegurança jurídica, pois, à época dos estudos, ainda não tinha adotado uma decisão definitiva em Plenário com força de *leading case*. *Idem*.

⁵ Fundada em 1993, a SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO – SBDP se dedica à inovação no Direito Público. A instituição sem fins lucrativos tem como principais valores a liberdade intelectual, plena dedicação de seus membros, não improvisação e aprofundamento. Em todas as iniciativas que desenvolvemos, almejamos sofisticação, comprometimento e qualidade para contribuir ao aprimoramento da gestão pública e de seu Direito. A SBDP é Presidida pelo PROFESSOR CARLOS ARI SUNDFELD e Vice-Presidida pelos PROFESSORES FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO e JACINTHO ARRUDA CÂMARA. Suas grandes frentes de atuação concentram-se na *Escola de Formação Pública – EFp* (cf. nota 6), no *Curso de Direito Público*, cuja edição de 2018 é dedicada aos experimentos jurídicos na gestão pública, e a *pesquisas*. A contribuição da SBDP para a construção do Direito Público brasileiro é incalculável: pesquisas de ponta para refletir os caminhos do desenvolvimento brasileiro, formação de profissionais de excepcional qualificação que hoje ocupam os mais prestigiosos cargos e ocupações jurídicas, formação de professores que são lideranças em pesquisa e docência nas principais Universidades brasileiras, elaboração de projetos de lei fundamentais ao aperfeiçoamento institucional e às garantias fundamentais são apenas pontuais exemplos. Cf. <http://www.sbdp.org.br/>, acesso em 17 de abril de 2018. Do entrosamento entre a SBDP e dos professores e pesquisadores da FGV Direito SP nasceu o GRUPO PÚBLICO, centro de estudo, pesquisa e debates sobre os mais relevantes temas de direito público. Cf. <http://direitosp.fgv.br/grupos/grupo-publico>, acesso em 17 de abril de 2018.

Ele resulta de anos de pesquisas empíricas desenvolvidas por alunos independentes e autônomos, provenientes das mais variadas instituições de ensino superior em São Paulo, no programa da Escola de Formação Pública (EFp)⁶. Também decorre de pesquisas empíricas desenvolvidas na própria SBDP e na FGV Direito SP, parte delas financiadas com recursos públicos após se sagrarem vencedoras de disputadíssimos processos de seleção promovidos pelo Governo Federal. Mais recentemente, desenvolveu-se na Faculdade de Direito da USP o Grupo de Pesquisas de Controle da Administração Pública (GPCAP)⁷, com pesquisa empírica publicamente debatida sobre o controle das Agências Reguladoras pelo TCU. Isso fora toda a produção técnica Brasil afora⁸ e os diversos debates acadêmicos sobre o tema.

⁶ Criada em 1998, a ESCOLA DE FORMAÇÃO PÚBLICA – EFP tem a proposta de formar lideranças no Direito Público brasileiro, ou seja, pessoas com alta capacidade analítica de informações e cenários complexos para, criticamente, ajudar na construção de medidas de aprimoramento do Direito Público, qualquer que seja a posição em que o aluno posteriormente ocupar. Durante o período de um ano, os alunos se dedicam integralmente ao estudo e à pesquisa, devendo elaborar uma monografia de iniciação científica nesse período sobre jurisdição constitucional. Essa produção, orientada e aprovada em banca, é de altíssima relevância. Muitos desses trabalhos ensejaram reflexões que, dentre outros *inputs*, levaram ao desenho do PL da Segurança Jurídica. Parte desses trabalhos podem ser consultados na obra *Jurisdição Constitucional no Brasil* (ADRIANA VOJVODIC, HENRIQUE MOTTA PINTO, PAULA GORZONI e RODRIGO PAGANI DE SOUZA, coord., São Paulo: Malheiros / SBDP, 2012). A EFP já conta com 426 ex-alunos que, hoje, ocupam relevantes postos públicos, privados e de docência.

⁷ Criado em 2013 pelo PROFESSOR FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, o GRUPO DE PESQUISA DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – GPCAP congrega alunos de graduação, mestrado e doutorado da Faculdade de Direito da USP para estudar temas de controle da Administração Pública. Sua principal finalidade é compreender o cenário concreto do controle para, a partir de estudos qualificados, propor reflexões e caminhos para aprimoramento da gestão pública e da mecânica de controle. Em 2016, o GPCAP criou o projeto *Observatório do Controle da Administração Pública*, com pesquisas em curso sobre o controle das Agências Reguladoras pelo Tribunal de Contas da União. Muitos dos resultados da pesquisa, já debatidos em espaços acadêmicos, seminários e congressos, ensejaram reflexões sobre o PL da Segurança Jurídica.

⁸ Na literatura acadêmica, a pauta do controle nessa perspectiva aplicada e crítica foi recentemente enriquecida com a publicação de trabalhos fundamentais que ajudam significativamente na compreensão do PL da Segurança Jurídica. A obra coletiva *Contratações Públicas e seu Controle* congrega artigos sobre os atuais desafios ao controle, e do controle, para um sistema de contratações públicas eficiente, garantista e moderno. É nesta obra que se encontra a proposta inicial do PL da Segurança Jurídica. Cf. CARLOS ARI SUNDFELD (org.). *Contratações Públicas e seu Controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. Na obra *Controle da Administração Pública*, ODETE MEDAUAR apresenta atualizada sistematização do controle e de suas instituições, traçando importantes pressupostos à linha de pesquisa. Cf. ODETE MEDAUAR, *Controle da Administração Pública*, 3ª ed. São Paulo: RT, 2014. Na obra *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias* há textos que versam especificamente o PL da Segurança Jurídica e reúne pesquisas discentes de grande valia para compreender o funcionamento real do controle da Administração Pública no Brasil. Cf. FERNANDO LEAL e JOSÉ VICENTE SANTOS DE MENDONÇA (org.), *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2016. Na obra coletiva *Controle da Administração Pública*, os mais relevantes artigos finais de disciplina homônima oferecida pelos PROFESSORES MARCOS AUGUSTO PEREZ e RODRIGO PAGANI DE SOUZA se juntam a artigos autorais de professores para traçar um interessante panorama sobre os grandes temas em debate sobre o controle da Administração Pública. Cf. MARCOS AUGUSTO PEREZ e RODRIGO PAGANI DE SOUZA (coord.). *Controle da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. Dentre os livros recentemente publicados relevantes à agenda do controle, cf. EDUARDO JORDÃO, *Controle Judicial de uma Administração Complexa*. São Paulo: Malheiros, 2016; AMAURI FERES SAAD, *Do Controle da Administração Pública*. São Paulo: Iasp, 2016; SÉRGIO GUERRA, *Discricionariedade, Regulação e Reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas regulatórias*, 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017; e CARLOS ARI SUNDFELD e ANDRÉ ROSILHO (org.), *Direito da Regulação e Políticas Públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014.

Há, portanto, uma linha de pesquisa sedimentada de *análise crítica do controle da Administração Pública*. Analisando o panorama da produção discente nessa temática mais recente, os três grandes impasses que o PL da Segurança Jurídica visa a endereçar são empiricamente constatados:

1. *Principiologia na estrutura do controle*: as pesquisas apontam que, não raro, controladores reputam a decisão administrativa válida ou inválida com base em princípios ou conceitos jurídicos indeterminados⁹. Trata-se de um modo decisório potencializado pela larga presença de princípios nos textos legais, bastando mencionar o exemplo da Lei de Improbidade Administrativa, cujo art. 11 tipifica os atos de improbidade que atentam contra os “princípios da Administração Pública”.
2. *A motivação tende a não considerar as consequências concretas da decisão controladora*: no geral, os controladores adotam uma visão deliberativa limitada ao caso concreto – a *casuística* –, que não considera os impactos da decisão específica, ou do conjunto decisório, sobre a gestão pública em termos de custos, tempo, legitimidade, eficácia da política pública e isonomia perante os demais cidadãos¹⁰. Nessa linha, o sistema de controle é insensível aos obstáculos e às reais dificuldades do gestor.
3. *As decisões administrativas são meramente provisionais*: na medida em que atos, contratos, processos administrativos e grandes decisões de políticas públicas sujeitam-se a amplíssimo controle – sem claras balizas sobre o cabimento e a intensidade do controle –, as decisões administrativas assemelham-se a uma “primeira tentativa”, cuja deliberação final depende do aval do controlador¹¹.

⁹ Cf. ANDRÉ JANJÁCOMO ROSILHO, *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. Tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da USP em 2016; AMANDA SALIS GUAZELLI, *A Busca da Justiça Distributiva no Judiciário por meio das Relações Contratuais: uma análise a partir dos planos de saúde*. Dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da USP em 2013; GUILHERME JARDIM JURKSAITIS, *Contratação Direta. Análise crítica do sistema e o caso dos serviços advocatícios*. Dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da USP, 2013; YASSER REIS GABRIEL, *Procedimentos Jurídicos para Estruturação de Concessão de Infraestrutura e o Desenvolvimento Brasileiro*. Dissertação de mestrado defendida na FGV Direito SP em 2016; BRUNO ARAÚJO RAMALHO, *O Dever de “Motivação Administrativa” no Contexto das Escolhas Regulatórias: uma análise da jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU)* in Fernando Leal e José Vicente Santos de Mendonça, *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2016.

