FGV DIREITO SP
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO

sbdp
Grupo Público

LEGÍTIMA DEFESA ADMINISTRATIVA DA LEGALIDADE

Para aumentar a segurança jurídica e a eficiência da gestão pública em todos os Poderes, é necessária a edição de lei dispondo sobre os instrumentos e limites para o exercício, por autoridades administrativas, da legítima defesa da legalidade, em situações de conflito e de grave incerteza jurídica, com respeito à presunção de validade das decisões administrativas e das leis.

Minuta de projeto de lei federal

resultado de estudo coordenado
pelos profs. Carlos Ari Sundfeld (FGV Direito SP)
e Eduardo Jordão (FGV Direito Rio)

Para discussão

Versão 20.11.2020

Lei nº de de

Dispõe sobre a legítima defesa administrativa da legalidade

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA:

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Capítulo I
DISPOSIÇÃO GERAL

Art. 1º Esta lei dispõe sobre os instrumentos e limites do exercício da legítima defesa administrativa da legalidade, com respeito à harmonia e à segurança jurídica na atuação dos Poderes, dos órgãos constitucionais autônomos e dos agentes da administração pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Na aplicação desta lei será observada a presunção de validade das leis, bem assim dos atos, contratos, ajustes, processos e normas administrativas.

Capítulo II
DA ILEGALIDADE MANIFESTA

Art. 2º Considera-se manifestamente ilegal, para fins desta lei, a ordem com ao menos um dos vícios seguintes:

I- edição por agente flagrantemente incompetente;

II- grave incompatibilidade com orientação geral vigente quanto a direitos fundamentais ou quanto a regras da Constituição Federal;

III- ostensivo desprezo a fato indicado no art. 374 do Código de Processo Civil;

IV- contrariedade direta a orientação ou decisão indicada nos incisos do § 4º. do art. 496 ou nos incisos do *caput* do art. 927 do Código de Processo Civil;

V- erros de Direito ou de fato indicados nos incisos V e VIII do *caput* do art. 966 do Código de Processo Civil; ou

VI- ausência total de fundamentação escrita, vício de fundamentação indicado nos incisos do § 1o. do art. 489 do Código de Processo Civil ou violação dos arts. 20 a 24 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Capítulo III
DA EXCEÇÃO ADMINISTRATIVA POR ILEGALIDADE MANIFESTA

Art. 3º A administração que seja destinatária de ordem, de outra autoridade pública, com impacto geral relevante sobre suas competências, políticas, empreendimentos ou serviços públicos, pode suscitar exceção administrativa por ilegalidade manifesta, nos termos desta lei, ressalvadas as imunidades do art. 5º.

§ 1º Em relação à administração que a suscitar, a exceção terá efeito suspensivo automático da ordem recebida.

§ 2º Para os fins desta lei, entende-se por ordem de autoridade pública, observadas as imunidades do art. 5º, qualquer determinação vinculante, emanada da esfera administrativa, controladora ou judicial para a prática ou abstenção, pela administração destinatária, de comportamentos ou atos administrativos, em quaisquer de suas modalidades, objetos e setores, independentemente da terminologia utilizada.

§ 3º Pode suscitar a exceção, quando destinatária de ordem manifestamente ilegal de autoridade pública:

I- a administração pública direta;

II- entidade da administração pública indireta;

III- a administração do Poder Judiciário;

IV- a administração do Ministério Público;

V- a administração do Poder Legislativo; e

VI- a administração de Tribunal ou Conselho de Contas.

Capítulo IV
DAS IMUNIDADES À EXCEÇÃO

Art. 5º. A exceção administrativa por ilegalidade manifesta não poderá se referir a ordem formalmente emanada em decisão:

I- judicial transitada em julgado;

II- adotada, confirmada ou mantida por Tribunal do Poder Judiciário, de forma monocrática ou colegiada, em qualquer matéria, ainda que sujeita a recurso;

III- judicial, de qualquer Instância, em matéria eleitoral, penitenciária, penal, de execução penal, militar ou de direito privado e família, ainda que sujeita a recurso;

IV- administrativa ou judicial, de qualquer Instância, que interdite:

a) a destruição irreversível de bem infungível; ou

b) ação ou omissão capaz de levar à morte de pessoa;

V- de órgão ou autoridade administrativa, inclusive policial ou militar, a que o agente deva estrita obediência hierárquica, ainda que sujeita a recurso;

VI- do plenário do Conselho Nacional de Justiça ou do Conselho Nacional do Ministério Público, em matéria de sua jurisdição específica, ainda que sujeita a controle judicial;

VII- de sustação de ato, pelo plenário de Tribunal ou Conselho de Contas, em matéria de jurisdição específica de controle de contas, segundo o processo e nos estritos limites dos incisos IX e X do art. 71 da Constituição Federal, ainda que sujeita a controle judicial;

VIII- de Tribunal ou Conselho de Contas, nos casos dos incisos II, III e VIII do art. 71 da Constituição Federal, ainda que sujeita a controle judicial;

IX- de sustação de ato normativo pelo Poder Legislativo, no caso do inciso V do art. 49 da Constituição Federal, ainda que sujeita a controle judicial; ou

X- de arbitragem já instaurada.

§ 1º. Nos casos deste artigo, o reconhecimento da ilegalidade manifesta será buscado apenas pelos meios processuais disponíveis para a revisão da ordem.

§ 2º. Não se admite interpretação ampliativa ou restritiva quanto aos requisitos e regras de competência previstos nos incisos do *caput* deste artigo.

