

## A SEGURANÇA JURÍDICA E O CONTROLE À LUZ DE NOVOS CONCEITOS DA LINDB: UMA RELEITURA DO DEVER DE MOTIVAÇÃO DO AGENTE PÚBLICO

Marcílio Barenco Corrêa de Mello<sup>1</sup>

Tatiana Alves Nunes Guerreiro Pereira<sup>2</sup>

doutrina

### RESUMO

O presente *paper* tem por escopo a discussão acerca de novas diretrizes impostas aos agentes públicos pelo advento da Lei federal nº 13.665/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), bem como a revisitação das disposições atinentes à segurança jurídica e eficiência, tanto na criação, como na aplicação do direito público. Pelos deveres de fundamentação indeclináveis agora impostos aos agentes públicos, a presente legislação inovadora suscita questionamentos e polêmicas para validade dos atos editados, em especial na seara de controle judicial ou administrativo. Este artigo pretende abordar pontos relevantes acerca de aspectos inovadores trazidos pela neófito legislação administrativa, os deveres de fundamentação na edição de atos positivos ou de controle, com as consequências de inobservância.

**Palavras-chave:** Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro. Segurança jurídica. Controle Administrativo e Judicial. Dever de Fundamentação. Responsabilidade do Agente Público.

### ABSTRACT

This paper has as scope the discussion about new guidelines imposed on the public agents by the advent of Federal Law 13.665 / 2018, which changed the Law of Introduction to the Brazilian Law Norms (LINDB), as well as the revision of the relevant provisions legal certainty and efficiency, both in the creation and in the application of public law. Due to the undecidable duties of obligation now imposed on public agents, this innovative legislation raises questions and controversies for the validity of the acts edited, especially in the area of judicial or administrative control. This article intends to address relevant points about innovative aspects brought by the neophyte administrative legislation, the duties of justification in the editing of positive acts or of control, with the consequences of nonobservance.

**Keywords:** Law of Introduction to the Norms of Brazilian Law. Legal certainty. Administrative and Judicial Control. Duty to state reasons.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por escopo tratar de peculiaridades estruturantes do Direito Público, inovadas pela Lei federal nº 13.665 de 2018, que trouxe deveres inerentes

<sup>1</sup> Procurador do Ministério Público de Contas de Minas Gerais. Doutorando em Ciências Jurídicas Publicistas pela Universidade do Minho/Braga/Portugal. Mestre em Fundamentos dos Direitos Constitucionais.

<sup>2</sup> Analista de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Pós-Graduada em Direito Processual pela PUC/MG e MBA em Direito da Economia e da Empresa pela FGV.

à segurança jurídica impostos aos envolvidos na gestão e no controle de gastos públicos, sobretudo num novo olhar do dever de motivação e fundamentação.

Tal inovação legislativa, ao inserir onze artigos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, trouxe consigo normas infraconstitucionais *lex legum*, em especial por disciplinar questões que devem ser respeitadas por outras leis e os respectivos aplicadores do direito: os agentes públicos.

Primitivamente, o Decreto-Lei nº 4.657, de 1942, tratava de norma de Direito Privado (Lei de Introdução ao Código Civil). A bem da verdade, a antiga LICC não constituía uma norma exclusiva de Direito Privado. Nesse particular, sofreu diversas alterações ao longo dos anos, passando inclusive a ser denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB, sobretudo, por seu conteúdo abarcar normas atinentes à Teoria Geral do Direito, atinentes a vigência, obrigatoriedade, interpretação e aplicação das leis no tempo e no espaço.

Nesse novo viés, foi promulgada a Lei federal nº 13.665/2018, alterando a LINDB e introduzindo diversos artigos que tratam do direito público, com teleologia conceptiva de maior segurança jurídica nas relações advindas do Estado e da qualidade decisória pública, com consequente efeito na seara de controle administrativo ou judicial.