¹⁰ Cf. CAROLINA MARTINS MARINHO, *Justiciabilidade dos Direitos Sociais: análise de julgados do direito à educação sob o enfoque da capacidade institucional*. Dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da USP, 2009; LUIZA ANDRADE CORRÊA, *A Judicialização da Política Pública de Educação Infantil no Tribunal de Justiça de São Paulo*. Dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da USP em 2014; NATÁLIA PIRES DE VASCONCELOS, *Judiciário e Orçamento Público. Considerações sobre o impacto orçamentário de decisões judiciais*. Dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da USP em 2014; ANDRÉ DE CASTRO OLIVEIRA PEREIRA BRAGA, *Normas Abertas e Regras no Licenciamento Ambiental*. Dissertação de mestrado defendida na FGV Direito SP em 2010; RODRIGO LUÍS KANAYAMA, *Direito, Política e Consenso: a escolha eficiente de políticas públicas*. Tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da UFPR em 2012.

¹¹ Cf. GABRIEL LINO DE PAULA PIRES, *Ministério Público e Controle da Administração Pública: enfoque sobre a atuação extrajudicial do Parquet*. Dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da USP em 2014; Mariana Sampaio, *O Ministério Público do Estado de São Paulo e o seu Plano Geral de Atuação*. Dissertação de mestrado defendida na EAESP-SP em 2017.

Parte importante da academia jurídica brasileira, portanto, é movida pelo desejo último de *compreender o real funcionamento do controle da Administração Pública*. Estamos interessados em estudar as mais variadas manifestações jurídicas pelo concreto: queremos saber, por exemplo, como as instituições jurídicas exercem as suas competências, como as leis controladoras são criadas ou como ferramentas jurídicas podem favorecer um controle mais eficiente. Isso porque acreditamos que pesquisas acadêmicas possam transformar o modo como compreendemos e trabalhamos o Direito. A tarefa é mapear os reais problemas e endereçar soluções jurídicas com base empírica – e não com base em impressões pessoais, pré-conceitos, estereótipos ou a apreciação subjetiva de autoridades.

De um modo geral, o acadêmico é um questionador. Duvidamos do certo e construímos *perguntas de pesquisa*. A *hipótese* (resposta provisória e intuitiva à pergunta) é, então, testada. Na prática, analisamos decisões controladoras, processos administrativos e judiciais, dinâmicas de organização institucional, atos decisórios, enfim, fontes jurídicas primárias (e não doutrinárias) para verificar se a hipótese se confirma. Apenas a partir desse ponto fazemos generalizações, na medida do que permitir a nossa amostra de pesquisa, e derivamos soluções jurídicas a partir dos nossos achados de pesquisa. Essas soluções podem ter o mais variado formato no Direito – vai daí a criatividade do pesquisador. Podemos, por exemplo, propor um novo desenho de cláusula contratual, indicar mais elementos para serem considerados na interpretação jurídica, que passa a ser mais sofisticada, sugerir novos procedimentos ou mesmo desenhar projetos de lei, como é o caso do PL da Segurança Jurídica aqui debatido.

Em 2013 foi publicada a obra coletiva *Contratações Públicas e seu Controle*, contendo diversas contribuições sobre temas desafiadores no campo das licitações e dos contratos administrativos. Seu derradeiro capítulo, de autoria de CARLOS ARI SUNDFELD e FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, contém uma proposta de solução legislativa para minimizar o panorama de insegurança e aprimorar a qualidade jurídica das decisões administrativas e de seus controladores. Cinco grandes diretrizes estruturam a proposta: (1) impedir que consequências concretas sejam extraídas a partir de normas de alta indeterminação jurídica, de modo superficial e sem mensurar os efeitos decorrentes; (2) tutelar os atos jurídicos perfeitos, evitando que novas interpretações em momento futuro leve à revisão de decisões públicas ou responsabilize os gestores que a tomaram; (3) soluções negociadas podem ser mais efetivas em uma plêiade de casos concretos; (4) aquele que sofrer os efeitos negativos gerados pela existência, demora ou custos de processos deve ser compensado; e (5) os regulamentos, principal fonte de direitos e obrigações, precisam ser editados mediante prévia consulta pública¹². Essa é a gênese

¹² “[A]ssistimos a um processo contraditório: quanto mais se avança na produção de normas disciplinadoras da ação da Administração, mais se aprofunda a precarização da segurança jurídica. Quanto mais crescem processos e controles, maiores a imprevisibilidade e a incerteza. Isso tudo pode pôr em risco os ganhos da estabilidade econômica, política e institucional construída nos últimos anos. A incerteza jurídica é a porta de entrada das violações aos direitos. Necessário, pois, melhorar o ferramental que permita assegurar segurança e previsibilidade, tanto na ação do Poder Público quanto na sua relação com os indivíduos. Diante desse diagnóstico, este texto propõe medidas para neutralizar, de algum modo, importantes fatores de distorção da atividade jurídico-decisória pública, afetando sua eficiência e segurança jurídica”. CARLOS ARI SUNDFELD e FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, *Uma Nova Lei para Aumentar a Qualidade Jurídica das Decisões Públicas e de seu Controle* in CARLOS ARI SUNDFELD (coord.), *Contratações Públicas e seu Controle*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 278.

do *PL da Segurança Jurídica*, hoje aguardando sanção presidencial sob o número PL 7.448/2017.

A ideia recebeu o importante apoio do Senador ANTONIO ANASTASIA, também este Professor Doutor de Direito Administrativo, e de seu assessor, o Professor Doutor FLÁVIO UNES. O processo legislativo teve início em 9 de junho de 2015, com a apresentação da integralidade da proposta acadêmica dos PROFESSORES CARLOS ARI SUNDFELD e de FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO no Senado Federal.

Em razão disso, os professores Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto elaboraram projeto de lei, que ora é acolhido, fruto de projetos de pesquisa mais amplos desenvolvidos por pesquisadores da Sociedade Brasileira de Direito Público em parceria com a Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. O resultado desse trabalho foi publicado na obra “Contratações Públicas e Seu Controle”, pela Editora Malheiros, ano 2013. O que inspira a proposta é justamente a percepção de que os desafios da ação do Poder Público demandam que a atividade de regulamentação e aplicação das leis seja submetida a novas balizas interpretativas, processuais e de controle, a serem seguidas pela administração pública federal, estadual e municipal¹³.

Seu processo legislativo percorreu os trâmites regulares das casas congressuais de modo republicano e transparente. No dia 19 de novembro de 2015 foi realizada audiência pública na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania no Senado (CCJ) e no dia 9 de março de 2016 a SENADORA SIMONE TEBET apresentou relatório com voto favorável à aprovação do PLS 349/2015 e de emenda que trazia pontuais alterações de aprimoramento do texto. No dia 29 de março de 2017, por unanimidade, o PLS é provado pela CCJ-SF, sem recebimento de qualquer recurso. Aprovado pelo Plenário do Senado Federal no dia 19 de abril de 2017, PLS 349/2015 foi remetido à Câmara dos Deputados, então PL 7.448/2017. Na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara (CCJC), não foram apresentadas emendas ao projeto e no dia 15 de setembro de 2017, o Relator DEPUTADO PAULO ABI-ACKEL apresentou parecer pela constitucionalidade da matéria. A DEPUTADA ERIKA KOKAY interpôs recurso que, por sua vez, foi objeto de requerimento de retirada de proposição de iniciativa coletiva (8279/2018) deferido no dia 21 de março de 2018. No dia 5 de abril, pela Mensagem 10/2018, o Presidente da Câmara dos Deputados, DEPUTADO RODRIGO MAIA, encaminhou o PL 7.448/2017 à sanção presidencial.

Todas essas informações sobre o longo processo legislativo do PL de Segurança Jurídica estão disponíveis para qualquer cidadão nos *sites* institucionais para acompanhamento imediato. É falsa a alegação de que não houve suficiente oportunidade de discussão da matéria nas Casas Congressuais. No campo acadêmico, o PL da Segurança Jurídica teve amplíssimo debate público. Foi realizada mesa redonda no próprio Senado Federal, artigos acadêmicos e eventos se sucederam, programas de disciplina nos programas de graduação e pós-graduação reservaram aulas para debater o tema e diversas foram as manifestações em artigos eletrônicos de amplo acesso à comunidade jurídica.

¹³ Cf. Justificativa da apresentação do PLS 3489/2015 no Senado Federal.

Assim, dois mitos em torno do PL da Segurança Jurídica estão desconstruídos: não se está diante de uma manobra de enfraquecimento do controle articulada por advogados, tampouco o seu correspondente processo legislativo foi pouco permeável ao debate público.

