II SIMPÓSIO
JURÍDICO PROCESSUAL
DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO
DO RIO GRANDE DO NORTE

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO
RIO GRANDE DO NORTE

Mariana de Siqueira

LINDB e Controle: entre expectativas e realidade



AS MUDANÇAS DE 2018 E A LINDB COMO FATOR INOVADOR PARA O DIREITO PÚBLICO: DEVERIA HAVER LEI PRÓPRIA PARA ISSO?

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO
RIO GRANDE DO NORTE



SEGURANÇA JURÍDICA E MELHORIA DA QUALIDADE DAS DECISÕES PÚBLICAS

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO
RIO GRANDE DO NORTE



1. PRINCIPIOLOGIA NA ESTRUTURA DO CONTROLE
2. A MOTIVAÇÃO TENDE A NÃO CONSIDERAR AS CONSEQUÊNCIAS CONCRETAS DA DECISÃO CONTROLADORA, CONTROLE INSENSÍVEL ÀS REAIS DIFICULDADES DO GESTOR
3. AS DECISÕES ADMINISTRATIVAS SÃO MERAMENTE PROVISIONAIS

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO
RIO GRANDE DO NORTE



EM 2013, FOI PUBLICADO O LIVRO CONTRATAÇÕES PÚBLICAS E SEU CONTROLE E OS AUTORES DO PL ESCREVERAM ARTIGO SOBRE O TEMA

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO
RIO GRANDE DO NORTE



DOS ELOGIOS ÀS CRÍTICAS: TRÂMITE DA VOTAÇÃO, AUSÊNCIA DE DEBATES ACADÊMICOS PROFUNDOS E SUFOCAMENTO DO CONTROLE

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO
RIO GRANDE DO NORTE



QUAIS AS RAZÕES PARA TAMANHO DESCONFORTO COM A LEI?

O CONTEÚDO DA LINDB É REALMENTE DISRUPTIVO PARA O CONTROLE?

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO
RIO GRANDE DO NORTE

Legalidade administrativa e juridicidade: do empirismo exegético ao pós-positivismo

- Legalidade e razão no pós Revolução Francesa.
- Ápice do respeito à lei escrita com o advento do Código de Napoleão de 1804 e a escola da exegese.
- Alternância entre escolas ao longo da história.
- Pós-positivismo.
- O movimento pós-positivista, a ideia de norma jurídica e os princípios.
- A hermenêutica jurídica e teoria da argumentação jurídica crescem, há maior uso de conceitos jurídicos indeterminados e expressões abertas.

- Como consequência, há o aumento da liberdade do intérprete e a redução da previsibilidade do direito.
- Antes se aplicava o direito por meio do esquema regra/exceção, hoje a sua aplicação se pauta pela ponderação e suas consequências.
- É nesse contexto que emerge o consequencialismo, exigindo das autoridades julgadoras o enfrentamento da realidade prática e das consequências concretas do ato decisório.

- Tem-se, portanto, um incremento no ônus argumentativo do órgão julgador, que assume o dever de ponderar, na motivação de suas decisões, os aspectos práticos relacionados ao caso concreto e as variadas consequências do conteúdo decisório.

- Da legalidade à juridicidade: revisitando os limites dados ao gestor.

O consequencialismo hoje: como fica a legalidade?

- O consequencialismo jurídico é guiado pela ideia de que o processo de tomada de decisões não pode se limitar ao exame da legislação e da jurisprudência a partir de construções teóricas tipicamente jurídicas.
- Leva em conta fatores externos ao direito positivo, os ampara via direito e argumentação e cria precedente.
- Ricardo Lobo Torres, nesse sentido, ensina: “o argumento de consequência […] consiste na consideração das influências e das projeções da decisão judicial – boas ou más – no mundo fático” bem como em que “efeitos econômicos, sociais e culturais – prejudiciais ou favoráveis à sociedade – devem ser evitados ou potencializados pelo aplicador da norma, em certas circunstâncias
- Para se evitar que se confundam consequência e palpite, a decisão consequencialista deve pautar-se em uma “base, lógica ou empírica, de evidenciação”.

