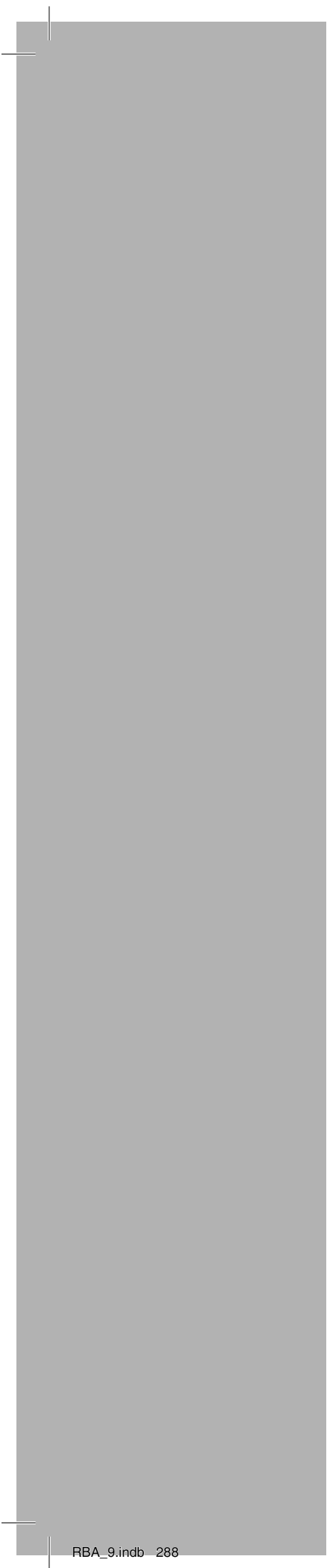


**Parecer**



## RESPOSTA AOS COMENTÁRIOS TECIDOS PELA CONSULTORIA JURÍDICA DO TCU AO PL 7.448/2017

---

### **FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO**

Professor titular de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.  
Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.  
Floriano@manesco.com.br

### **CARLOS ARI SUNDFELD**

Professor Titular da FGV – Direito SP.  
carlos@sundfeld.adv.br

### **ADILSON ABREU DALLARI**

Professor titular da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.  
adilson@dallari.adv.br

### **MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO**

Professora aposentada do curso de graduação da Universidade de São Paulo. Atualmente  
Professora do programa de pós-graduação em Direito da Universidade de São Paulo.  
ms.pietro@uol.com.br

### **ODETE MEDAUAR**

Professora titular aposentada da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.  
omedauar@terra.com.br

### **IVES GANDRA DA SILVA MARTINS**

Professor emérito da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.  
ivesgandra@gandramartins.adv.br

### **MARÇAL JUSTEN FILHO**

Professor titular aposentado da Universidade Federal do Paraná.  
marcal@justen.com.br

### **ROQUE CARRAZZA**

Professor titular de Direito Tributário da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.  
roquecarrazza@uol.com.br

---

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et al. Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL 7.448/2017. *Revista Brasileira da Advocacia*. vol. 9. ano 3. p. 289-312. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2018.

**GUSTAVO BINENBOJM**

Professor titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.  
gustavo.binenbojm@bgcb.adv.br

**FERNANDO MENEZES DE ALMEIDA**

Professor titular de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.  
fmenezes@usp.br

**ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO**

Professor titular de Direito Administrativo da UERJ. Doutor em Direito do Estado pela USP.  
alexandre.aragao@clcmra.com.br

**FERNANDO FACURY SCAFF**

Professor adjunto da Universidade de São Paulo – USP e Professor da Universidade Federal do Pará.  
scaff@advassociados.com.br; fernandoscaff@uol.com.br; fernando.facury.scaff@usp.br

**JACINTHO ARRUDA CÂMARA**

Professor de Direito Administrativo da PUC-SP. Vice-Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público.  
jacintho@sundfeld.adv.br

**VERA CRISTINA CASPARI MONTEIRO**

Professora da FGV – Direito SP.  
vera@sundfeld.adv.br

**EGON BOCKMANN MOREIRA**

Professor associado da Faculdade e do programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.  
egon@xvbm.com.br

**JOSÉ VICENTE SANTOS DE MENDONÇA**

Professor Doutor de Direito Administrativo da Universidade Estadual do Rio de Janeiro.  
jose.vicente@terra.com.br

**MARCOS AUGUSTO PEREZ**

Professor Doutor de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.  
perez@manesco.com.br

---

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et al. Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL 7.448/2017. *Revista Brasileira da Advocacia*. vol. 9. ano 3. p. 289-312. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2018.

**FLAVIA PIOVESAN**

Professora Doutora da PUC-SP.  
flaviapiovesan@terra.com.br; fpiovesan@hotmail.com

**PAULO MODESTO**

Professor da Universidade Federal da Bahia.  
pegmnet@gmail.com; paulomodesto@yahoo.com.br

**ANDRÉ JANJÁCOMO ROSILHO**

Professor da FGV – Direito SP.  
andre@sundfeld.adv.br

**EDUARDO FERREIRA JORDÃO**

Professor Doutor da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro.  
efjordao@terra.com.br

**VITOR RHEIN SCHIRATO**

Professor Doutor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.  
vrschirato@usp.br; vitor.schirato@daemoninvestimentos.com.br

**PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON**

Professor associado de Direito Processual Civil nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.  
lucon@lucon.adv.br

**CARLOS EDUARDO BERGAMINI CUNHA**

Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo.  
carloso@manesco.com.br

**YASSER GABRIEL**

Mestre em Direito pela FGV/SP.  
yasser@sundfeld.adv.br

**ÁREAS DO DIREITO:** Processual; Administrativo

SUMÁRIO: I – Introdução. II – Análise das críticas feitas pelo TCU ao PL 7.448/2017. II.1. Motivação decisória e responsabilidade estatal. II.2. A invalidação de atos e negócios jurídicos e o dever de responsabilidade. II.3. Interpretação normativa e gestão pública. II.4. Mudança

---

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et al. Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL 7.448/2017. *Revista Brasileira da Advocacia*. vol. 9. ano 3. p. 289-312. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2018.

de interpretação normativa, regime de transição e compromisso para o ajustamento da conduta. II.5. A ação declaratória de validade de regulamentos e outros atos públicos. II.6. Regime jurídico geral de negociação entre autoridades públicas e particulares. II.6.a. Transação entre sanções e créditos (§ 1º, II). II.6.b. Impossibilidade de desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral (§ 1º, III). II.6.c. Autorização judicial para celebração do compromisso (§ 2º). II.7. Responsabilidade pessoal do agente público. III. Conclusão.