2. Os pressupostos do PL da Segurança Jurídica

Muito já se debateu, e com grande qualidade, sobre o conteúdo dos artigos do PL da Segurança Jurídica¹⁴. Pretendo nesse espaço apresentar os *pressupostos do PL da Segurança Jurídica*, ou seja, o conjunto de ideias que conferem identidade à proposta a partir da minha leitura dos preceitos.

2.1. A Administração Pública interpreta – e sua interpretação tem peso

¹⁴ Cf. MARCOS AUGUSTO PEREZ, *Cenário é Desolador, mas Houve uma Boa Notícia para o Direito Administrativo* (<https://www.conjur.com.br/2018-jan-04/cenario-desolador-houve-boa-noticia-direito-administrativo>); MARCO ANTÔNIO MORAES ALBERTO e CONRADO HÜBNER MENDES, *Por que uma Lei contra o Arbítrio Estatal?* (<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/por-que-uma-lei-contr-o-arbitrio-estatal-12042018>); EGON BOCKMANN MOREIRA, *A Nova Lei de Introdução e o Prestígio ao Controle Externo Eficiente* (<http://www.gazetadopovo.com.br/justica/colunistas/egon-bockmann-moreira/a-nova-lei-de-introducao-e-o-prestigio-ao-controle-externo-eficiente-6133bodkb8lvvkj4hc1knle4o>); SÉRGIO FERRAZ e AMAURI FERES SAAD, *Controle Externo Não Está Ameaçado Pelo PL 7.448/2017* (<https://www.conjur.com.br/2018-abr-13/opiniao-controle-externo-nao-ameacado-pl-74482017>); PAULO MODESTO, *Fake News Institucional: a crítica vazia ao projeto de lei 7.448/2017* (<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/paulo-modesto/fake-news-institucional-a-critica-vazia-ao-projeto-de-lei-7488-2017>); SAMUEL PESSÔA, *Nova Lei de Introdução às Normas do Direito* (<https://www1.folha.uol.com.br/colunas/samuelpessoa/2018/04/nova-lei-de-introducao-as-normas-do-direito.shtml>); FAUSTO MACEDO, *Novo Salvacionismo* (<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/novo-salvacionismo/>); RICARDO A. KANAYAMA, *Por Que o PL 7.448/2017 Vai Trazer Segurança Jurídica na Aplicação da Lei de Improbidade Administrativa?* (<https://www.conjur.com.br/2018-abr-13/sejam-bem-vindas-mudancas-lindb-sociedade-brasileira-agradece>); ALEXANDRE SANTOS ARAGÃO, *Alterações na LINDB Modernizam Relações dos Cidadãos com Estado* (<https://www.conjur.com.br/2018-abr-13/alexandre-aragao-alteracoes-lindb-modernizam-relacoes-estado>); RAFAEL VÉRAS DE FREITAS, *O Artigo 28 do PL 7.448/2017 e a Responsabilidade Administrativa* (<https://www.conjur.com.br/2018-abr-18/rafael-freitas-pl-74482017-responsabilidade-administrativa>); RAFAEL HAMZE ISSA, *Aprovação do PL 7.448/2017 Representará uma Importante Melhora Institucional* (<https://www.conjur.com.br/2018-abr-16/rafael-issa-pl-744817-representa-melhora-institucional>); MARÇAL JUSTEN FILHO, *PL 7.448/2017 e sua Importância para o Direito Brasileiro* (<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-do-justen/pl-7448-2017-e-sua-importancia-para-o-direito-brasileiro-18042018>); FERNANDO FACURY SCAFF, *Quem Controla o Controlador? Considerações sobre as Alterações da LINDB* (<https://www.conjur.com.br/2018-abr-17/quem-controla-controlador-notas-alteracoes-lindb>); BERNARD APPY e FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, *Segurança Jurídica* (<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,seguranca-juridica,70002271134>). Importante documento que explica o PL da Segurança Jurídica com argumentos técnicos é o parecer *Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria do TCU ao PL n.º 7.448/2017*, com os seguintes signatários: FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, CARLOS ARI SUNDFELD, ADILSON ABREU DALLARI, IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, ODETE MEDAUAR, PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, MARÇAL JUSTEN FILHO, ROQUE CARRAZZA, GUSTAVO BINENBOJM, FERNANDO DIAS MENEZES DE ALMEIDA, ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, FERNANDO FACURY SCAFF, JACINTHO ARRUDA CÂMARA, VERA CRISTINA CASPARI MONTEIRO, EGON BOCKMANN MOREIRA, JOSÉ VICENTE SANTOS DE MENDONÇA, MARCOS AUGUSTO PEREZ, FLAVIA PIOVESA, PAULO MODESTO, ANDRÉ JANJÁCOMO ROSILHO, EDUARDO FERREIRA JORDÃO, VITOR RHEIN SCHIRATO e CARLOS EDUARDO BERGAMINI CUNHA. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/Parecer-apoio-ao-PL-7.448-17.pdf>. Acesso em 19 de abril de 2018.

É a Administração Pública a maior intérprete do Direito. A afirmação é verdadeira não no sentido de *ultima ratio* interpretativa, mas considerando a extensão da máquina pública e suas múltiplas atribuições. É inigualável o tamanho da burocracia e a quantidade de funções públicas que o legislador a impõe, tanto que a função administrativa apenas é definível residualmente. 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. Ocorre que a competência primária de implementação da lei é da Administração, tendo esta a preferência da interpretação. Em um Estado Democrático de Direito, presume-se que a Administração Pública esteja em melhor posição técnica e de rotina para interpretar normas públicas. Esta é a base das teorias da deferência, ou seja, das ideias de que o controlador deve respeitar a decisão pública¹⁵. No Brasil, a

¹⁵ *Testes de deferência* são comuns nos sistemas de direito administrativo. No caso dos Estados Unidos, por exemplo, o teste básico de deferência foi firmado em *Skidmore v. Swift* (323 U.S. 134 1944), em que a medida da deferência judicial às decisões administrativas corresponde ao “peso” que elas apresentam em função da qualidade da justificativa apresentada. Mais famoso é o teste de deferência firmado em *Chevron (Chevron U.S.A., Inc. v Natural Resources Defense Council, 467 U.S. 837 1984)*. O precedente visa a conferir balizas ao controle judicial de decisões administrativas ao avaliar se a interpretação da lei pela Administração Pública merece deferência. A decisão deferência de *Chevron* é obtida após a interpretação dada pela Agência passar pelo crivo judicial em duas fases: (i) o texto da lei é claro e não ambíguo? (*Chevron step-1*) e (ii) a Administração construiu uma interpretação inteligível da lei? (*Chevron step-2*). Em 2001, a Suprema Corte estabeleceu em *Mead* que a deferência de *Chevron* se aplicaria apenas às decisões administrativas “com força de lei” (*Chevron step-0*), o que basicamente corresponde a normas que resultem do processo normativo. Nessa linha, a deferência de *Chevron* não caberia nos casos em que a Administração interpretasse “grandes leis”, ou seja, leis de aplicação geral em toda burocracia. Tampouco estariam abrangidas as interpretações de preceitos que não correspondam ao “escopo de jurisdição administrativa” (*City of Arlington v. FCC, 569 U.S. 11-1545 2013*). Para todos os casos em que não se aplicar o teste de deferência de *Chevron*, caberá o teste de deferência de *Skidmore*. Há vastíssima literatura sobre a deferência à interpretação dada pela Administração Pública às leis. Cf. EDUARDO JORDÃO, *Entre o prêt-à-porter e a alta costura: procedimentos de determinação da intensidade do controle judicial no direito comparado* in *Revista Brasileira de Direito Público*, vol. 52. Belo Horizonte: Fórum, jan./mar. 2016.

teoria mais difundida é a da insindicabilidade do mérito administrativo, segundo a qual o conteúdo da decisão administrativa não pode ser revisto pelo controlador¹⁶.

Não por outra razão o art. 22, *caput*, do PL determina que na interpretação de normas sobre gestão pública devem ser considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências de políticas públicas a seu cargo. Esse é o modo de interpretação, próprio da esfera administrativa. A competência administrativa pode se deslocar para a esfera controladora quando o revisor se colocar na posição do gestor. Neste caso, decidindo decidir no lugar do gestor, ele *deve assumir a competência por inteiro*, e não pela metade da parte que mais lhe favorece (prerrogativas e formação do conteúdo decisório). Isso porque a tomada de decisão é marcadamente afetada por uma série de variáveis que caracterizam o funcionamento institucional em que se aloca a autoridade competente. Assim, as circunstâncias fáticas da gestão pública que afetam a interpretação administrativa devem também ser consideradas pelo controlador.

Na prática, dever de considerar os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências de políticas públicas é um *comando de sensibilização do controlador* à realidade da burocracia pública brasileira: esses elementos de fato não devem ser ignorados, mas contemplados na hermenêutica jurídica, que não é pura. O ponto é particularmente relevante quando consideramos que a Administração Pública é a principal instituição de Estado responsável por garantir direitos fundamentais. Mais do que qualquer outra instituição de Estado, é a Administração que interage diretamente com os cidadãos e, por meio da prestação de serviços públicos, implementa as políticas públicas a seu cargo. Não são raros os casos de *decisões trágicas*, em que o gestor precisa fazer escolhas difíceis diante de um quadro estrutural dramático, como falta de pessoal ou de recursos públicos.