A legalidade ainda é importante?

- Valorização na história e hoje
- Apagão das canetas
- Direito administrativo do medo

Críticas ao consequencialismo:

- Elevada discricionariedade na interpretação do direito.
- Perigo da primazia da prática.
- Excesso de subjetividade (senso de justiça pessoal de quem julga).
- Insegurança jurídica.

Lindb e consequencialismo:

- A LINDB consagra o consequencialismo em seu texto e chama atenção para a projeção de futuro nas decisões de controle.

- Ela rompe com o paradigma temporal da orientação interpretativa totalmente vinculada ao passado e oferta importância aos resultados que advirão da decisão, passando o futuro a ganhar legitimidade como fundamento decisório.

- Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto buscaram dar força normativa a valores pragmáticos presentes na doutrina e na jurisprudência, mas até então não incorporados ao direito positivo de forma consolidada.

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.

Art. 21. A decisão que, nas esferas 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 deste artigo 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.

- Os arts. 20 e 21 da LINDB devem ser lidos como testes de deferência à decisão do gestor.

- Não podendo o controlador cumprir com os ônus argumentativos ali impostos, a interpretação administrativa merece deferência e a ação administrativa deve ser preservada.

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.

- “A competência administrativa pode se deslocar para a esfera controladora quando o revisor se colocar na posição do gestor. Neste caso, decidindo decidir no lugar do gestor, ele deve assumir a competência por inteiro, e não pela metade da parte que mais lhe favorece (prerrogativas e formação do conteúdo decisório). Isso porque a tomada de decisão é marcadamente afetada por uma série de variáveis que caracterizam o funcionamento institucional em que se aloca a autoridade competente. Assim, as circunstâncias fáticas da gestão pública que afetam a interpretação administrativa devem também ser consideradas pelo controlador.”

- O art. 22 contém “um comando de sensibilização do controlador à realidade da burocracia pública brasileira: esses elementos de fato não devem ser ignorados, mas contemplados na hermenêutica jurídica, que não é pura. O ponto é particularmente relevante quando consideramos que a Administração Pública é a principal instituição de Estado responsável por garantir direitos fundamentais. Mais do que qualquer outra instituição de Estado, é a Administração que interage diretamente com os cidadãos e, por meio da prestação de serviços públicos, implementa as políticas públicas a seu cargo.”

- A LINDB “reconhece que a Administração Pública interpreta e confere “peso” a essa interpretação. Argumentos “superficiais e leves” – fundamentados em valores jurídicos abstratos ou com motivação insuficiente – não podem, desse modo, afastar a interpretação administrativa. Na medida em que apenas uma decisão controladora “pesada” pode afastar a interpretação administrativa. Há a imposição de ônus argumentativos ao controlador.

- Ônus de argumentar pela consequência prática, Ônus de motivar qualificadamente, Ônus de tratar detalhadamente sobre a proporcionalidade do controle.

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

- A tutela do gestor público honesto objetiva viabilizar o experimentalismo na Administração Pública.

- Seguro de que não será responsabilizado, salvo por dolo ou erro grosseiro, o gestor público pode inovar na gestão pública.

- Dentro dos parâmetros da juridicidade, teria o gestor público plena autonomia para trazer soluções jurídicas inovadoras, que devem ser devidamente motivadas.

- Na inovação, espera-se o erro, desde que não seja grosseiro.

Reflexões e considerações Finais

- A LINDB inova? Em que medida?
- A LINDB em sede de controle
- LINDB e pós-positivismo: chamada de atenção para o Direito Administrativo tradicional?

II SIMPÓSIO
JURÍDICO PROCESSUAL
DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

ESCOLA DE CONTAS PROFESSOR SEVERINO LOPES DE OLIVEIRA 20 ANOS

35 ANOS CONJU

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO
RIO GRANDE DO NORTE

www.tce.rn.gov.br

tcedorn tce_rn tce_rn TCE-RN_oficial

Fim!

@marianadesiqueiraadv
marianadesiqueira@gmail.com

Telefone
Redes Sociais
E-mail