## I – INTRODUÇÃO

O PL 7.448/2017 (na origem, PLS 349/2015), proposto pelo Senador Antonio Anastasia, concluiu sua tramitação em ambas as Casas do Congresso Nacional. No momento, aguarda sanção do Presidente da República, nos termos do artigo 66 da Constituição. Sua finalidade é incluir na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-lei 4.657/1942) disposições para elevar os níveis de segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público, melhorando, conseqüentemente, a qualidade da atividade decisória pública no Brasil.

Ao longo dos quatro anos em que tramitou pelo Congresso Nacional, o PL 7.448/2017 recebeu amplo apoio de economistas, juristas, administradores públicos e formadores de opinião dos mais variados matizes. A avaliação tem sido a de que o PL dá passo importante ao pretender transpor para norma geral parâmetros de interpretação e aplicação do direito público bastante consensuais, que na prática já vêm sendo observados e adotados no cotidiano das esferas administrativa, controladora e judicial, porém de forma fragmentada, assistemática. O diagnóstico generalizado tem sido o de que o PL, ao incorporar normas de direito público na LINDB, trará transparência e segurança jurídica à criação e aplicação do direito público no Brasil.

Recentemente, no entanto, o PL foi objeto de críticas tecidas pela Consultoria Jurídica do Tribunal de Contas da União – TCU (documento intitulado “Análise Preliminar do PL 7.448/2017”), que questionou a validade e legalidade de alguns de seus dispositivos e a constitucionalidade de outros. O TCU parece ver no PL tentativa de supressão de competências constitucionais do próprio Legislativo e das Cortes de Contas. Parece-nos, contudo, que os questionamentos são fruto de leitura incorreta dos dispositivos do projeto, pois ou não refletem o teor expresso de suas normas, ou vislumbram conflitos normativos inexistentes.

O presente texto explicita o sentido e conteúdo dos dispositivos do PL, visando, com isso, demonstrar a improcedência das críticas feitas pelo TCU.

## II – ANÁLISE DAS CRÍTICAS FEITAS PELO TCU AO PL 7.448/2017

### II.1. *Motivação decisória e responsabilidade estatal*

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

O PL 7.448/2017 pretende inserir o artigo 20 na LINDB com a finalidade de reforçar a ideia de responsabilidade decisória estatal diante da incidência de normas jurídicas indeterminadas, as quais sabidamente admitem diversas hipóteses interpretativas e, portanto, mais de uma solução. A experiência demonstra ser comum a tomada de decisões muito concretas a partir de valores jurídicos bem abstratos – tais como o interesse público, o princípio da economicidade, a moralidade administrativa, etc. O fenômeno é comum às esferas administrativa, controladora e judicial. Diante desse quadro, o parágrafo único do art. 20 propõe instituir ao tomador de decisão o dever de demonstrar, via motivação, “a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas”.

Para o TCU, entretanto, o comando imporia ao julgador o dever de decidir com base em informações que não constariam dos autos e que precisariam ser fornecidas pelas partes. Para a Corte de Contas federal, a norma não poderia “exigir do julgador que analise as possíveis alternativas, se o conhecimento do julgador acerca da realidade está limitado ao que consta dos autos, trazido pelas partes”.

As críticas são improcedentes. O dispositivo não exige conhecimento extra processual do julgador, mas sim que concretize sua função pública com responsabilidade. Veda, assim, motivações decisórias vazias, apenas retóricas ou principiológicas, sem análise prévia de fatos e de impactos. Obriga o julgador a avaliar, na motivação, a partir de elementos idôneos coligidos no processo administrativo, judicial ou de controle, as consequências práticas de sua decisão. E, claro, esse dever se torna ainda mais importante quando há pluralidade de alternativas. Quem decide não pode ser voluntarista, usar meras intuições, improvisar ou se limitar a invocar fórmulas gerais como ‘interesse público’, ‘princípio da moralidade’ e outras. É preciso, com base em dados trazidos ao

---

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et al. Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL 7.448/2017. *Revista Brasileira da Advocacia*. vol. 9. ano 3. p. 289-312. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2018.

processo decisório, analisar problemas, opções e consequências reais. Afinal, as decisões estatais de qualquer seara produzem efeitos práticos no mundo e não apenas no plano das ideias.

No mais, o dispositivo a ser inserido na LINDB é clara aplicação do conhecido princípio da proporcionalidade, que exige ao tomador de decisão a comprovação de que a medida a ser adotada é adequada, necessária e proporcional em sentido estrito. Como se sabe, sempre que o Poder Público tiver de decidir tendo por base um conflito de bens jurídicos de qualquer espécie, deve analisar a possibilidade dessa medida levar à realização pretendida (adequação), de a medida ser a menos restritiva aos direitos e interesses envolvidos (necessidade) e de a finalidade pública buscada ser valorosa a ponto de justificar a restrição imposta (proporcionalidade em sentido estrito)<sup>1</sup>.

Daí o sentido de se exigir na própria LINDB, como expressão do princípio da proporcionalidade, que o julgador em processo administrativo, judicial ou de controle se valha de um juízo prévio sobre a aptidão do meio a ser utilizado e o resultado a ser alcançado, dentro de um universo de possibilidades.

## II.2. A invalidação de atos e negócios jurídicos e o dever de responsabilidade

Art. 21. A decisão que, na esfera administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o *caput* deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

O artigo 21 contido no projeto de lei a ser acrescentado ao texto da LINDB estabelece, de forma clara e direta, que “[a] decisão que, na esfera administrativa,

1. A bibliografia sobre o tema é vastíssima. Neste sentido, conferir, entre outros, BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 396-398; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007. p. 266-270; SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, abr. 2002. p. 34-38; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 165-173.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et al. Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL 7.448/2017. *Revista Brasileira da Advocacia*. vol. 9. ano 3. p. 289-312. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2018.



controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas”. Para a Consultoria Jurídica do TCU, contudo, o dispositivo demandaria um suposto exercício de futurologia do julgador, “que passa a ter ônus que não é dele, mas sim da parte, qual seja, o de levar para os autos as informações relevantes quanto a eventuais consequências indesejáveis de eventual decisão desfavorável”.