O PL da Segurança Jurídica reconhece que a Administração Pública interpreta e confere “peso” a essa interpretação. Argumentos “superficiais e leves” – fundamentados em valores jurídicos abstratos ou com motivação insuficiente – não podem, desse modo, afastar a interpretação administrativa. Na medida em que apenas uma decisão controladora “pesada” pode afastar a interpretação administrativa, o PL prevê *ônus argumentativos* ao controlador.

Ônus argumentativos não se confundem com vedações ou proibições. O controlador pode tomar a decisão que julgar ser a mais acertada, mas, para fazê-la validamente, terá que demonstrar os elementos do raciocínio empregado que o PL especifica. Os ônus argumentativos que o PL da Segurança Jurídica apresenta se encaixam em dois blocos de cenários argumentativos:

- (i) *Decisão com base em valores jurídicos abstratos*

¹⁶ Recentemente o STF decidiu no RE 632.853 que o mérito de decisões administrativas não pode ser revisto salvo se absolutamente contrário à lei ou ao correspondente processo administrativo. Essa construção, assim como as experiências internacionais, reconhece que a Administração Pública interpreta os textos normativos e o faz com preferência, pois: (i) a lei expressamente confere competências decisórias à autoridade administrativa, e não à autoridade pública e (ii) a autoridade administrativa está em melhor posição interpretativa, dada a sua especialização temática – por formação temática ou pela rotina de trabalho em massa com o assunto. A interpretação administrativa não deve ser ignorada, mas, antes, compreendida e ser merecedora de *diálogo institucional*.

- a. *Ônus de argumentar pela consequência prática.* Trata-se dos casos em que o controlador não se apoia em regras, mas em princípios ou conceitos jurídicos indeterminados para extrair comandos concretos sem previsão normativa explícita. Insere-se aqui também a teoria dos poderes implícitos. Os controladores poderão continuar a decidir com base nos princípios da Administração Pública, mas terão que considerar as consequências práticas de sua decisão.
 - b. *Ônus de motivar qualificadamente,* também no caso em que se decidir com base em valores jurídicos abstratos, inclusive a invalidação. Uma motivação qualificada apresenta, de acordo com o PL, os seguintes elementos: (1) adequação da medida controladora – *ela cabe no caso concreto?*; (2) identificação das alternativas – *quais são as possibilidades de resolução do caso concreto?*; e (3) necessidade da medida – na comparação, *ela é a menos onerosa?* Trata-se da explicitação do teste da proporcionalidade com a adaptação de suas fases ao contexto do controle da ação administrativa.
- (ii) *Decisão de invalidação da ação administrativa*
- a. *Ônus de argumentar pelas consequências jurídicas e administrativas,* no caso de invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa. Por se tratar da desconstituição de ação administrativa, o PL traz uma sujeição de maior envergadura ao controlador, devendo expor tanto os efeitos jurídicos de sua decisão quanto o impacto sobre a gestão pública.
 - b. *Ônus de construir método de superação das irregularidades* que seja proporcional, equânime e sem prejuízo aos interesses gerais. Segundo o PL, a simples declaração de invalidez torna a decisão controladora inválida quando a situação concreta permitir que o controlador aponte como o vício de validade apontado pode ser superado, ou seja, quais são as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional, equânime e sem prejuízo aos interesses gerais.
 - c. *Ônus de motivar a vedação à desproporcionalidade* nos termos do parágrafo único do art. 21: impedimento à imposição de ônus ou perdas anormais ou excessivas, considerando as especificidades do caso concreto. Na medida em que o dever de proporcionalidade decorre de vários textos legais e da própria Constituição, reafirmamos que o PL da Segurança Jurídica não limita a atividade de controle, mas cria o ônus de considerar o dever de proporcionalidade nos parâmetros nele definidos.
- (iii) *Decisão sobre a regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa*
- a. *Ônus de considerar as circunstâncias práticas* que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente, nos termos do art. 22, *caput*, do PL, de modo que todas as dificuldades enfrentadas na gestão pública devem ser sopesadas pelo controlador.

Sobre os ônus presentes no PL da Segurança Jurídica, algumas considerações merecem reflexão. Primeiramente, também os ônus se apoiam em conceitos jurídicos indeterminados, o que foi lido pelos críticos como uma contradição: como constranger fundamentações principistas e fluídas com base em diretrizes igualmente vagas e superficiais? O PL não é contrário a princípios ou a conceitos jurídicos indeterminados, mas coloca em perspectiva *o modo como são empregados*. Considerando a complexidade da gestão pública e a natural impossibilidade de previsão de todas as circunstâncias concretas, o recurso à indeterminação mostra-se fundamental¹⁷. Ademais, esses preceitos serão acolhidos na LINDB, que tem uma técnica de redação imprecisa por se tratar de uma “super-lei” que terá amplíssima aplicação. Veja, por exemplo, o art. 5º da LINDB: “[n]a aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Que diferença de redação legislativa há entre o texto do PL e o art. 5º da LINDB?

Uma segunda reflexão corresponde à lógica dos ônus argumentativos: por que o PL da Segurança Jurídica cria essa ordem de sujeições aos controladores? A preocupação aqui está no fato, constatado empiricamente, que não raro o controlador assume a competência administrativa. O deslocamento da competência da esfera administrativa para a esfera controladora implica não apenas na transferência de poderes decisórios e suas prerrogativas, mas também de todas as sujeições que incidem sobre o gestor público. Todos os ônus acima relacionados são operacionalizados na gestão pública. Quando o controlador se coloca na posição de gestor para revisar o conteúdo de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, é oportuno que esteja na exata posição em que se encontra o gestor público. Do contrário, perde a sociedade: a ação administrativa pode ser desconstituída sem o mesmo peso de sua construção ou a interpretação qualificada do gestor é substituída pela controladora sem as mesmas características de tecnicidade e aplicação que fez com que o Legislador originalmente conferisse a competência e a preferência interpretativa à Administração. Em síntese, o Brasil precisa de decisões de peso.

O art. 20 e o art. 21 do PL da Segurança Jurídica devem ser lidos como *testes de deferência*. Se diante de uma concessão de serviço público o controlador não conseguir indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas ou não puder indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional, equânime e sem prejuízo de interesses gerais, então ele não deverá invalidar, pedir a sua invalidação ou celebrar ajuste de conduta. Não podendo o controlador cumprir com os ônus argumentativos, a interpretação administrativa merece deferência e a ação administrativa deve ser preservada.

2.2. Confiança no gestor público honesto para inovar na gestão pública

¹⁷ Tome-se o exemplo do art. 22, segundo o qual as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente devem ser considerados na análise da regularidade de comportamento ou de validade de ação administrativa. Dentre as circunstâncias práticas, pode-se considerar a escassez de recursos, a ausência de orientação interpretativa ou a divergência jurisprudencial sobre o assunto em questão, o excesso de demanda e a inviabilidade de atendimento geral, a ausência de autorização necessária de outra repartição pública, o desfalque de servidores públicos por adesão a plano de demissão voluntária etc. Como próprio da complexidade da gestão pública, os exemplos são tão diversos e peculiares que é inviável definir de antemão todas as circunstâncias práticas.

Eis um pressuposto central no PL da Segurança Jurídica: *o gestor precisa de maior segurança para decidir.*

Não é de hoje que estudiosos da burocracia e de direito administrativo apontam para um quadro de *paralisia decisória* na esfera pública. Gestores públicos devem decidir, mas não querem assinar atos e contratos. Temem serem pessoalmente responsabilizados porque o controlador teve uma interpretação distinta da sua e, assim, reputou a decisão como um *ato ilícito*. Receiam ter de enfrentar inquéritos administrativos, serem questionados, prestarem esclarecimentos, serem constrangidos a assinar termos de ajustamento de gestão ou termos de ajustamento de conduta, figurarem no polo passivo de ações civis públicas de improbidade administrativa, virarem autoridades coatoras, lidarem com processos administrativos disciplinares, não fazerem jus aos benefícios da categoria e serem retaliados entre seus pares.

O risco a que os gestores públicos se sujeitam é alto. Se um ato seu for reputado irregular – por regras ou por princípios –, os controladores podem aplicar uma ou várias das seguintes consequências jurídicas, a depender do caso concreto:

1. Perda de bens ou valores;
2. Ressarcimento integral do dano;
3. Perda de função pública;
4. Suspensão de direitos políticos;
5. Multa;
6. Inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança;
7. Advertência;
8. Suspensão;
9. Demissão;
10. Destituição de cargo em comissão ou de função comissionada.