Para efeitos práticos deste artigo e delimitando o âmbito de atuação dogmática, a título ilustrativo, tentar-se-á solver a discussão proposta analisando-se argumentos prós e contra a proposição normativa, também sob perspectiva dos deveres e responsabilidades dos agentes públicos, o que se torna primordial quando tratamos da gestão de bens públicos.

Nesse contexto, vale ressaltar que em virtude da complexidade e amplitude da matéria, este estudo não tem a pretensão de esgotar o tema em si, nem poderia; visa contribuir para uma reflexão acurada acerca de temas introduzidos no nosso ordenamento jurídico pátrio, seus reflexos pragmáticos na edição de atos administrativos, e os novos deveres dos agentes públicos, seja ele controlado ou controlador.

## 2. A DUPLA FACE DO NOVO DEVER DE MOTIVAÇÃO DECISÓRIA

Insurgindo-nos quanto à necessidade de explicitação acerca da natureza da nova lei, principalmente no que tange os novos deveres que ela possa gerar aos agentes públicos, aliado ao alcance dos objetivos estruturantes dos “Estudos sobre o Projeto de Lei nº 349/2015, que inclui, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, disposições para aumentar a segurança jurídica e a eficiência na aplicação do direito público”, trazemos a exposição de motivos esposados pelo autor do projeto - Senador Federal Antônio Anastasia<sup>3</sup>, para melhor elucidação do tema, *in litteris*:

<sup>3</sup> Exposição de Motivos do Projeto de Lei do Senado nº 349/2015. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4407647&disposition=inline>. Acessado em: 11-set-2018.

Como fruto da consolidação da democracia e da crescente institucionalização do Poder Público, o Brasil desenvolveu, com o passar dos anos, ampla legislação administrativa que regula o funcionamento, a atuação dos mais diversos órgãos do Estado, bem como viabiliza o controle externo e interno do seu desempenho.

Ocorre que, quanto mais se avança na produção dessa legislação, mais se retrocede em termos de segurança jurídica. O aumento de regras sobre processos e controle da administração têm provocado aumento da incerteza e da imprevisibilidade e esse efeito deletério pode colocar em risco os ganhos de estabilidade institucional. (...)

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 municipal.

A ideia é incluir na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei 4.657/1942) disposições para elevar os níveis de segurança jurídica e de eficiência na criação e aplicação do direito público. Conforme esclareceram os referidos professores, o projeto em apreço propõe medidas para neutralizar importantes fatores de distorção da atividade jurídico-decisória pública. São eles:

O alto grau de indeterminação de grande parte das normas públicas;

A relativa incerteza, inerente ao Direito, quanto ao verdadeiro conteúdo de cada norma;

A tendência à superficialidade na formação do juízo sobre complexas questões jurídico-públicas;

A dificuldade de o Poder Público obter cumprimento voluntário e rápido de obrigação por terceiros, contribuindo para a inefetividade das políticas públicas;

A instabilidade dos atos jurídicos públicos, pelo risco potencial de invalidação posterior, nas várias instâncias de controle.

Os efeitos negativos indiretos da exigência de que as decisões e controles venham de processos (que demoram, custam e podem postergar cumprimento de obrigações);

O modo autoritário como, na quase totalidade dos casos, são concebidas e editadas normas pela Administração Pública. (SUNDFELD, Carlos Ari. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Contratações Públicas e Seu Controle*. 2013: Malheiros, p. 278)

Em virtude da controvérsia existente e do cenário jurídico-político nacional dos últimos anos, percebe-se que diversos atos foram anulados por decisões de controle (administrativo ou judicial) fundadas em princípios gerais de direito, gerando enorme insegurança jurídica para as partes envolvidas, em especial em desfavor do gestores públicos e empresas contratadas, trazendo à lume uma realidade cambiante passível de necessária correção.

Uma das justificativas estruturantes da nova legislação é privilegiar o bem comum, atentando-se que a consecução do direito visa atender a maioria, ou seja, sempre volvida a realização do princípio do interesse público, dotando-se os atores decisórios de segurança jurídica no trato da edição de atos administrativos e de gestão. Mas não é só.