Capítulo V
DOS PROCEDIMENTOS

Art. 6º. No âmbito da administração pública direta e indireta, a exceção administrativa por ilegalidade manifesta poderá ser deliberada:

I- pela autoridade administrativa destinatária da ordem, com prévia anuência do superior hierárquico ou, se houver, do órgão colegiado de direção; ou

II- diretamente pelo Chefe do Poder Executivo, em qualquer caso.

§ 1º. A exceção é de competência exclusiva:

I- na administração do Poder Judiciário, dos presidentes dos Tribunais;

II- na administração do Ministério Público, dos procuradores gerais;

III- na administração do Poder Legislativo, da mesa diretora da casa legislativa; e

IV- na administração dos Tribunais e Conselhos de Contas, dos respectivos presidentes.

§ 2º A exceção será adotada por ato administrativo, com base em parecer fundamentado do órgão jurídico público, ambos publicados no veículo de divulgação oficial e comunicados de imediato ao agente ou órgão responsável pela ordem.

§ 3º No caso de exceção suscitada por presidente de Tribunal do Poder Judiciário será ouvido previamente, no prazo que lhe for solicitado, o procurador geral do Ministério Público, cujo parecer não terá caráter vinculante.

§ 4º No caso de exceção suscitada por presidente de Tribunal ou Conselho de Contas será ouvido previamente, no prazo que lhe for solicitado, o procurador geral do Ministério Público de Contas, cujo parecer não terá caráter vinculante.

§ 5º A exceção será também comunicada, em 3 (três) dias, ao procurador geral do Ministério Público competente, com os elementos que a tiver instruído, sendo que, para fins de controle social, os Ministérios Públicos poderão reunir nacionalmente as informações relativas a exceções suscitadas na forma desta lei, elaborar estatísticas e estudos e formular recomendações.

Art. 7º Quando a exceção administrativa por ilegalidade manifesta se referir a ordem emanada em decisão judicial de Primeira Instância, o magistrado, recebida a comunicação, ouvirá a parte contrária em até 10 (dez) dias e, se não reconsiderar sua decisão, quando cabível, a submeterá à remessa necessária ao Tribunal competente, para reexame de ofício, em caráter de prioridade e urgência.

Art. 8º. A exceção administrativa por ilegalidade manifesta pode ser reconsiderada a qualquer momento, de ofício ou por provocação de terceiro, se a administração que a suscitou se convencer de que a ordem não é manifestamente ilegal.

Parágrafo único. O procurador geral do Ministério Público pode, a qualquer momento, provocar a reconsideração administrativa de que trata o *caput* deste artigo, que deve ser decidida em 20 (vinte) dias, improrrogáveis.

Capítulo V
DO DEVER E DA RESPONSABILIDADE

Art. 9º O agente público deve recusar todo pedido, recomendação ou ordem cujo atendimento importe na prática de ato ou omissão tipificados como crime.

Art. 10. Nenhum agente público se sujeita a investigação, processo, sanção ou responsabilidade administrativa, civil, por improbidade, criminal ou política, em qualquer esfera, inclusive do controle de contas, por divergência motivada, após a oitiva do órgão técnico e do órgão jurídico público, quanto a simples recomendação não vinculante, ainda que formulada segundo o rito legal.

§ 1º Será arquivada de plano pelo agente público destinatário a recomendação flagrantemente ilegal, segundo os critérios do art. 2º, ainda

que oriunda de Tribunal ou Conselho de Contas, ou do Ministério Público, bem como de autoridade ou órgão da administração.

§ 2º A divergência a que se refere o *caput* e o arquivamento a que se refere o § 1º deste artigo serão comunicados, em no máximo 30 (trinta) dias contados do recebimento da recomendação, à autoridade ou órgão que a houver expedido.

Art. 11. Nenhum agente público se sujeita a investigação, processo, sanção ou responsabilidade administrativa, civil, por improbidade, criminal ou política, em qualquer esfera, inclusive do controle de contas, por, com base e nos casos desta lei, haver suscitado exceção administrativa por ilegalidade manifesta ou elaborado parecer a respeito.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não exclui a responsabilidade civil da pessoa jurídica, se for o caso, e a sanção do agente público por enriquecimento ilícito, por corrupção passiva, bem como por prevaricação ou advocacia administrativa praticadas com dolo direto e específico.

Art. 12. Não cabe também a responsabilização pessoal de agente público pela simples aplicação de lei ou norma administrativa posteriormente reconhecida como inconstitucional ou inválida.

§ 1º A invalidade de norma administrativa pode ser reconhecida pela autoridade que a editou, ou por seus superiores hierárquicos, mas os demais agentes da mesma entidade administrativa não podem fazê-lo, devendo, quando for o caso, formular representação com esse objetivo, pela via hierárquica.

§ 2º O reconhecimento de invalidade, nas esferas administrativa ou controladora, não pode ter por fundamento a inconstitucionalidade da norma legal em que se houver baseado o ato, o contrato, o ajuste, o processo ou a norma administrativa sem que a inconstitucionalidade tenha sido previamente declarada na esfera judicial.

§ 3º Entre o início e o fim da ação judicial em que, por via direta ou de exceção, se arguir a inconstitucionalidade da norma legal, não correm a

decadência e a prescrição para o reconhecimento da invalidade a que se refere o § 2º deste artigo.

Art. 13. Quando o agente público considerar irregular comportamento, pedido, recomendação, decisão ou ordem de superior hierárquico, poderá apresentar representação formal, seguindo a linha hierárquica, à qual a autoridade superior não poderá negar seguimento.

Parágrafo único. Se as circunstâncias o justificarem, o agente poderá optar por acionar apenas os canais adequados de denúncia, com as proteções que lhe sejam aplicáveis.

Capítulo V
DISPOSIÇÃO FINAL

Art. 14. Esta lei entra em vigor em 1º de janeiro do exercício seguinte à sua publicação.