O rol de sanções não apenas é pesado como é fato que os incentivos legais para que os controladores atentem à dosimetria são baixos. Assim, por exemplo, o TCU pode aplicar a sanção de inabilitação para exercício de cargo em comissão ou função de confiança se a maioria absoluta de seus membros considerarem “grave a infração cometida”¹⁸. A Lei de Improbidade Administrativa, por sua vez, determina como parâmetros decisórios apenas “a extensão do dano” e o “proveito patrimonial obtido pelo agente”¹⁹. A Lei da Ação Civil Pública não traz qualquer critério de dosimetria.

E que gestor público está sujeito a esse leque de sanções que pode ser discricionariamente aplicado pelo controlador? *Qualquer gestor*. Aqui está o erro fundamental da responsabilização dos agentes públicos: agentes honestos e desonestos, agentes que cometeram irregularidades imbuídos de má-fé, agentes que terminaram por cometer uma irregularidade acreditando estar melhor zelando pelo interesse público, enfim, todos estão sob a mesma régua da responsabilização. *A legislação não tutela o gestor público honesto.*

Gestores públicos honestos, que arrisco afirmar serem a maioria na Administração Pública, constrangem-se em tomar decisões inovadoras ou que contrariem orientações controladoras simplesmente porque discordam da interpretação dada pelos

¹⁸ Cf. art. 60 da Lei 8.443/92.

¹⁹ Cf. art. 12, *parágrafo único*, da Lei 8.429/92.

controladores. Pode-se explicar esse comportamento a partir do *efeito dissuasório* gerado pela legislação que não discrimina a intenção na ação administrativa. Constatando casos em que seus pares foram responsabilizados porque o controlador entendeu que sua atividade era irregular, a despeito de se tratar de um *erro honesto*, o gestor de boa-fé muda o seu comportamento como estratégia de sobrevivência no funcionalismo público.

O PL da Segurança Jurídica não está preocupado com o gestor de má-fé. Para este, foi construída toda uma legislação de controle. Está preocupado, isso sim, com o gestor de boa-fé, cujo comportamento honesto não é tutelado pelo Direito e termina por receber o mesmo tratamento jurídico do sujeito de má-fé. Por um lado, há o componente de Justiça ao cidadão honesto que atua no Poder Público e busca exercer as suas competências dentro da legalidade e do modo mais eficiente possível. Porém, os fins da tutela do agente público honesto vão muito além da pessoa do gestor.

O primeiro foco de atenção corresponde ao *bom funcionamento da máquina pública*. As decisões públicas são diretamente impactadas pelo modo como o Direito disciplina a responsabilização dos gestores. Todo o processo decisório torna-se mais burocrático, custoso, demorado e complexo. A autoridade decisória precisa “construir a sua segurança jurídica” e, para tanto, irá movimentar diversos órgãos com pedidos de análises, pareceres e demais documentos, mesmo para decisões mais simples. Os pareceres e as peças técnicas, por sua vez, tendem a se limitar a indicar qual é o comportamento esperado do controlador diante da decisão a ser tomada. *A gestão pública é pautada pelo controlador*, quando, na verdade, deveria se orientar para a construção de soluções mais criativas, céleres e eficientes a partir da literatura e dos documentos que os gestores considerem mais apropriados.

Ainda, sem a tutela dos gestores honestos, a Administração não conseguirá *atrair bons quadros*. Estudos empíricos apontam que cargos de provimento efetivo no baixo e médio escalão burocrático são itinerantes: tão logo seus servidores sejam aprovados em concursos promovidos pelos controladores, desfalca-se o Executivo²⁰. A atração de bons quadros não se dá apenas pelo valor da remuneração, mas também pelo conforto decisório.

Por fim, a tutela do gestor público honesto viabiliza o *experimentalismo na Administração Pública*²¹. Seguro de que não será responsabilizado, salvo por dolo ou erro grosseiro, o gestor público pode *innovar* na gestão pública. O Legislativo confiou à

²⁰ Cf. FERNANDO DE CASTRO FONTAINHA et al., *Processos Seletivos para Contratação de Servidores Públicos: Brasil, o país dos concursos?* Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2014. Cf., particularmente, os casos relativos ao INSS e ao Ministério da Saúde relatados em p. 72 e ss.

²¹ Pela teoria da governança experimentalista (“XG”), que tem CHARLES SABEL como seu maior representante²¹, as decisões públicas são vocacionadas a resolver problemas concretos, mas não há muita clareza e informações para se ter uma compreensão integral dos casos concretos apresentados. Assim, a governança experimentalista propõe um *método de construção da decisão* galgado em três pressupostos: (1) *processo de aprendizagem* – a decisão é construída ao longo de um processo de interação e de troca de informações entre seus destinatários ao longo de sua implementação. É na experiência concreta que as informações vêm à tona e problemas podem ser mais facilmente diagnosticados para serem melhorados; (2) *adaptação decisória* – as decisões devem ser adaptadas conforme as características de seu destinatário; e (3) *melhor posição para decidir* – as instituições podem estar em melhores posições para decidir a depender do contexto no qual se insiram. Cf. CHARLES SABEL e WILLIAM SIMON, *Minimalism and Experimentalism in the Administrative State*, 100 GEO. L. J. (2011).

Administração Pública competências por estar ela na melhor posição para exercê-las do modo mais eficiente possível. Dentro dos parâmetros de legalidade, tem o gestor público plena autonomia para trazerem soluções jurídicas inovadoras, que devem ser devidamente motivadas. Assim, poderá redigir uma nova cláusula contratual, estabelecer métodos inovadores para implementação de políticas públicas²² ou conferir a determinadas entidades atribuições que não lhe eram originárias, mas recentes transformações justificam que estejam nelas alocadas. Na inovação, espera-se o erro, desde que não seja grosseiro, pois é assim que problemas são identificados e endereçados. Incrementalmente, a gestão pública se torna melhor.

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.

A proposta apresentada é de responsabilização pessoal do agente público por suas decisões ou opiniões técnicas apenas no caso de dolo ou erro grosseiro (art. 28). Mas seria o controle conivente com o erro? Gestores desidiosos ou imprudentes seriam beneficiados com o PL da Segurança Jurídica? Não. Em caso de “erro grosseiro” o agente público será pessoalmente responsabilizado. Toda e qualquer irregularidade respaldada (em doutrina e jurisprudência, ainda que minoritárias) não configura erro grosseiro. Toda a decisão ou opinião técnica que reflita orientação geral, reconhecida entre os pares do gestor e sua comunidade técnica, não configura erro grosseiro. Toda decisão fundada em interpretação razoável, mesmo que posteriormente ela não venha a ser aceita na esfera controladora, não configura erro grosseiro.

Tendo de enfrentar o controle, o gestor público honesto não estará desamparado: o PL da Segurança Jurídica garante o direito ao apoio da correspondente entidade (Procuradorias, fundamentalmente), inclusive nas despesas com a defesa. Eis aí mais um incentivo ao comportamento honesto na Administração Pública. A medida visa a corrigir uma distorção histórica de não amparar o agente público em demandas com as instâncias controladoras, deixando-o por sua conta e risco em evidente disparidade de armas.

Cabe à entidade verificar se o ato ou conduta que ensejou o questionamento das instâncias controladoras foi praticado no exercício regular de suas competências e em observância ao interesse geral. Esses requisitos garantem a vinculação entre o apoio da

²² O LABORATÓRIO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DA FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS– LAB FGV, conduzido por alunos de graduação, que tem se dedicado criar alternativas de inovação pública. Cf. <http://labfgv.com.br>. Acesso em 19 de abril de 2018.

entidade e a atividade funcional. Assim, não é a condição de agente público que enseja o direito, mas o fato de o agente estar no cumprimento de suas atribuições perseguindo o interesse geral. É a regularidade da ação administrativa honesta que a lei visa a incentivar. O agente público não será apoiado se a ação questionada ocorrer fora do exercício da competência ou se, ainda que no exercício da competência, verificar-se desvio de finalidade. Confirmado que ato ou conduta ocorreu com má-fé ou se restar caracterizado o erro grosseiro, o agente público tem o dever de ressarcir ao erário as despesas assumidas pela entidade de apoio.

Por fim, o PL da Segurança Jurídica se apoia no critério de dosimetria previsto no art. 128 do Estatuto dos Servidores Públicos²³ (Lei 8.112/90) para estabelecer um *mínimo de dosimetria* na aplicação de sanções. Toda e qualquer decisão de responsabilização deverá necessariamente considerar a natureza e a gravidade da infração, os danos que dela provierem para a Administração, as circunstâncias agravantes ou atenuantes, bem como os antecedentes do agente.