É de conhecimento jurídico notório que o fundamento do regime de direito administrativo reside no princípio da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, do qual o agente público não poderá se descolar.

Nesse sentir, a "(...) supremacia do interesse público é interpretada no sentido de superioridade sobre os demais interesses existentes em sociedade. (...) indicaria a impossibilidade de sacrifício ou transigência quanto ao interesse público, (...)".<sup>4</sup>

Sob a acepção anteposta, a nova legislação visa minimizar as possíveis "mazelas" decorrentes da insegurança jurídica que permeia a prestação do serviço público, por vezes em iminente dano ao interesse maior, ocasionador de turbações ao erário público.

Assim, a nova lei nos moldes preconizados em art. 20, veda a utilização de argumentos retóricos ou principiológicos sem que seja realizada uma prévia e detida análise dos fatos e das suas consequências práticas, seja nas decisões proferidas no âmbito judicial, seja nas decisões administrativas ou em sede de órgãos de controle. *Ex surge* aqui o dever de fundamentar o nascedouro do ato e de sua invalidação, ao pré-requisito de antevisão de suas "consequências práticas" deste último, isto é, onde sem a demonstração inequívoca do consequencialismo útil para não preservação do ato em si, o agente controlador não poderá gravá-lo de nulidade, sob pena de incorrer em ilegalidade. Por óbvio, em todos os casos o interesse público será preservado, sopesando-se a motivação do agente público editor.

O que se visa combater é a utilização excessiva de valores jurídicos abstratos (principiológicos), limitando-se o uso de expressões genéricas e conceitos jurídicos indeterminados a fim de evitar decisões vazias e imotivadas, sem exame pormenorizado dos possíveis impactos futuros; deve o julgador/controlador, a partir de elementos compilados no processo administrativo, judicial ou de controle, exibir as consequências práticas da sua decisão, reforçando-se a ideia de responsabilidade decisória estatal.

Percebemos que o dispositivo não exige conhecimento extra autos pelo julgador/controlador, mas sim que concretize a sua função pública com maior responsabilidade no exercício de seus deveres. De fato, faz-se surgir um maior encargo aos agentes controladores, qual seja, a previsibilidade de consequências úteis de suas decisões de invalidação. Mas também vai mais além.

Reside aqui, vedação de motivações decisórias vazias, apenas retóricas ou principiológicas, sem análise prévia de fatos e de todos os seus impactos.

Obriga-se agora ao julgador/controlador a avaliação e motivação, com demonstração de elementos idôneos coligidos no processo administrativo, judicial ou de controle, com demonstração de suas consequências práticas no ato decisor, dando-se norte da demonstração da chamada "pluralidade de alternativas".

<sup>4</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 11ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 132.

Afaste-se voluntarismos, intuições, improvisos e fórmulas gerais como “interesse público”, “princípio da moralidade”, dentre outros, para conspurcação de atos submetidos ao controle de legalidade.

Desta feita, impõe-se novo dever de, “(...) com base em dados trazidos ao 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”.<sup>5</sup>

Com efeito, o Parágrafo único, do art. 20, incluído pelo art. 1º do referido diploma legal<sup>6</sup>, determinou que “a motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida, inclusive em face das possíveis alternativas”.

O princípio da motivação e da consequência do ato administrativo, presentes noutros diplomas legais, deve ocorrer na exposição dos fundamentos de fato e de direito do ato controlador, levando em consideração as “consequências práticas da decisão”.

Dirley da Cunha Jr.<sup>7</sup>, em sua obra Curso de Direito Constitucional, ensina que:

No Estado Democrático de Direito não se concebe ato administrativo sem motivação. A exigência de motivação está expressa na Constituição Federal de 1988 para as decisões judiciais e administrativas do Poder Judiciário, em razão do exposto no art. 93, incisos IX e X, respectivamente.