A interpretação do órgão jurídico do TCU está equivocada. O dispositivo em questão apenas exige o exercício responsável da função judicante do agente estatal. Invalidar atos, contratos, processos configura atividade altamente relevante, que importa em consequências imediatas a bens e direitos alheios. Decisões irresponsáveis que desconsiderem situações juridicamente constituídas e possíveis consequências aos envolvidos são incompatíveis com o Direito. É justamente por isso que o projeto busca garantir que o julgador (nas esferas administrativa, controladora e judicial), ao invalidar atos, contratos, processos e demais instrumentos, indique, de modo expresso, as consequências jurídicas e administrativas decorrentes de sua decisão.<sup>2</sup>

Entretanto, tais consequências, diferentemente do que parece supor o TCU, são atinentes aos direitos e fatos atrelados ao processo, ou seja, relativos a elementos trazidos aos autos pelas partes. Não se trata de ilação nem de futurologia, mas sim de responsabilidade no exercício da função pública. Se há um negócio jurídico a ser invalidado, e se há direitos que serão impactados, então é dever do julgador indicar as consequências de sua decisão.

Um exemplo óbvio da aplicação do dispositivo, e que pode ser verificado diariamente, envolve a invalidação de contratos administrativos. À luz da disciplina trazida pelo projeto, a autoridade pública julgadora que determinar a invalidação deverá igualmente definir se o ordenamento jurídico garante ou não a preservação de alguns dos efeitos do contrato, como, por exemplo, se os terceiros de boa-fé impactados terão seus direitos garantidos. Deverá, ainda, decidir se é ou não o caso de pagamento de indenização ao particular que já executou as

2. Vale dizer que o próprio TCU considera relevante explicitar as consequências jurídicas e administrativas de suas decisões. É o que fez, por exemplo, ao decidir que a sanção de inidoneidade deve ter eficácia *ex nunc*, não dando ensejo à imediata rescisão de todos os contratos firmados entre as empresas sancionadas e a Administração Pública federal (Acórdãos 1340/2011; 3002/2010; 432/2014).

---

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et al. Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL 7.448/2017. *Revista Brasileira da Advocacia*. vol. 9. ano 3. p. 289-312. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2018.

prestações, conforme disciplinado pelo artigo 59 da Lei 8.666/1993<sup>3</sup>. Ou seja, deverá agir de forma responsável diante da sua competência decisória.

### 11.3. *Interpretação normativa e gestão pública*

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

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

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

Outro ponto do PL que foi objeto de críticas da Corte de Contas federal envolve o *caput* do artigo 22 do texto. Para o TCU, tratar-se-ia de dispositivo que promoveria interpretação casuística da norma, pois seu alcance e limites seriam definidos em cada caso e de acordo com a realidade do gestor público. “No caso da LRF, por exemplo, ou da Lei de Licitações, a aplicação da proposta deste artigo promoverá flexibilização casuística, sem amparo no direito”.

A crítica do TCU é infundada e incompatível com a postura do próprio Tribunal.<sup>4</sup> O dispositivo questionado assume uma premissa e cria três condicionantes a qualquer julgador.

3. O qual estabelece o seguinte: “Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos. Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa”.
4. Não são raros os casos em que o TCU interpreta normas sobre gestão pública considerando obstáculos e dificuldades reais do gestor e exigências de política públicas a seus cargos. Foi o que fez, por exemplo, ao deixar de aplicar sanção a gestor de universidade pública por entender que agiu com base em orientações de área técnica (Acórdão

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et al. Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL 7.448/2017. *Revista Brasileira da Advocacia*. vol. 9. ano 3. p. 289-312. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2018.

A premissa é a de que as decisões na gestão pública não são tomadas em um mundo abstrato de sonhos, mas de forma concreta, para resolver problemas e necessidades reais. Mais do que isso, a norma em questão reconhece que os diversos órgãos de cada ente da Federação possuem realidades próprias que não podem ser ignoradas. A realidade de gestor da União evidentemente é distinta da realidade de gestor em um pequeno e remoto município. A gestão pública envolve especificidades que têm de ser consideradas pelo julgador para a produção de decisões justas, corretas.

As condicionantes envolvem considerar (i) os obstáculos e a realidade fática do gestor; (ii) as políticas públicas acaso existentes; e (iii) o direito dos administrados envolvidos. Seria pouco razoável admitir que as normas pudessem ser ignoradas ou lidas em descompasso com o contexto fático em que a gestão pública a ela submetida se insere. E neste contexto, reconheça-se, a consideração da situação fática é uma premissa elementar da aplicação de qualquer norma jurídica, como bem explica Karl Larenz:

As proposições jurídicas devem ser “aplicadas” a eventos fáticos, a uma situação de facto que se verificou. Como acabamos de ver, isto só é possível na medida em que a situação de facto verificada é enunciada. O que no facto-tipo de um juízo aparece como “situação de facto” é a situação de facto como enunciado. O que aconteceu tem de ser mencionado com este fim, e aquilo que é mencionado tem de ser posto numa certa ordem. A situação de facto como enunciado efectua sempre uma selecção de entre a multiplicidade inabarcável, do constante fluir, do acontecer fático; esta selecção acha-a desde logo o julgador, tomando em consideração a possível relevância jurídica de cada um dos factos. A situação de facto enquanto enunciado não está assim “dada” de antemão ao julgador, mas tem que ser primeiramente conformada por ele, tomando em consideração, por um lado, os factos que lhe chegaram ao conhecimento e, por outro lado, a sua possível significação jurídica. A actividade do jurista não se inicia normalmente com a apreciação jurídica da situação de facto que se lhe oferece como acabada, mas desde logo com a formação da situação de facto que acede à sua apreciação jurídica.<sup>5</sup>

---

1881/2011); ao deixar de aplicar sanção por entender que a decisão fora tomada com respaldo doutrinário (Acórdão 2737/2016); e ao considerar que parecerista jurídico não comete erro inescusável e não incorre em culpa em sentido amplo se emitir opinião amparada em doutrina minoritária (Acórdão 1591/2011).

5. *Metodologia da Ciência do Direito*, 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 392.

---

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et al. Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL 7.448/2017. *Revista Brasileira da Advocacia*. vol. 9. ano 3. p. 289-312. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2018.

Assim, a única casuística que o dispositivo contido no artigo 22 do projeto admite é a casuística natural e própria da interpretação jurídica. Interpretar o Direito, repita-se, demanda a consideração dos fatos. Não há, nisso, nada de novo ou excêntrico.