2.3. O funcionamento da Administração Pública pode contar com maior segurança jurídica para gestores, cidadãos e controladores

O PL da Segurança Jurídica previu uma série de mecanismos para promoção da segurança jurídica, buscando garantir previsibilidade, estabilidade e a confiança legítima dos cidadãos na Administração Pública:

- a) *Regime de transição para interpretação ou orientação nova.* A mesma lógica na *vacatio legis*, também presente entre os regulamentos, será aplicada a decisões que estabeleçam novas interpretações ou orientações que afetem direitos ou criem condicionamentos simplesmente porque *têm estrutura normativa*. Na medida em que consequências de responsabilização podem se suceder pela inobservância desses novos entendimentos, o regime de transição mostra-se fundamental para que o destinatário promova o necessário para com eles cumprir. De mais, o instituto tem inspiração na *modulação de efeitos* em ações de inconstitucionalidade conforme previsão expressa na Lei da ADIN²⁴ (Lei 9.868/99) e em farta jurisprudência do STF²⁵.
- b) *Compromisso para ajustamento do regime de transição.* O prazo do regime de transição deve ser estabelecido casuisticamente, conforme as peculiaridades do caso concreto e as limitações legais. O PL assegura o *direito à negociação* àqueles que serão afetados pela nova interpretação ou orientação que crie

²³ É o texto do art. 128 da Lei 8.112/90: “[n]a aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais”.

²⁴ É o texto do art. 27 da Lei 9.868/99: “[a]o declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista **razões de segurança jurídica** ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”. Destacamos.

²⁵ Cf. FLÁVIO BEICKER, *O STF e a Dimensão Temporal de suas Decisões. A modulação de efeitos e a tese da nulidade dos atos normativos inconstitucionais* in ADRIANA VOJVODIC, HENRIQUE MOTTA PINTO, PAULA GORZONI e RODRIGO PAGANI DE SOUZA (org.), *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros / SBDP, 2012.

condicionamentos ou afetem direitos. O mecanismo é o *termo de compromisso* para ajuste consensual do prazo, o que, em hipótese alguma, pode ser imposto unilateralmente ou ser um ajuste “por adesão”, em que o destinatário se limita a assinar o termo com o prazo do regime de transição, pois o PL garante o direito à negociação. Administração Pública e controladores devem ser sensíveis às dificuldades reais dos destinatários para cumprirem com seus novos entendimentos. Para tanto, os destinatários precisam vocalizar essas dificuldades. Experiência análoga a esta já é praticada nos acordos integrativos (fundamentalmente TACs) para viabilizar autorizações e permissões, pactuando-se o cumprimento das metas e obrigações assumidas dentro de um cronograma pactuado.

- c) *Vinculação às orientações gerais da época para revisão de validade*. O art. 24 do PL se baseia em tradicionalíssimo brocardo jurídico de direito intertemporal: *tempus regit actum*. O arcabouço normativo é dinâmico, de contínua construção, e responde a contingências de época. Sobre um mesmo fato pode incidir um conjunto de preceitos e orientações gerais²⁶ em um momento inicial (t0) e outro conjunto marcadamente distinto em momento posterior (t1). É esperado que as normas jurídicas e as orientações mudem no transcurso de tempo, pois isso é um reflexo direto do maior fluxo de informações disponíveis, da experiência acumulada a partir de casos concretos e das características conjunturais da época. O PL versa exatamente sobre um ato perfeito, válido e eficaz praticado no momento inicial (t0). Poderia ele ser controlado em momento posterior (t1) considerando as novas normas e orientações que sobrevieram, produzindo efeitos *ex tunc*? É isso o que está em discussão. O PL apenas explicita o que já é regra no Direito: atos, contratos, ajustes, processos e normas administrativas perfeitos e eficazes são regidos pela lei do seu tempo em qualquer circunstância, seja ela de elaboração, controle ou desconstituição. O tempo para estabelecer o conjunto de normas e orientações é o mesmo para todas as situações futuras e corresponde àquele em que se deu a *perfeição*, ou seja, o momento em que a produção de atos, contratos, ajustes, processos e normas administrativas tiver se completado. Aliás, esse é o mandamento legal do art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição Federal: “*a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*”²⁷. Certamente que a lei está em seu sentido material, como se depreende da leitura da regra da legalidade no art. 5º, inc. II, da Constituição. Isso impede que decisões administrativas consolidadas sejam revistas diante da mudança de composição de um órgão colegiado administrativo, por exemplo²⁸.

²⁶ O PL define orientações gerais como “*as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público*” (art. 24, parágrafo único).

²⁷ A própria Lei da ADIN garante a segurança jurídica com relação à eficácia das medidas cautelares, considerando os efeitos deletérios da imediata aplicação desta decisão pelo Supremo. Assim, a medida cautelar tem efeitos *ex nunc*, salvo de o Tribunal entender que, no caso concreto, deve-se conceder eficácia retroativa (art. 11, §1º, Lei 9.868/99). De qualquer modo, os efeitos *ex tunc* são excepcionais. Ainda, esta é a regra para a declaração de constitucionalidade; estando em questão da declaração de validade, ainda mais certo que os efeitos não sejam retroativos em garantia da segurança jurídica.

²⁸ Não por outra razão as leis de processo administrativo limitarem o direito de revisão de atos ilegais para garantia da segurança jurídica. Na esfera federal, o art. 54 da Lei 9.784/99 prevê a decadência

d) *Ação declaratória de validade*. Decisões públicas podem ter maior ou menor complexidade. É fato que decisões públicas de maior complexidade têm um processo administrativo mais robusto e recebem maior foco de atenção de controladores. No exemplo das concessões de serviços públicos, toma-se considerável tempo no processo interno da licitação até a publicação do edital, onde se verificam diversos pareceres jurídicos e estudos técnicos, audiências públicas, estruturação de complexas diretrizes para projetos básico e executivos, análises de mercado, estudo da viabilidade econômica do empreendimento etc. Posteriormente, o exame dos editais federais de concessão pelo TCU leva considerável margem de tempo: em casos mais simples, de 1 a 2 meses (30%); em casos mais complexos, de 6 meses a 2 anos (28%)²⁹. Não raro, mais precisamente em 12% dos casos, o tempo para manifestação do TCU nas análises de editais de licitação de concessão leva de 2 a 8 anos³⁰. Como se não bastasse o tempo, a decisão final é incerta. No caso das desestatizações envolvendo Agências Reguladoras, 92% dos comandos dirigidos TCU – em sua maioria determinações – diziam respeito à atividade-fim³¹. O TCU dirigiu 148 determinações e 102 recomendações às Agências Reguladoras nos casos de desestatização, nada menos que o dobro percebido nas auditorias (54 determinações e 70 recomendações), que figura no segundo lugar quanto à quantidade de comandos controladores no levantamento realizado³². Tempo e incerteza impactam diretamente na segurança jurídica e podem acarretar externalidades drásticas: aumento do custo dos contratos, perda de atração de investimentos, abertura à corrupção e impactos sociais e econômicos indiretos.

O sistema jurídico brasileiro já permite que a validade de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativas seja declarada pelo Poder Judiciário pelas vias ordinárias. Não há aqui qualquer inovação. É o Judiciário quem tem a última palavra. O PL nada mais faz que estabelecer um *rito adequado* ao que já se pode praticar via pedido de declaração de validade no Judiciário pelo rito da ação ordinária declaratória de existência ou validade de ato jurídico. Assim, o processamento se dará pelo rito da ação civil pública, mais adequado às demandas públicas. Também elucida o efeito *erga omnes*, que naturalmente a

do direito de revisão de atos ilegais no prazo de cinco anos, desde que deles decorram efeitos favoráveis aos correspondentes destinatários e ausente má-fé. Essa é a jurisprudência pacífica no STF (cf. RE 636.553/RS), devendo a Súmula 473/STF ser lida nos termos da orientação do Supremo. A construção da decadência do exercício do direito de revisão de atos ilegais pela Administração teve grande contribuição de ALMIRO DO COUTO E SILVA. Cf., do autor, *O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei 9.784/99)*, de 2004. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/bibliotecavirtual_detail.asp?cod=624. Acesso em 16 de abril de 2018. Sobre a história legislativa, jurisprudencial e doutrinária do prazo decadencial para anulação de atos inválidos pela Administração, cf. HENRIQUE MOTTA PINTO, *Introdução ao Caso Preservação de Ato Administrativo Inválido* in CARLOS ARI SUNDFELD e VERA MONTEIRO, *Introdução ao Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva / SBDP, 2008.

²⁹ Estudo empírico desenvolvido pelo GPCAP em 2016. Disponível com os autores.

³⁰ *Idem*.

³¹ Estudo empírico realizado pelo Observatório do Controle da Administração Pública com 649 acórdãos proferidos pelo TCU no controle das Agências Reguladoras, no período de 2014 a 2017. Disponível com os autores.

³² *Idem*.

decisão judicial já apresentaria. Seria esse um mecanismo de *by-pass* de controladores? Não. A proposta do PL é antecipar a judicialização, que faticamente casos mais complexos enfrentariam, e estabelecer em um foro imparcial e controlado o diálogo institucional com os demais controladores que se apresentarem como interessados na ação. O Direito confere a qualquer parte interessada a prerrogativa de apresentar as suas razões em juízo – e assim o PL espera que o exercício desse direito se faça.