Lado outro, a Lei federal nº 9.784/99 abrigou de forma expressa o princípio da motivação no seu art. 2º, *caput*, como princípio da Administração Pública, prevendo ainda no art. 50 que a motivação dos atos administrativo, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses, imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções.

A motivação é necessária para todo e qualquer ato administrativo, sendo exigida tanto nos atos vinculados quanto nos atos discricionários. Em certos atos vinculados a simples menção do fato e da regra de Direito a ser aplicada pode ser suficiente, por estar implícita a motivação, uma vez que nos atos vinculados os motivos já vêm expressados na lei, de modo que aplicação desta é quase automática. Nos atos discricionários, antes os quais a Administração goza de relativa liberdade de escolha quantos aos motivos, apesar desta envolver mérito administrativo, haverá, com maior razão ainda, necessidade de motivação.

De outra banda, Fabricio Motta<sup>8</sup> entende que o dever de motivação é obrigatório ao gestor público “para permitir compreender o percurso hermenêutico que empreendeu na busca da melhor solução, tornando públicas as razões que o levaram a considerar dada medida como necessária e adequada frente às demais”.

5 Excerto extraído do Parecer disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-juristas-rebatem-criticas.pdf>. Acessado em 11-set-2018.

6 Lei federal n. 13.655, de 25 de abril de 2018, que incluiu no Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público.

7 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 7ª ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2013. p. 923.

8 MOTTA, Fabrício. In Interesse Público, CONJUR: 14-jun-2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-14/interesse-publico-alteracoes-lindb-valem-todos-nao-controle>. Acessado em: 11-set-2018.

São previstas ainda, a inserção obrigatória de possíveis alternativas, com desígnio de que seja possível desvelar a menos danosa ou mais eficaz em dada situação fática, observando-se a máxima do direito *quod non est in actus non est in mundo*.

Nesse particular, o novo dever de motivação e de demonstração de alternativas *ex surge* não só ao controlador - concomitante ou póstumo - expressamente em virtude da nova lei, mas, sobretudo, implicitamente ao controlado. Explico: desde o nascedouro do ato administrativo deverá o agente público fundamentá-lo, apresentando às várias alternativas possíveis para adoção da medida administrativa menos danosa ou mais eficaz, apontando os motivos determinantes de sua opção decisória, naquele ou noutro sentir, a fim de propiciar o esgotamento escorreito de verificação dessa melhor alternativa jurídica adotada no momento de submissão à esfera controladora.

A segurança jurídica e eficiência impostas pela nova lei têm como destinatários o controlado e o controlador, ordem natural de seu efeito legiferante, que devem atentar para necessária revisitação de seus deveres e responsabilidades inerentes aos seus (en)cargos.

Nota-se também que foram trazidos elementos atinentes ao princípio da proporcionalidade, sendo de suma importância por limitar a atuação e discricionariedade dos poderes públicos, impedindo a prática de atos inúteis, desarrazoados e desproporcionais.

Como salienta Dirley da Cunha Jr., o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade ampla, trata-se de princípio constitucional implícito que exige a verificação do ato do poder público quanto aos seguintes aspectos: adequação (ou utilidade), necessidade (ou exigibilidade) e proporcionalidade em sentido estrito<sup>9</sup>, *in verbis*:

(...) **Adequação (ou utilidade)** – É aquele que exige que as medidas adotadas pelo poder público se apresentem aptas para atingir os fins almejados. Ou seja, que efetivamente promovam e realizem os fins. Ora, fere até o bom senso que os órgãos públicos possam se valer de atos e meios, ou tomar decisões, que se revelem inúteis a ponto de não conseguirem realizar os fins para os quais se destinam.

**Necessidade (ou exigibilidade)** – Em razão deste subprincípio, impõe-se que o poder público adote, entre os atos e meios adequados, aquele ou aqueles que menos sacrifícios ou limitações causem aos direitos fundamentais. Por este subprincípio objetiva-se evitar o excesso da Administração.