Parece-nos pouco coerente dizer que haveria casuística no dever de adequação da interpretação normativa aos direitos dos administrados e às políticas públicas. Comandos normativos não podem ser ignorados pelos julgadores, seja da LRF ou da legislação de licitação e contratos. Isso significa que o dispositivo criticado pela Corte demanda, em verdade, que se proceda a uma espécie de interpretação sistemática do direito, ou seja, uma interpretação que integre o ordenamento normativo como um todo. Segundo afirma Juarez Freitas a

interpretação sistemática, compreendida em novas e realistas bases, é a que se realiza em consonância com aquela rede hierarquizável, máxime na Constituição, tecida por princípios, regras e valores considerados dialeticamente e em conjunto na interpretação com o intérprete, positivador derradeiro. (...) Assim, ao se aplicar uma norma, percebe-se estar sendo aplicado e (re)construindo o sistema inteiro (...) <sup>6</sup>.

#### II.4. *Mudança de interpretação normativa, regime de transição e compromisso para o ajustamento da conduta*

Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Parágrafo único. Se o regime de transição, quando aplicável nos termos do *caput*, não estiver previamente estabelecido, o sujeito obrigado terá direito a negociá-lo com a autoridade, segundo as peculiaridades de seu caso e observadas as limitações legais, celebrando-se compromisso para o ajustamento, na esfera administrativa, controladora ou judicial, conforme o caso.

O artigo 23 do PL preenche uma importante lacuna no direito público brasileiro. O dispositivo prevê que na hipótese de o julgador instituir nova

6. *A interpretação sistemática do direito*, 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 80.

MARQUES NETO, Flávio de Azevedo et al. Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL 7.448/2017. *Revista Brasileira da Advocacia*. vol. 9. ano 3. p. 289-312. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2018.

interpretação ou orientação sobre norma de conteúdo indeterminado, resultando em novo dever ou condicionamento de direito aos envolvidos, deve igualmente estabelecer um regime de transição para o seu cumprimento. Já o parágrafo único disciplina a hipótese de o regime de transição não ter sido previamente estabelecido na decisão, com a seguinte redação:

O TCU se insurgiu especificamente contra essa previsão, tachando-a de inconstitucional. Afirmou, nesse sentido, que a Constituição Federal garantia a competência das Cortes de Contas para “assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada a ilegalidade” (art. 71, IX), de forma que a legislação infraconstitucional não poderia impor-lhes a obrigação de celebrar compromisso de ajustamento.

A afirmação do Tribunal está equivocada.

Em primeiro lugar, as atividades mencionadas não são, em hipótese alguma, excludentes. Quer dizer, a obrigação de negociar a celebração de um compromisso para o ajustamento da conduta não é antípoda da competência de assinar prazo para a adoção de providência para o cumprimento da lei. No exercício de suas competências constitucionais, continuarão as Cortes de Contas a assinar prazos naturalmente. Mas quando se tratar de alteração de interpretação ou orientação sobre norma de conteúdo indeterminado emergirá o direito do administrado a um regime de transição provisório, que poderá ser negociado.

Em segundo lugar, seria incorreto supor que norma legal não pudesse criar obrigações ao Poder Público. É da essência de um Estado de Direito, vale dizer, a submissão efetiva do Estado ao império da lei.<sup>7</sup> Nesse aspecto, seria temerário que órgão estatal se negasse a dar cumprimento à lei sob qualquer argumento.

Por fim, em terceiro lugar, o mote fundamental do dispositivo não envolve atribuições de entes estatais. A norma versa fundamentalmente sobre os direitos dos administrados e o respeito à segurança jurídica.

Ninguém nega que as instituições públicas, na administração, no sistema de controle ou no Poder Judiciário, possam alterar suas interpretações sobre o Direito. É normal que, com o devido cuidado, o façam, inclusive em decorrência de novas demandas e visões que surgem com o passar do tempo. Contudo, as relações jurídicas preexistentes não podem ser ignoradas. Elas seguem existindo e, se for o caso, terão de se adequar às novas interpretações ou orientações. Necessário, então, que seja previsto regime jurídico de transição que lhes dê tempo e

7. Cf. CHEVALLIER, Jacques. *L'Etat de Droit*. Paris: Montchrestien, 1992. p. 15-16.

meios para que realizem a conformação, segundo parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade, tal qual tem se dado em matéria de modulação de efeitos nas declarações de inconstitucionalidade e, mais recentemente, com mera modificação de posição dominante do Supremo Tribunal Federal – STF.<sup>8</sup> Mudanças de interpretação não podem lançar situações anteriores em regime de incerteza. Orientar a transição é dever básico de quem cria nova regulação a respeito de qualquer assunto.

Por outro lado, e na linha da consagração da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima, inexistindo um regime de modulação, o dispositivo aqui analisado cria um direito ao administrado que se surpreendeu com mudança de interpretação. Tal direito garante a possibilidade de negociar com a autoridade competente um prazo para se adaptar à nova interpretação.

O dispositivo, aliás, fortalece os órgãos de controle e aumenta a transparência de sua ação, autorizando-os a negociar formalmente com os destinatários de suas decisões, quando for o caso. Isso, por um lado, supera preconceitos jurídicos arcaicos, segundo os quais as autoridades públicas não poderiam jamais ouvir e dialogar, devendo sempre impor e castigar. De outro lado, a autorização legal formal evita que, na busca de soluções de transição adequadas, essas autoridades tenham, como é comum, de recorrer a artifícios (pedidos de vista, instruções processuais protelatórias, reuniões informais com os interessados, etc.). O ganho de transparência fortalece todos os destinatários da norma.

Por fim, a norma não impõe às autoridades qualquer desfecho específico e obrigatório para as negociações, as quais poderão se frustrar por inviabilidade de se chegar a um termo comum aceitável e compatível com o Direito. Elas têm apenas o dever de receber as demandas de negociação e de processá-las de boa-fé.

- 
8. É interessante notar que, em sua origem, a ideia de modulação de efeitos sempre esteve atrelada estritamente aos termos do artigo 27 da Lei 9.868/1999, ou seja, às declarações de inconstitucionalidade. Evoluindo no conceito, o STF passou a admitir, de forma excepcional e em respeito à segurança jurídica, a modulação quando ocorresse a alteração de interpretação da Corte sobre determinada matéria (cf. MS 26.604/DF). Entretanto, o tema mudou radicalmente com a instituição do novo CPC, notadamente à luz do que estabelece o § 3º de seu artigo 927, nos seguintes termos: “§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica”. À luz, portanto, do novo CPC, o mecanismo e as especificidades do *overruling* restaram expressamente consagrados no direito brasileiro.

---

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et al. Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL 7.448/2017. *Revista Brasileira da Advocacia*. vol. 9. ano 3. p. 289-312. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2018.