Não há qualquer limitação ou impedimento a que órgãos controladores, como o Tribunal de Contas, realizem suas fiscalizações e auditorias. Simplesmente se regula o direito de o ente acionar o Poder Judiciário para findar um cenário de insegurança jurídica, que pode se alastrar anos a fio com infundáveis questionamentos, a partir do reconhecimento do efeito *erga omnes* à decisão em sede de ação declaratória de validade. Toda e qualquer consideração de ordem controladora pode ser apresentada em juízo, onde se estabelecerá o diálogo institucional com maior imparcialidade e respeito às competências institucionais de todos os envolvidos.

A ação declaratória de validade pode ter por objeto qualquer ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, mas preferencialmente ela surge para lidar com *casos complexos*, que envolvem altos investimentos, têm grande clamor popular, apresentam disputas políticas, têm acentuado dissenso ou versam sobre situação inovadora. Citem-se como exemplos de aplicação os complexos processos de licenciamento ambiental, autorizações regulatórias, editais de licitação ou contratos de grandes projetos de infraestrutura ou urbanísticos, medidas de compensação ou acordos substitutivos envolvendo grandes investimentos. O art. 25, §3º, afasta o argumento da indisponibilidade do interesse público – recorrentemente aventado nos casos de arbitragem envolvendo o Poder Público –, reafirmando que a declaração de validade poderá abranger a adequação e a economicidade dos preços ou valores previstos em ato, contrato ou ajuste. É importante não transpor as críticas apresentadas à arbitragem envolvendo o Poder Público à ação declaratória de validade; aqui se está no âmbito do Judiciário.

2.4. *A qualidade das decisões públicas pode ser melhor, favorecendo a segurança jurídica*

Além das medidas que dizem respeito diretamente à segurança jurídica, o PL apresenta medidas de melhoria da qualidade das decisões públicas tomadas pela Administração ou pelos controladores de um modo geral. Na ponta, também elas trabalham para um cenário de maior previsibilidade e certeza na esfera pública.

- a) *Permissivo genérico aos acordos*. Os acordos firmados entre Poder Público e particulares³³ se desenvolveram significativamente desde suas primeiras

³³ Cf. JULIANA BONACORSI DE PALMA, *Sanção e Acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros / SBDP, 2015.

regulamentações na esfera ambiental e concorrencial ainda na década de 1990. Hoje são vastos os exemplos: *acordos substitutivos* de processo sancionador ou de sanção por compromissos (notadamente de investimento); *acordos integrativos*, por meio dos quais se negocia o conteúdo da decisão unilateral final da Administração Pública; *acordos processuais*, análogos à figura do negócio jurídico processual previsto no novo Código de Processo Civil; *acordos de colaboração*, destinados à obtenção de provas e informações que melhorem os processos punitivos, como o acordo de leniência; *acordos de rescisão contratual*, como os recentemente disciplinados na Lei de Relicitações (Lei 13.448/2017) etc. O PL não endereça todos os acordos administrativos, mas restringe-se a *criar um permissivo genérico* para que a Administração Pública Direta e Indireta de qualquer dos entes federados celebre acordos integrativos e substitutivos, bem como qualquer outro compromisso para resolução de controvérsias³⁴. Trata-se simplesmente de conferir um tratamento jurídico mais adequado ao permissivo genérico já existente na Lei da Ação Civil Pública, em seu art. 5º, §6º³⁵, trazendo maior segurança aos gestores sobre a viabilidade jurídica do consenso em sua repartição pública e segurança aos particulares quanto às cláusulas negociadas.

Assim, acordos podem ser firmados para eliminar irregularidades (termos de ajustamento ou contratos de gestão para regularização de situação irregular dentro de um cronograma de *compliance*, p.ex.), incerteza jurídica (compromissos assumidos para viabilizar licenças ambientais, p. ex.) ou situação contenciosa (termo de compromisso que substitua processos sancionadores por compromissos de investimento, p. ex.). Para tanto, o PL requer prévia oitiva do órgão jurídico – suas Procuradorias. Também exige a realização de consulta pública a depender da situação concreta. É sempre possível que compromissos pactuados extravasem os limites dos acordos e afetem interesses de terceiros, modifiquem a organização urbanística de uma localidade ou determinem critérios para benefícios e melhorias públicas. Também a celebração do acordo pode ter a sua legitimidade questionada por entidades de interesse público ou pela localidade. Em todos esses casos, é recomendável a realização de consulta pública. O texto do PL foi propositalmente aberto para que não se limitasse, *ex ante*, as hipóteses de realização de consulta pública e se deixasse outras situações relevantes novas, não disciplinadas em lei, desamparadas. A celebração de acordos deve estar fundada em razões de relevante interesse geral, afastando-se todas as razões de interesse entre as partes que caracteriza o desvio de finalidade. Por fim, o PL salvaguarda os *acordos em espécie*, definidos em leis e regulamentos especiais, muito comum na esfera regulatória, que devem ser obrigatoriamente observados.

³⁴ Com esse preceito, o Brasil se aproxima das mais avançadas experiências com a consensualidade administrativa que dispõem de permissivos genéricos à celebração de acordos, como na Itália (*Legge 241/1990*, art. 11), Espanha (*Ley 39/2015*, art. 86), Portugal (*Lei 4/2015*, art. 57), dentre outros.

³⁵ É o texto do art. 5º, §6º, da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85): “[o]s órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”.

- b) *Processo administrativo normativo*. Em análise empírica, constatou-se que “o Brasil é o país dos regulamentos”³⁶, seja pelo volume de regulamentos frente a leis, seja pelo dado de que direitos e garantias individuais são disciplinados efetivamente na esfera regulamentar. Porém, a produção normativa pela Administração não é relacionada à ideia de processo, como o é tantas outras atividades como a fiscalização, o sancionamento, a desapropriação etc. Não por outra razão a expressão “baixar” ser a utilizada para expressar o ato de produção regulamentar: “o Ministro baixou a Portaria”. O PL enfrenta esse problema, um legado autoritário, para estabelecer o *mínimo de processo normativo* na produção administrativa de normas: a realização de consultas públicas. Este instrumento, especialmente o de formato eletrônico, tem se mostrado o mais relevante e útil para viabilizar que os interessados se manifestem sobre o conteúdo da norma em formação e, assim, o Poder Público qualifique a sua decisão final. Do outro lado, os interessados não serão surpreendidos com uma norma simplesmente *baixada*, trazendo maior segurança jurídica à disciplina regulamentar de direitos e deveres.
- c) *Publicidade das interpretações administrativas e controladoras*. O PL prevê o *dever* de as autoridades públicas (administrativas e controladoras) criarem mecanismos para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas. Exemplificativamente, apresenta três alternativas: edição de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. Em comum há a preocupação em *organizar* e *divulgar* a interpretação que órgãos administrativos e controladores se apoiam para decidir. Explicitando as *regras do jogo*, dispõe-se de maior segurança para alinhar comportamentos e tomadas de decisões na medida em que a sistematização de interpretação termina por apresentar orientações claras de comportamentos lícitos ou ilícitos. Por isso ser fundamental que órgãos administrativos e controladores revisitem as interpretações que fundamentaram seus diversos atos decisórios e sinalize claramente à sociedade, ao mercado e às demais instâncias de governo a ordem de entendimento adotada por meio de regulamentos, súmulas e respostas a consultas, além de outros instrumentos análogos que podem ser criados internamente para este fim³⁷.

O parágrafo único do art. 30 explicita a *autovinculação* da Administração e dos controladores com relação aos atos de orientação que editarem. No caso do regulamento, o dever de observância é evidente em função de ser uma autêntica norma. Nos demais casos, porém, a autovinculação é uma decorrência lógica da natureza normativa que apresentam, embora não sejam formalmente normas. Súmulas e respostas a consultas públicas geram uma expectativa de comportamento que precisa ser tutelada para garantia da legítima confiança e da

³⁶ Cf. JULIANA BONACORSI DE PALMA, *Atividade Normativa da Administração Pública. Estudo do processo administrativo normativo*. Tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da USP em 2014, p. 20 e ss.

³⁷ A *Executive Order 13.563*, de 2011, editada durante o GOVERNO OBAMA determina às Agências que realizem análise retrospectiva das normas, de modo a conferir clareza à sociedade sobre as orientações de comportamento a serem seguidas. Para tanto, as normas devem ser analisadas quanto à efetividade – verificar se são atuais, eficazes e se disciplinam o assunto suficientemente – para definir se devem ser mantidas, modificadas, simplificadas, expandidas ou revogadas.

segurança jurídica, evitando-se o casuísmo e o arbítrio. Trata-se dos *precedentes normativos*³⁸. Para eles, o Direito cria um regime especial caracterizado (i) pelo *dever de observância geral*, principalmente pelas autoridades que se encontram na instituição em que foram emanados e (ii) pelo *rito especial para perda do caráter vinculante*: considerando que essas são decisões de relativa estabilidade e que fundamentam comportamentos de terceiros, como normas, apenas deixarão de vincular mediante novo ato de igual estatura ou superior, em que se apresente motivação específica para as razões da mudança de entendimento e o correspondente regime de transição, nos termos do art. 23. Esta regra explicita o comando do art. 2º, parágrafo único, da Lei Federal de Processo Administrativo, que veda a aplicação retroativa de nova interpretação³⁹.