**Proporcionalidade em sentido estrito** – Em face deste subprincípio, deve-se encontrar um equilíbrio entre o motivo que ensejou a atuação do poder público e a providência por ele tomada na consecução dos fins visados. Impõe-se que as vantagens que a medida adotada trará superem as desvantagens.

Destarte, o intuito é ter uma administração mais racional, onde a orientação deve ser a de buscar o interesse público e não simplesmente o cumprimento da letra da lei,

<sup>9</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. cit, p. 223.

com intuito de que sejam minimizados os prejuízos e danos ao erário, desaguardo no princípio da consequência jurídica do ato.

Todavia, tais neófitos artigos legislativos não podem servir de mote para o descumprimento de outras leis, mas sim como nova interpretação sistemática do direito público, onde deva existir ponderação quanto aos resultados práticos da decisão em busca do maior interesse público, posto que erros formais não devem sobrepor-se ao bem comum de modo a aniquilá-los, como extrai-se, outrora, de vetustas declarações de nulidade que se pretende superar.

Nesse diapasão, Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Veras de Freitas, em seu artigo “A função normativa da administração pública e a Lei 13.655/2018”<sup>10</sup>, entendem que a Lei de Segurança para a Inovação Pública “confere uma racionalidade à função normativa da administração, de modo que ela não seja referendada, apenas, por balizas *ex ante* (fundamento legal), mas por um olhar prospectivo (*forward-looking*)”, compreendendo a demonstração de elementos de impacto e equilíbrio de interesses, assim como comparações alternativas.

Dessa forma, o art. 22 da LINDB<sup>11</sup> dispôs que a interpretação das normas sobre gestão pública deve considerar a realidade e os obstáculos enfrentados pelos gestores sem prejuízo dos direitos dos administrados, levando-se em consideração as circunstâncias da época que influenciaram na conduta do agente.

Lado outro, é importante ressaltar que a motivação será de suma importância na hipótese de uma futura análise por órgão de controle (judicial ou administrativo), sendo que, deverão restar presentes previamente todos os elementos ensejadores da tomada de decisão num dado sentido à época, sob pena de odiosa omissão. Novamente explico.

De fato, a omissão das alternativas ou má fundamentação destas poderá promover interpretação casuística da norma pelo julgador/controlador, com análise de caso a caso. Todavia, uma análise individualizada lastrada em alternativas claras, prévias e plausíveis, permitirá a apuração da realidade de cada órgão, onde a gestão pública de cada ente federado é distinta do outro, devendo o julgador analisar as especificidades para a produção de uma decisão justa, que deverá pautar-se sempre no almejo do bem comum.

Nesse particular, Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas<sup>12</sup> ressaltam, in *litteris*:

O exercício do poder extroverso estatal tem se desenvolvido por meio de uma interpretação estática, sobretudo pelo seu viés repressivo.

10 MARQUES NETO, Floriano Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras. In A função normativa da administração pública e a Lei 13.655/2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-14/opiniao-funcao-normativa-administracao-publica-lindb>. Acessado em 11-set-2018.

11 Introduzido pela Lei federal n. 13.655, de 25 de abril de 2018, que incluiu no Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público.

12 Idem. In O artigo 22 da LINDB e os novos contornos do Direito Administrativo Sancionador. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-25/opiniao-artigo-22-lindb-direito-administrativo-sancionador>. Acessado em 11-set.2018.

Dito em outros termos, os controladores levaram adiante processos administrativos sancionadores, com base nos seus próprios juízos a propósito da adequação das condutas de administradores públicos e dos particulares. Juízos que, em razão da morosidade própria à burocracia, são formados sempre retrospectivamente, muitas vezes, anos após a conduta. O distanciamento temporal, contudo, turva a avaliação, propicia o seu enviesamento. Oblitera circunstâncias que não podem ser desconsideradas pelos órgãos de controle.