Não é muito. De resto, autoridade nenhuma pode se negar a isso, no Estado democrático de Direito.

Assim, absolutamente em nada o projeto afeta as competências constitucionais das cortes de contas, em especial a de assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao cumprimento da lei. Inexiste aqui, em nossa opinião, qualquer margem para se suscitar a inconstitucionalidade do projeto.

#### *11.5. A ação declaratória de validade de regulamentos e outros atos públicos*

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

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

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

§ 3º A declaração de validade poderá abranger a adequação e a economicidade dos preços ou valores previstos no ato, contrato ou ajuste.

A maior parte das críticas do TCU recaem sobre artigo 25 do PL 7.448/2017, que cria uma nova espécie de ação declaratória: a ação declaratória de validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa. Extrai-se ainda do dispositivo que tal ação produz sentença com eficácia *erga omnes*, sendo seu rito o mesmo da ação civil pública (§ 1º). O Ministério Público será chamado ao processo, podendo abster-se, contestar ou aderir ao pedido (§ 2º). Por fim, prevê-se ainda que a declaração de validade poderá abranger a adequação e a economicidade de preços ou valores previstos em ato, contrato ou ajuste.

Aos olhos do TCU todo o dispositivo seria inconstitucional por ofensa aos artigos 70 e 71 da Constituição, uma vez que buscaria, pela via infraconstitucional, subtrair da apreciação do Poder Legislativo e dos Tribunais de Contas o exercício de suas competências relativas à verificação da regularidade dos atos, contratos, ajustes, processos e normas da Administração Pública. Para a Corte isso se daria justamente com a submissão da matéria ao Judiciário sem que se apontasse qualquer lesão ou ameaça a direito, apenas com a finalidade de se obter sentença declaratória de validade, o que, por via transversa, transformaria o Judiciário em órgão de chancela das ações administrativas, inclusive quanto à sua adequação e

economicidade dos preços e valores. Para o TCU, “[n]a prática, esse artigo permitiria submeter ao Judiciário um edital de licitação ou um contrato de concessão de uma rodovia, por exemplo, a fim de que o Juiz o declare válido, sobre os seus múltiplos aspectos, e ainda declare a sua adequação e a economicidade de seus preços”.

As críticas tecidas pelo TCU carecem de fundamento jurídico e distorcem o sentido da norma. E são surpreendentes, por lançarem, sobre todos os juízes do Brasil, a suspeita de que eles estariam sempre disponíveis para participar de conluíus, validando atos ilegais de modo desonesto.

Vige entre nós a diretriz da tutela judicial efetiva, segundo a qual, nos termos do inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Como é amplamente sabido, trata-se de uma garantia fundamental que afirma o monopólio do Poder Judiciário a respeito da validade jurídica, ou seja, da sua exclusividade em afirmar de forma definitiva a extensão e o alcance de todas as normas jurídicas.

Conseqüentemente, nenhum órgão do Estado está isento da força da coisa julgada produzida pela atividade jurisdicional, que alcança todos os assuntos relativos ao Direito. Os Tribunais de Contas, como órgãos administrativos de controle integrantes do Poder Legislativo, não podem obviamente reivindicar qualquer espécie de isenção frente à coisa julgada. Ou seja, as competências fiscalizatórias das Cortes de Contas subsistem em qualquer hipótese, mesmo com a competência do Judiciário para dizer o Direito.<sup>9</sup>

Pois o citado artigo 25 do Projeto de Lei foi inspirado, por um lado, na tradicional ação declaratória prevista no CPC (arts. 19 e 20), e, por outro, na experiên-

---

9. Cf. BRITO, Carlos Ayres. O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas. In: GRAU, Eros Roberto et al. (Coord.). *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 96-97. Aliás, supor qualquer espécie de antinomia entre a regra da inafastabilidade da jurisdição e as competências de controle administrativo configuraria erro hermenêutico grave. Como sempre ensinou Carlos Maximiliano, “[c]ontradições absolutas não se presumem. É dever do aplicador comparar e procurar conciliar as disposições várias sobre o mesmo objeto, e do conjunto, assim harmonizado, deduzir o sentido e alcance de cada uma. Só em caso de resistirem as incompatibilidades, vitoriosamente, a todo esforço de aproximação, é que se opina em sentido eliminatório da regra mais antiga, ou de parte da mesma, pois que ainda será possível concluir pela existência de antinomia irreduzível, porém parcial, de modo que afete apenas a perpetuidade de uma fração do dispositivo anterior, contrariada, de frente, pelo posterior” (*Hermenêutica e aplicação do direito*, 19. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 291).

---

MARQUES NETO, Flávio de Azevedo et al. Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL 7.448/2017. *Revista Brasileira da Advocacia*. vol. 9. ano 3. p. 289-312. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2018.



cia da ação direta de constitucionalidade. Criou-se assim a ação declaratória de validade de regulamentos e outros atos públicos, cujos efeitos produzidos são *erga omnes*. Em verdade, o mecanismo permite que, em casos de instabilidade jurídica gerada por múltiplas contestações ou dúvidas abusivas, o Judiciário, sempre com a participação obrigatória do Ministério Público, possa conferir certeza definitiva quanto à validade, vigência e obrigatoriedade de normas e atos, garantindo o fluxo adequado da ação pública contra as sabotagens de que esteja sendo alvo.

Note-se aqui que não é qualquer evento que pode ensejar a propositura da ação declaratória. De acordo com o *caput* do dispositivo, para que algum ente possa manejar essa ação deve demonstrar a existência de “razões de segurança jurídica de interesse geral”. Ou seja, exige-se que um dos valores mais centrais do ordenamento e do funcionamento das instituições públicas e privadas (a segurança jurídica<sup>10</sup>) esteja sob grave ameaça para que a ação possa ser proposta. É, para citar um exemplo, justamente o que ocorreu quando dos processos de