3. PL 7.448/17: um projeto sobre planos

A insegurança jurídica é um dado da realidade: ela jamais poderá ser vencida. Também a insegurança jurídica é um estado de sentimento, sendo subjetivamente valorada. Impossível estabelecer uma métrica na medida em que a eleição de cenários de insegurança jurídica é política. Em função de suas diversas consequências negativas, historicamente o Direito tem buscado métodos de enfrentá-la. Talvez a estratégia mais difundida para lidar com a insegurança jurídica seja a codificação ou a criação de leis maximalistas, na esperança de que a disciplina jurídica minuciosa confira previsibilidade e uniformidade de atuação. No entanto, a segurança jurídica pela via normativa é limitada. Principalmente no atual cenário de transformações conjunturais catalisadas por novas tecnologias, nunca haverá plena regulamentação de todas as situações concretas e, além disso, o tempo da produção normativa é demasiadamente moroso. Por essa razão o PL 7.448/17 se voltar fundamentalmente aos comportamentos de agentes públicos, controladores e pessoas que interagem com o Poder Público.

Desmistificando o PL 7.448/17, constatamos que ele não é uma conspiração de advogados contratados por concessionárias de serviços públicos para limitar o controle. O PL não cria qualquer mecanismo para que a Administração se esquive do controle e na maior parte dos seus preceitos esclarece, aprofunda e generaliza experiências já em curso na gestão pública. O PL 7.448/17 é reconhecidamente um projeto para aprimorar a segurança jurídica e melhorar a qualidade das decisões públicas. Porém, segurança jurídica não é um fim em si mesmo – sobre o quê, afinal de contas, é o PL 7.448/17?

O PL 7.448/17 pretende ser uma *meta-norma* nas relações com o Poder Público, de modo que particulares possam fazer os seus planos e, por sua vez, também o Direito desenhe planos de articulação institucional para o alcance de finalidades públicas⁴⁰.

³⁸ Cf. JULIANA CRISTINA LUVIZOTTO, *Os Precedentes Administrativos e a Vinculação da Atividade Administrativa*. Tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da USP em 2016.

³⁹ É o texto do art. 2º, parágrafo único, inc. XIII: “[i]nterpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação”.

⁴⁰ As reflexões aqui apresentadas encontram substrato filosófico na teoria dos planos, de SCOTT SHAPIRO. Cf. *Legality*, Cambridge: Harvard University Press, 2011.

Se uma pessoa quiser abrir um negócio, precisará se planejar. Certamente irá constatar que depende de autorizações públicas para iniciar as suas atividades e, para obtê-las, terá que ajustar o seu plano de negócios às normas que regulam a sua atividade. Com as medidas de segurança jurídica previstas no PL, terá maior segurança sobre o conjunto de normas e orientações que disciplinam a sua atividade (art. 30, *caput*). Também não correrá o risco de que o seu pedido de autorização seja negado pela autoridade competente “por razões de interesse público”, sem saber o que pode fazer para ajustar o seu planejamento e viabilizar o empreendimento (art. 20). Tampouco se verá na situação em que o concorrente obteve a autorização e o seu pedido foi denegado, em igualdade de condições (art. 30, *parágrafo único*). Será possível celebrar um acordo para viabilizar a autorização, comprometendo-se a satisfazer as metas definidas consensualmente com a autoridade dentro de um cronograma de investimentos e *compliance* (art. 28). Anos após seu negócio estar em operação, o empresário não será surpreendido com a cassação de sua autorização porque a nova composição do colegiado entende que os requisitos não foram plenamente satisfeitos (art. 24). Caso sobrevenha nova interpretação sobre o limite de um componente químico do seu produto, será deferido regime de transição para que este empresário adapte o seu negócio sem afetar empregos, investimentos ou mesmo a vida da empresa (art. 23). Do mesmo modo, poderá apresentar o seu ponto de vista sobre proposta de norma em discussão no Governo que impacte negativamente a sua atividade (diminuindo as margens de lucro e tornando mais difícil a inovação tecnológica, por exemplo), ajudando, assim, a construir uma regulação de maior qualidade.

Se essas medidas de segurança jurídica não estiverem previstas, talvez o melhor plano seja *desistir do plano*. Ou, querendo insistir no plano, deverá internalizar problemas burocráticos, litígios administrativos e judiciais, bem como ofertas de corrupção para minimizar esses problemas. O custo final será repassado ao consumidor.

Leis também são planos⁴¹. Para satisfazer certo fim público, o Legislador pode claramente determinar o caminho. Contudo, o mais frequente é que ele faça uso de fórmulas abstratas e delegue competências àquele que possuir determinadas características que o coloca na melhor posição para tomar decisões. Se a lei atribuir a um órgão administrativo a competência de modelar contratos de concessão e estabelecer o modo pelo qual um determinado serviço público será prestado, há clara subversão do plano legislativo original quando o controlador toma para si a decisão de modelagem da concessão, ainda que em parte⁴². A insegurança jurídica está exatamente nesta subversão: quando o espaço da Administração conferido por lei não é respeitado, à incerteza: (i) sobre quem vai decidir; (ii) sobre as regras com que irá se decidir; (iii) sobre o que irá decidir; (iv) sobre o tempo em que a decisão irá perdurar; e (v) sobre a ordem de impacto da decisão. Tudo isso torna o sistema imprevisível, instável, incalculável e de consequências incertas. Porém, a pior consequência é a

⁴¹ *Idem*, p. 127.

⁴² *Idem*, p. 347. Essa dinâmica, intitulada pelo filósofo de “*God’s-eye view*” é fundada na autopercepção dos agentes públicos (no original, “legal officials”) como depositários de confiança, enquanto aqueles que receberam a competência legal padecem de confiança. O *God’s-eye view* subverte o plano original estabelecido em lei, sendo sintomático de um sistema legal de desconfiança. Diante desse cenário, coloca-se aos “meta-intérpretes” que se determine quem deve ser confiado para fazer o quê.

impossibilidade de se *fazer planos de articulação institucional* – qualquer tentativa legal de se estabelecer o espaço do administrador será, ao final do dia, frustrada⁴³.

Na minha visão, que não é compartilhada pelo PL 7.448/17, seria plenamente cabível que a LINDB recebesse preceitos que demarcassem com maior clareza o espaço do gestor e o espaço do controlador, com a previsão de institutos já identificados internacionalmente. Como exemplos, pode-se citar a determinação de reservas de administração, testes de deferência mais intensos, regras de articulação institucional, estabelecimento de um momento claro a partir do qual o controle de processo ou ato seria cabível, responsabilização de controladores etc. O PL 7.448/17 foi extremamente prudente e não fez qualquer previsão nesse sentido.

O PL 7.448/17 supera a questão que provoco – espaço da Administração e do controle – para focar no resultado final: coerência, transparência e maior fluxo de informações para que as ações públicas sejam mais previsíveis e estáveis. Por essa razão tamanha ênfase na motivação qualificada. Os ônus de fundamentação não são constrangimentos aos controladores, mas antes respostas que devem ser fornecidas em função do tipo de decisão que será tomada – *por quem quer que seja*, Administração ou controlador. Esses são ônus que permitem o diálogo institucional e o endereçamento concreto por meio de ajuste de comportamentos, alteração normativa, revisão de atos, procedimentos e contratos etc. A ideia não é ignorar a interpretação administrativa. O PL parte do pressuposto de que a competência originalmente designada à Administração acaba se deslocando para os controladores e eles devem cumprir com o grau de fundamentação que essa competência requer. Por essa razão os controladores serem instados a considerar variáveis de gestão na motivação, como os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências de políticas públicas a seu cargo. Portanto, nada mais correta a avaliação de que o PL 7.448/17 reforça e qualifica o controle.

Por outro lado, o PL 7.448/17 deposita confiança no gestor público honesto para inovar, corrigindo histórica injustiça de colocar sob a mesma régua de responsabilização agentes públicos honestos e desonestos. Essa medida é fundamental para que também os gestores façam planos na gestão pública: planos de implementação de políticas públicas, planos de contratações públicas, planos de produção normativa, planos de análise de impacto etc. Em outros termos, trazendo medidas de tutela e de incentivo da honestidade na máquina pública, o agente público honesto pode manejar a discricionariedade com maior conforto decisório. Assim, a máquina pública funciona de modo mais eficiente, com criatividade e sempre atraindo bons quadros.

Esse é um projeto fundamental para melhorar o desenvolvimento brasileiro. Sou prova viva da idoneidade de sua elaboração e, do ponto de vista acadêmico e como pesquisadora empírica, consigo vislumbrar tamanhas melhorias que poderia chamá-lo de revolucionário e civilizatório. Que o PL 7.448/17 não pereça por má-compreensão ou por lentes não republicanas de leitura – queremos todos um Brasil melhor.

⁴³ É o que se verifica no caso da judicialização à saúde, cujas tentativas legislativas se mostraram, em maior ou menor medida, frustradas ao final do dia.