Percebe-se que houve a incorporação do pragmatismo no âmbito do Direito Administrativo sancionador, onde a Justiça deve ser medida pelas consequências e não pelo Direito, cujo desígnio seria averiguar os efeitos prováveis diante do caso concreto, levando-se em consideração as circunstâncias à época do fato, tendo em vista que há direitos que serão impactados.

Segundo Rafael Carvalho Rezende de Oliveira<sup>13</sup>, o pragmatismo jurídico, apresenta, ao menos, três características básicas: (i) o *antifundacionalismo*, de acordo com o qual se rejeita a existência de entidades metafísicas ou conceitos abstratos, estáticos e definitivos no direito, imunes às transformações sociais; (ii) o *contextualismo*, conceito que orienta a interpretação jurídica por questões práticas; e (iii) o *consequencialismo*, característica de acordo com a qual as decisões devem ser tomadas a partir de suas consequências práticas (olhar para o futuro, e não para o passado).

Tal dispositivo legal exige que o controle dos atos deva ser exercido avaliando-se a conduta praticada, utilizando-se o princípio do *tempus regit actum*, agregado as circunstâncias práticas em que foram exercidos, sofisticando assim, a teoria das nulidades dos atos administrativos, especialmente no que tange a responsabilização dos agentes públicos atores do ato controlado.

De fato, o ordenamento jurídico brasileiro já protege o particular de boa-fé partícipe das relações jurídicas firmadas com a Administração Pública, desde que pautadas pela confiança legítima (*ex vi* Lei federal nº 9.784/1999), existindo, contudo, lacuna na responsabilização do agente público que porventura exerceu irregularmente o seu mister.

Assim, chamamos atenção ao artigo 28<sup>14</sup> da nova ordem legal, que possibilita que o agente público desempenhe suas funções de maneira adequada, só respondendo pessoalmente por suas decisões e/ou opiniões em caso de dolo ou erro grosseiro, o que inclui as situações de negligência grave, imprudência grave ou imperícia grave, não se coadunando com a ideia de mera culpa simples.

Percebe-se que o art. 28 traz em si derrogação tácita do art. 10, *caput*, da Lei de Improbidade Administrativa<sup>15</sup>, tratando-se de uma orientação jurisprudencial já adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, onde firmou-se entendimento em torno da

13 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Ativismo judicial, pragmatismo e capacidades institucionais: as novas tendências do controle judicial dos atos administrativos. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, p. 9-36, out./dez. 2012.

14 Também introduzido pela Lei federal n. 13.655, de 25 de abril de 2018, que incluiu no Decreto- Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público.

15 Lei federal n. 8.429, de 02 de junho de 1992.



necessidade da comprovação do dolo ou culpa grave para fins de imputação de atos (dolosos ou culposos) que causem prejuízo ao erário como ato típico de improbidade administrativa.

O *caput* do aludido artigo define ato de improbidade administrativa como aquele que causa lesão ao erário, "(...) qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º (...)".

Nesse particular, Mauro Roberto Gomes de Mattos, leciona em sua obra "O Limite da Improbidade Administrativa"<sup>16</sup>, que "é preciso verificar se existe indício, em que seja um mínimo de má-fé, que revele realmente a presença de um comportamento desonesto do agente público", não bastando a prática de ato ilegal para caracterização de ato ímprobo.

Defende ainda que a expressão culposa seja inconstitucional, por ferir o estatuído no art. 37, da CR/88, onde a "gradação da lei" não poderá ser invocada para considerar todo e qualquer ato involuntário como ímprobo.

Percebe-se que a boa-fé e honestidade são condutas obrigatórias ao agente público, configurando, por consequência, requisito intrínseco do ato de probidade. No entanto, salienta Aristides Junqueira Alvarenga<sup>17</sup> que a desonestidade estará ausente na conduta culposa (negligência, imprudência ou imperícia), não se compatibilizando, pois, com o conceito de improbidade.