- 
10. Indesviável mencionar aqui as palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre o papel da segurança jurídica no direito: “[É] sabido e ressabido que a ordem jurídica corresponde a um quadro normativo proposto precisamente para que as pessoas possam se orientar, sabendo, pois, de antemão, o que devem ou o que podem fazer, tendo em vista as ulteriores consequências imputáveis a seus atos. O Direito propõe-se a ensejar uma certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social. Daí o chamado princípio da ‘segurança jurídica’, o qual, bem por isto, se não é o mais importante dentro todos os princípios gerais de Direito, é, indisputavelmente, um dos mais importantes entre eles. Os institutos da prescrição, da decadência, da preclusão (na esfera processual), do usucapião, da irretroatividade da lei, do direito adquirido, são expressões concretas que revelam esta profunda aspiração à estabilidade, à segurança, conatural ao Direito. Tanto mais porque inúmeras dentre as relações compostas pelos sujeitos de direito constituem-se em vista do porvir e não apenas da imediatidade das situações, cumpre, como inafastável requisito de um ordenado convívio social, livre de abalos repentinos ou surpresas desconcertantes, que haja uma certa estabilidade nas situações destarte constituídas. Esta ‘segurança jurídica’ coincide com uma das mais profundas aspirações do Homem: a da segurança em si mesma, a da certeza possível em relação ao que o cerca, sendo esta uma busca permanente do ser humano. É a insopitável necessidade de poder assentar-se sobre algo reconhecido como estável, ou relativamente estável, o que permite vislumbrar com alguma previsibilidade o futuro; é ela, pois, que enseja projetar e iniciar, conseqüentemente e não aleatoriamente, ao mero sabor do acaso, comportamentos cujos frutos são esperáveis a médio e longo prazo. Dita previsibilidade é, portanto, o que condiciona a ação humana. Esta é a normalidade das coisas” (*Curso de direito administrativo*, 29. ed., São Paulo: Malheiros, 2012, p. 127-128).

---

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et al. Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL 7.448/2017. *Revista Brasileira da Advocacia*. vol. 9. ano 3. p. 289-312. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2018.

privatização da década de 1990, em que diversos questionamentos foram feitos em várias instâncias distintas, promovendo uma indesejável instabilidade do programa. Nestes e em outros casos semelhantes, caberá ao juiz de direito avaliar, caso a caso, o preenchimento dessa condicionante e decidir sobre seu conhecimento e procedência.

Deste modo, e este é o ponto, a ação de declaração aqui analisada em hipótese alguma afeta as competências dos Tribunais de Contas na verificação da regularidade de atos, contratos, ajustes, processos e normas administrativas. Nos limites de suas competências, os órgãos de controle continuarão podendo naturalmente investigar e aplicar as medidas corretivas pertinentes. Aliás, nem haveria como se admitir que uma norma infraconstitucional pudesse afastar competências constitucionais expressas. Entretanto, o que faz o artigo 25 nada mais é do que criar uma via processual direta para que o Judiciário possa dar a última palavra sobre a validade de atos em sentido amplo (atribuição essa que, segundo o sistema constitucional brasileiro, já é sua). Não há aqui, portanto, nada de novo ou excêntrico. Conforme afirmado acima, por força da garantia da inafastabilidade da jurisdição prevista na Constituição Federal, as decisões tomadas nas esferas administrativa e controladora estão sempre sujeitas a revisão judicial.

Apenas mais uma nota parece relevante. O tom das críticas do TCU dá a entender que a Corte acredita que o Judiciário tenderia a ser permissivo em suas análises, admitindo a legitimidade de atos e normas que ela tradicionalmente censuraria. Somente neste contexto faria sentido a afirmação de que a ação declaratória, “por via transversa, transforma o Judiciário em órgão de chancela das ações administrativas”. O receio, entretanto, além de injustificável do ponto de vista institucional e jurídico, é certamente improcedente em seu mérito, além de ofensivo à magistratura. O ente que decide manejar a ação declaratória de validade corre riscos óbvios. Nada garante que a decisão lhe será favorável, isto é, que obterá a confirmação da declaração de validade do ato ou norma questionada. Há iguais chances de obter uma decisão desfavorável quanto à legitimidade do documento submetido ao Judiciário.

Em outras palavras, não é possível por nenhum meio afirmar que a decisão a respeito da adequação jurídica de um ato ou norma administrativa pode ser qualitativamente melhor se proferida pelas Cortes de Contas do que pelo Judiciário. E ainda que fosse, a palavra final, pela Constituição, será sempre do Poder Judiciário.

De todo modo, o dispositivo questionado em nada se incompatibiliza com o Texto Constitucional.

## II.6. Regime jurídico geral de negociação entre autoridades públicas e particulares

Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

§ 1º O compromisso:

I – buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;

II – poderá envolver transação quanto a sanções e créditos relativos ao passado e, ainda, o estabelecimento de regime de transição;

III – não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;

IV – deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

§ 2º Poderá ser requerida autorização judicial para celebração do compromisso, em procedimento de jurisdição voluntária, para o fim de excluir a responsabilidade pessoal do agente público por vício do compromisso, salvo por enriquecimento ilícito ou crime.

O artigo 26 do texto do projeto cria um regime jurídico geral para a negociação entre autoridades públicas e particulares, de forma a eliminar eventual irregularidade, incerteza jurídica ou mesmo uma situação de litígio. Trata-se de uma regra geral que pode ser complementada pelas legislações específicas sobre o tema, mas que desde já garante a sua aplicação, por exemplo, aos casos de expedição de licenças, desde que presentes razões de relevante interesse geral. O *caput* do dispositivo é claro nesse sentido.

O § 1º do referido artigo trata especificamente do termo de compromisso. O § 2º cuida da autorização judicial para a celebração do referido compromisso. Ambos os dispositivos foram objeto de algumas críticas do TCU que merecem ser aqui refutadas.

### II.6.a. Transação entre sanções e créditos (§ 1º, II)

O inciso II do § 1º do artigo 26 do texto do projeto afirma que o compromisso a ser celebrado entre as autoridades públicas e os particulares “poderá envolver

transação quanto a sanções e créditos relativos ao passado e, ainda, o estabelecimento de regime de transição”. Sobre este aspecto o TCU diz o seguinte:

A Lei anticorrupção prevê as hipóteses de sanções premiaias, mas apenas quando o autor do ilícito oferece algum benefício ao Poder Público. Fora dessa hipótese, a transação prevista neste inciso é mera leniência sem contrapartida. O mesmo se diga quanto à previsão de créditos relativos ao passado, pois não aponta o dispositivo a razão pela qual o credor, no caso, o Erário, iria renunciar ao seu crédito, se não há contrapartida que justifique essa renúncia.

O comentário é equivocado. O fato de haver a possibilidade de transação quanto a sanções e créditos relativos ao passado não importa em leniência ou perdão. Trata-se de simples reconhecimento, em norma de caráter geral (como é a LINDB), da possibilidade de autoridades firmarem acordos substitutivos de sanção ou de créditos relativos ao passado. A ideia, já utilizada em muitos casos, é que sanção ou crédito podem, dentro de certos limites, ser utilizados pela Administração Pública como moeda de troca para a obtenção de outras medidas de interesse público (tais como a realização de investimentos de interesse público por entes privados). O dispositivo, nesse sentido, não conflita com a Lei Anticorrupção, mas, ao contrário, como norma de caráter geral, com ela se compatibiliza integralmente.