Mauro Roberto Gomes de Mattos<sup>18</sup> traz entendimento de Hely Lopes Meirelles, atualizado por Arnaldo Wald e Gilmar Mendes que, *in verbis*:

(...) embora haja quem defenda a responsabilidade civil objetiva dos agentes públicos em matéria de ação de improbidade administrativa, parece-nos que o mais acertado é reconhecer a responsabilidade apenas na modalidade subjetiva. Nem sempre um ato ilegal será um ato ímprobo. Um agente público incompetente, atabalhado ou negligente não é necessariamente um corrupto ou desonesto. O ato ilegal, para ser caracterizado como ato de improbidade, há de ser doloso ou, pelo menos, de culpa gravíssima.

Deste modo, por todos os fundamentos acima esposados, temos que o intento da *inovatio legis* foi permear o gestor público de maior segurança jurídica na prática de seus atos, de modo que, ao praticar regularmente o seu mister de forma motivada e fundamentada no estrito interesse público, não se veja responsabilizado *a posteriori*, por consequência jurídica de declaração de nulidade proferida por órgão controlador (judicial ou administrativo), pela inobservância de formalidade legal, desde que ausentes o dolo ou erro grosseiro.

16 MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. O limite da improbidade administrativa: comentários à Lei nº 8.429/92. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 269.

17 ALVARENGA, Aristides Junqueira. Reflexões sobre improbidade administrativa no direito brasileiro. São Paulo: Ed. Malheiros, 2011, p. 92

18 MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Op. cit., p. 274.

De outra banda, passou-se a exigir maior criteriologia das instâncias de controle (judicial e administrativa), a fim de que, se distanciando de princípios abstratos e genéricos, passem a sopesar o consequentialismo das suas decisões de nulidade, com demonstração dos efeitos práticos de suas declarações, traçando, em certa medida, dever de demonstração das alternativas cabíveis à espécie.

Por fim, para verificação escorreita de tais alternativas, deverá o agente público desde logo debruçar-se a demonstrá-las na época da edição do ato emanado, sob pena de poder ser responsabilizado pela inércia da motivação adequada.

### 3. CONCLUSÃO

A LINDB trouxe alterações significativas no âmbito das matérias afetas ao direito público, o que inicialmente, conferirá maior segurança jurídica e eficiência administrativa.

Em que pese o neófito diploma legal ser objeto de diversas censuras e exaltações na comunidade jurídica, os novos deveres impostos aos agentes do Estado (agente públicos e seus controladores), não representa o enfraquecimento de seus (en) cargos, nem tampouco restringe a eficácia de suas atividades de controle, nem diminui a responsabilização civil, administrativa e penal dos agentes públicos.

O que vemos é a exigência de um maior e criterioso dever de melhor fundamentar as decisões, seja na emanação dos atos administrativos, seja no momento de controle, em especial nas declarações de nulidade. A segurança jurídica reside na exigência desse maior preciosismo de ambas as partes (controlado e controlador), que terão contra si a necessidade de maior acuidade na observância de eficiência de suas atividades-fim, exigindo também, uma relação de equilíbrio de forças, natural num Estado de Direito permeado por um sistema de freios e contrapesos.

A imposição de condicionantes às decisões emanadas pelos órgãos de controle, especialmente no que se refere uma maior motivação na declaração de nulidade de atos pela via judicial ou administrativa (consequências, alternativas, dentre outros), não pode servir de justificativa para desmerecer a *mens legis inovatio*. A atuação dos órgãos de controle deve nortear-se pelo interesse público e pela eficiência, de modo a melhor distinguir atos dolosos violadores do erário e dos deveres republicanos, daqueles praticados pelos gestores de acordo com as exigências da política pública a seu (en)cargo.