É o que explica Juliana Bonacorsi de Palma:

A proposta é expandir um modo de gestão já experimentado em diversos órgãos e entes públicos brasileiros para toda a Administração Pública, direta e indireta, das três esferas federativas. A Lei de Introdução conterà, assim, um permissivo genérico à atuação administrativa consensual, tais quais os sistemas italiano, espanhol e alemão. Confere-se segurança jurídica quanto à transação na esfera administrativa e alinha-se o Direito brasileiro aos mais avançados sistemas jurídicos no que se refere à consensualidade administrativa.<sup>11</sup>

De outro lado, é também improcedente a afirmação de que o dispositivo admitiria renúncia de crédito sem contrapartida, em prejuízo ao erário. O que o projeto propõe é justamente uma alternativa para viabilizar o recebimento desse

11. Artigo 23, in: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Coord.), *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas*, Brasília: Senado Federal, p. 28.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et al. Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL 7.448/2017. *Revista Brasileira da Advocacia*. vol. 9. ano 3. p. 289-312. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2018.

crédito de forma efetiva e eficiente, pondo fim a inúmeros conflitos existentes com particulares que se encontram ainda sem solução. É o caso, por exemplo, das diversas multas regulatórias impostas a particulares atuantes de setores regulados que não só não são quitadas (efetivando o crédito público), mas cujas discussões se arrastam indefinidamente.

No âmbito dos órgãos ambientais e da regulação econômica esse tipo de acordo tem sido firmado com frequência, contando, inclusive, com a chancela de órgãos de controle. O próprio TCU já se manifestou pela possibilidade de a Agência Nacional de Telecomunicações firmar acordo dessa natureza. É o que se verifica, aliás, do que restou decidido no recente Acórdão 2.121/2017 – Plenário:

Representação. Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel). Celebração de termos de compromisso de ajustamento de conduta. Competência. Legalidade. Definição de regras para ajuste de conduta de operadoras. Conversão de passivo de multas de responsabilidade de ente regulado em investimentos diretos (compromissos adicionais). Conhecimento. Exame de cláusulas de TAC aprovado pelo Conselho Diretor. Cálculo de valor de referência. Impropriedades parcialmente afastadas. Irregularidades e riscos identificados e mantidos. Indeferimento de medida cautelar. Determinações. Recomendações. Oitivas. Ciência. Monitoramento. Relatório. (...)

Voto: (...)

De todo o exposto, a importância dos TAC para a atividade regulatória da Anatel é inquestionável neste momento de sua vida institucional. O sucesso ou insucesso na execução desses instrumentos, com as respectivas consequências e ensinamentos, inevitavelmente conduzirá a uma revisão do modelo sancionatório vigente.

É importante deixar assente que, da parte deste Tribunal, não existe qualquer impedimento para que a agência adote tal mecanismo no âmbito de sua atividade regulatória.

É natural que o caráter inovador dos instrumentos da administração consensual gere preocupações e desconfianças, em especial diante dos riscos inerentes ao manejo desses mecanismos e diante da necessidade de aprendizagem do Poder Público sobre a melhor forma de lidar com processos de negociação com os administrados. No caso do setor de telecomunicações, há que se considerar ainda a situação em que se encontram as operadoras e as deficiências de fiscalização por parte da Anatel, conforme já apontado por este Tribunal.

(Acórdão 2.121/2017 – Plenário, Rel. Min Bruno Dantas, julgado em 27.09.2017)

*II.6.b. Impossibilidade de desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral (§ 1º, III)*

O inciso III do § 1º do artigo 26 do texto veda que o compromisso a ser empenhado entre autoridade administrativa e particular confira “desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral”. Sobre este ponto a Consultoria Jurídica da Corte de Contas federal afirmou que, “pelo dispositivo, o ‘direito reconhecido por orientação geral’, seja lá o que isso queira dizer, não poderá ser sindicado, impugnado, restringido e muito menos extinto, o que o transforma em uma espécie de direito adquirido eterno”.

A crítica, neste caso, não é menos improcedente. Há ao menos duas incompreensões da Corte acerca do dispositivo analisado. Primeiro, o termo “direito reconhecido por orientação geral” encontra-se expressamente definido pelo parágrafo único do artigo 24. Basta lê-lo para descobrir que:

Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

Em segundo lugar, a impossibilidade de se transacionar deveres ou condicionamentos de direitos reconhecidos por orientação geral milita em favor do interesse público, não contra este. Busca-se, com isto, evitar justamente abusos e desvios que possam ser cometidos pelas autoridades administrativas na hipótese de celebração de compromisso. A vedação à desoneração permanente busca evitar, por exemplo, que uma negociação ou transação admita que o concessionário se escuse de seu dever de observar as regras regulatórias de qualidade do serviço público. Já a vedação à fragilização de condicionamento de direito tem como foco proibir a inobservância de certas limitações administrativas, como por exemplo a proibição de a indústria lançar poluição tóxica na atmosfera. Quer dizer, tais deveres, devidamente reconhecidos por orientação geral, não poderão ser objeto de transação pela autoridade administrativa.

*II.6.c. Autorização judicial para celebração do compromisso (§ 2º)*

Como dito, o § 2º do artigo 26 do texto do projeto prevê a possibilidade de ser requerida uma autorização judicial pela autoridade administrativa para

---

MARQUES NETO, Flávio de Azevedo et al. Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL 7.448/2017. *Revista Brasileira da Advocacia*. vol. 9. ano 3. p. 289-312. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2018.

celebração do compromisso. Seu propósito, inserido no texto de maneira absolutamente transparente, é o de excluir a responsabilidade pessoal do agente público por conta de eventual vício do compromisso, salvo por enriquecimento ilícito ou crime.

Aos olhos do TCU, contudo, trata-se de nova inconstitucionalidade. A tese é a mesma já analisada, afirmando perda de competências constitucionais pela exclusão da apreciação dos Tribunais de Contas atos da Administração Pública, em suposta ofensa aos artigos 70 e 71, incisos I, II, IV, VIII e IX, todos da Constituição Federal. E prossegue o comentário:

Além disso, o dispositivo cria uma espécie de irresponsabilidade do agente público por atos ilícitos administrativos e cíveis, pois autoriza a sua responsabilidade pessoal apenas quando se verificar o enriquecimento ilícito ou crime. Ou seja, se o agente público, com a celebração do compromisso, pratica ato antieconômico, mas sem enriquecimento ilícito dele, ou ainda se pratica ato ilícito administrativo ou civil, que não seja crime, não poderá ser responsabilizado por isso.