Do mesmo modo, a maior segurança jurídica que se oferta aos agentes públicos, em especial gestores, impõe-lhes um sobrelevo de qualificação, especialização e eficiência em suas atividades típicas, principalmente no que tange o dever de melhor motivar e fundamentar suas decisões administrativas externadas em atos, sob pena de, ao claudicarem nesse particular, serem submetidos às hipóteses vislumbradas tão somente pelas instâncias de controle, não externadas fidedignamente em seus

atos decisórios, tornando-os, por consequência, muitos mais frágeis e suscetíveis das hipóteses de nulidade.

A *expertise* da demonstração inequívoca do melhor interesse público aplicável à espécie, reside na função típica do administrador, cuja segurança jurídica deverá ser externada na especificidade de sua motivação, sob pena de ser eventualmente responsabilizado por omissão do dever de melhor fundamentar alternativas cabíveis à espécie.

Tudo isso ainda não resolverá os percalços do gestor público em ser submetido a variadas formas e órgãos de controle, mas de certo ilidirá o ambiente “criativo” de decisões de nulidade pautadas em princípios gerais e abstratos, trazendo a médio prazo, a almejada segurança jurídica que a nova lei inaugurou, sem deixar de perpassar por um processo de adaptação necessário, mas eficaz na aplicação de seus conceitos.

Neste passo, de acordo com o que restou demonstrado no presente trabalho, torna-se de primordial atenção o cumprimento *incontinenti* dos deveres de boa-fé, lealdade, acuidade e responsabilidade dos atores do processo de criação e aplicação do Direito Administrativo, de modo a se implantar uma Administração Pública honesta e socialmente eficiente, com um sistema de controle equilibrado e eficaz, que tenha por objetivo máximo a persecução punitiva de atos dolosos e de erros graves em detrimento do erário público, criando um ambiente muito mais dialógico e preventivo aos atos praticados pelo gestor, do que unísono e sancionador repressivo em desfavor da própria eficiência do agir estatal.

## 4. REFERÊNCIAS

ANASTASIA, Antônio Augusto Junho. *Exposição de Motivos do Projeto de Lei do Senado nº 349/2015*. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4407647&disposition=inline>. Acesso em: 11.set. 2018.

ALVARENGA, Aristides Junqueira. *Reflexões sobre improbidade administrativa no direito brasileiro*. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2012.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 8ª ed. atualizada por Gustavo Binenbojm, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

JACOBY FERNANDES, J. U. *A Lei nº 13.655/2018 e o resgate da segurança jurídica para os gestores públicos e órgãos de controle*. Disponível em: [https://www.jmleventos.com.br/pagina.php?area=coluna-juridica&acao=download&dp\\_id=181](https://www.jmleventos.com.br/pagina.php?area=coluna-juridica&acao=download&dp_id=181). Acesso em: 11 de setembro. 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 11ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Nota Técnica Conjunta nº 1/2018*. Disponível em: [http://www.mpf.mp.br/atualizacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/Nota%20Tecnica%201\\_2018.pdf](http://www.mpf.mp.br/atualizacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/Nota%20Tecnica%201_2018.pdf). Acesso em: 11 de setembro. 2018.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *A função normativa da administração pública e a Lei 13.655/2018*. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-jun-14/opiniao-funcao-normativa-administracao-publica-lindb>>. Acesso em: 11 de setembro. 2018.

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

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; et al. Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL nº 7.448/2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-juristas-rebatem-criticas.pdf>. Acesso em: 11 de setembro. 2018.

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

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite de improbidade administrativa: comentários à Lei nº 8.429/92*. 5ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

MOTTA, Fabrício. *Alterações na LINDB valem para todos, não só para o controle, 2018*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-14/interesse-publico-alteracoes-lindb-valem-todos-nao-controle>. Acesso em: 11 de setembro. 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Ativismo judicial, pragmatismo e capacidades institucionais: as novas tendências do controle judicial dos atos administrativos*. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, p. 9-36, out./dez. 2012.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Coord.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*, Brasília. 2015. Disponível em: < <https://antonioaugustooanastasia.com.br/wp-content/uploads/2015/09/segurancajuridica.pdf>>. Acesso em: 11 de setembro. 2018.