Há, como se vê, duas ordens de críticas do TCU. Ambas, contudo, são improcedentes.

Em primeiro lugar, lembre-se o dito acima sobre a convivência harmônica, no Texto Constitucional, entre as competências dos Tribunais de Contas e a garantia individual da inafastabilidade da jurisdição. Ou seja, as atividades a cargo das Cortes, no sentido da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da Administração Pública não excluem obviamente a competência do Judiciário para dar a última palavra em matéria jurídica. Repita-se: inexistente legitimidade em se pretender qualquer tipo de isenção do controlador face às competências do Poder Judiciário.

Pois dito isto, também fica claro que não há qualquer incompatibilidade do § 2º do artigo 26 do texto com a Constituição. A norma cria um mecanismo de controle administrativo prévio via Judiciário, o qual afasta o risco de responsabilização futura do agente. E, de fato, seja prévia ou posterior, a declaração expedida pelo Judiciário sobre a legitimidade ou não de determinado compromisso em hipótese alguma poderia ser contestada pelos órgãos de controle. Nada há de inconstitucional neste ponto.

Em segundo lugar, o dispositivo busca claramente evitar o risco de responsabilização futura do agente, por conta de eventuais visões diferentes de controladores. Isso, em certos casos, pode lhe conferir a segurança e a tranquilidade

necessárias para desempenhar suas funções a contento. Daí que a autorização aqui analisada configura um autêntico processo de justificação judicial, dependente da decisão do juiz de direito.

Portanto, ao contrário do que entendeu o TCU, não se trata de um mecanismo criado para garantir impunidade, pela óbvia razão de que, ao reconhecer a regularidade da atuação do agente público na solução de um assunto difícil, o Judiciário não protege infratores. Há aqui novamente uma espécie de suposição de que o juiz pode ser mais condescendente com práticas que o TCU censuraria, o que não faz sentido do ponto de vista institucional ou mesmo material.

De qualquer modo, é importante ressaltar que a norma não garantiu imunidade total ao agente público que vier a obter tal autorização judicial. Caberá obviamente aos órgãos de controle (Polícia, Ministério Público, Judiciário, Tribunais de Contas, etc.) apurar enriquecimento ilícito ou crime e, em os constatando, tomar as medidas cabíveis, na forma da legislação.

### *II.7. Responsabilidade pessoal do agente público*

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

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

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

§ 3º Transitada em julgado decisão que reconheça a ocorrência de dolo ou erro grosseiro, o agente público ressarcirá ao erário as despesas assumidas pela entidade em razão do apoio de que trata o § 2º deste artigo.

Por fim, dos dispositivos do projeto de lei que merecem nossa atenção, está o artigo 28. Analisando a questão, afirmou o TCU que o texto libera o agente de responsabilização em caso de negligência, imprudência e imperícia. A afirmação não é verdadeira.

O objetivo do dispositivo é garantir a devida segurança para que o agente público possa desempenhar suas funções de forma adequada. Por isso determina que ele só responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões em caso de



dolo ou erro grosseiro, o que inclui obviamente situações de negligência grave, imprudência grave ou imperícia grave.

Mas há ainda outra forma de se compreender o dispositivo. Sua grande vocação é a de pacificar a famosa discussão a respeito da inviabilidade ou não de se responsabilizar advogados e procuradores por suas opiniões exaradas em processos administrativos. E neste ponto restou pacificado pelo Supremo Tribunal Federal que somente haverá responsabilização em caso de erro ou dolo grave. É o que se extrai do MS 24.073/DF:

Ementa: Constitucional. Administrativo. Tribunal de Contas. Tomada de contas: advogado. Procurador: parecer. CF, art. 70, parágrafo único, art. 71, II, art. 133. Lei 8.906, de 1994, art. 2º, § 3º, art. 7º, art. 32, art. 34, IX.

I – Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. Celso Antônio Bandeira de Mello, (*Curso de direito administrativo*, 13. ed., São Paulo: Malheiros, p. 377).

II – O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo: CC, art. 159; Lei 8.906/1994, art. 32.

III – Mandado de segurança deferido (MS 24.073/DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 31.10.2003).

Daí porque o § 1º do mesmo artigo 28 define que não configura erro grosseiro “a decisão ou opinião baseada em jurisprudência ou doutrina, ainda que não pacificadas, em orientação geral ou, ainda, em interpretação razoável, mesmo que não venha a ser posteriormente aceita por órgãos de controle ou judiciais”. Ou seja, veda-se aquilo que Ruy Barbosa cunhou de “crime de hermenêutica”, isto é, o sancionamento do agente público por oferecer opinião técnica divergente da tese adotada pelo controlador ou pelo Judiciário. Maria Sylvia Zanella Di Pietro define a questão com precisão:

[S]e o parecer está devidamente fundamentado, se defende tese aceitável, se está alicerçado em lição de doutrina ou de jurisprudência (que constituem

fontes do direito), não há como responsabilizar o advogado pela opinião manifestada em parecer jurídico nem a autoridade que, com base nele, proferiu a decisão.<sup>12</sup>

Deste modo, dito isto, parece-nos tranquilo concluir que as críticas do TCU neste ponto igualmente não prosperam.

### III. CONCLUSÃO

Vistos todos estes pontos a conclusão que se pode chegar é que inexistem as máculas suscitadas pelo Tribunal de Contas da União. O PL 7.448/2017 figura como um grande avanço para a melhoria da qualidade decisória nacional, não havendo quaisquer ilegalidades ou inconstitucionalidades. Na verdade, ele apenas consagra melhores práticas em matéria de controle da administração pública, em grande parte já utilizadas no Brasil e no plano internacional por órgãos controladores.

É nossa opinião.

#### PESQUISAS DO EDITORIAL

##### Veja também Doutrina

- A justiça e as decisões judiciais, de Fernanda Fernandes Galluci – *RDPriv* 95/45-62 (DTR\2018\20597); e
- As lacunas no ordenamento jurídico, de Diego Eidelvein do Canto – *RDPriv* 88/17-42 (DTR\2018\12729).

12. Artigo 27, in: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Coord.), *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas*, op. cit., p. 38.