

CONTROLE INTERNO E A LINDB

GUSTAVO MARINHO | Doutorando e Mestre em Direito Administrativo pela PUC/SP. Especialista em Direito Administrativo e Financeiro pela Universidade de Salamanca – Espanha. Especialista em Direito Administrativo pela PUC/SP. Professor do Curso Euro-Brasileiro de Contratações Públicas da Universidade de La Coruña. Membro da Red Iberoamericana de Contratación Pública – REDICOP. Sócio do escritório Marinho e Valim Advogados. Sócio da Editora Contracorrente.

Índice

- 1) Controle da Administração Pública
- 2) Controle a partir da LINDB
- 3) Precedentes Administrativos e Controle

PARTE I

Controle Interno da Administração Pública



1. Controle – Panorama

❖ CONCEITO:

Conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos por meio dos quais se exerce o poder de fiscalização e de revisão da atividade administrativa em qualquer das esferas de Poder. (J.S.C.V)

❖ ESPÉCIES:

❖ **INTERNO** (Administração – ART. 74, CF)

❖ **EXTERNO**

- ❖ Controle Parlamentar Direto (art. 49, X, CF)
- ❖ Controle pelo Tribunal de Contas (art. 70, CF)
- ❖ Controle Jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF) – MS, Ação Popular, ACP, etc.

1. Controle

- ❖ **Titularidade do serviço** e o poder de controle (*dever*).
- ❖ O controle permite a fiscalização ampla da formação (licitação) e execução do contrato
- ❖ O controle pode ocorrer de diversas maneiras: *análise de documentos, vigilância da prestação material do serviço, fiscalização de certas operações financeiras, inspeção, vistoria, auditoria.*
- ❖ Tipos de controle:
 - Material:** análise empírica da atividade objeto do contrato;
 - Técnico:** análise da observância dos requisitos previstos em planos, regulamentos, contrato;
 - Financeiro:** avaliação de todas as questões financeiras, inclusive o equilíbrio econômico-financeiro
 - Legal:** análise da observância das normas legais

PARTE II

Controle a partir da LINDB

2. Controle a partir da LINDB

- ❖ Lei nº 12.376/2010: **Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).**
 - ❖ *Diploma legal autônomo.*
- ❖ A Lei de Introdução, portanto, é um **conjunto de normas sobre normas; um direito sobre direito (= sobredireito, *surdroit, jus supra jura*).**
 - ❖ Pode ser alterada por lei ordinária, mas tem posição hierárquica superior por ser sobredireito
- ❖ Lei nº 13.655/2018:
 - ❖ Inseriu **10** novos artigos, alçados à categoria de *surdroit*
 - ❖ *Destaque aos artigos 23, 24 e 30 (precedentes administrativos)*

2. Controle a partir da LINDB

- ❖ O exercício do controle (interno ou externo) implica na tomada de uma série de **decisões administrativas** e também **judiciais**. *A Administração Pública expedi uma série de decisões a todo instante.*
- ❖ A LINDB (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro) estabeleceu balizas relevantes para as decisões estatais, inclusive aquelas derivadas do controle.

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

2. Controle a partir da LINDB

❖ Destaque à motivação

“Art. 20. (...) 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.**”

❖ Detalhamento das Consequências Jurídicas (*ônus ao controlador*)

“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 expreso suas consequências jurídicas e administrativas.**”

2. Controle a partir da LINDB

❖ Interpretação à luz da realidade do controlado

“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.”

2. Controle a partir da LINDB

❖ Temporalidade Hermenêutica (irretroatividade de interpretações)

“Art. 24. A revisão, nas esferas **administrativa**, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver **completado levará em conta as orientações gerais da época**, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

Parágrafo único. 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.”

2. Controle a partir da LINDB

❖ **Compensação por benefícios ilícitos**

“Art. 27. A decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor **compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos.**”

2. Controle a partir da LINDB

❖ Precedentes Administrativos

“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.

“Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, **súmulas administrativas** e respostas a consultas.

Parágrafo único. Os instrumentos previstos no **caput** deste artigo **terão caráter vinculante** em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.”

PARTE III

Precedentes Administrativos

3. Precedentes Administrativos

- ❖ Precedentes (judicial ou administrativo) atuam no momento da **aplicação do direito**
- ❖ Juízes e Administradores: missão de revelar o sentido efetivo das normas jurídicas
 - ❖ Pode reduzir as garantias dos administrativos (capacidade e humores do aplicador)
 - ❖ Dificuldade em se manter a isonomia no momento da aplicação da lei e não apenas no da elaboração
 - ❖ *Rule of Law, not of men* (e não *rule of men, not of law*)

3. Precedentes Administrativos

❖ Conceito Preliminar de Precedentes Administrativos: *casos iguais devem ter a mesma resposta do Estatal*

❖ *Situações fáticas similares devem ter a mesma resposta (= coerência e uniformidade)*

❖ *Princípio da igualdade deve ser preservado*

❖ *Princípio da Segurança Jurídica também (= antever o comportamento do aplicador da lei)*

3. Precedentes Administrativos

- ❖ A espinha dorsal deste sistema é o princípio da legalidade: *normas gerais e abstratas garante a igualdade no plano abstrato*
- ❖ *Contudo:* **quanto mais geral e abstrata uma norma jurídica, menos clara a sua resposta a determinando fato do mundo fenomênico, o que acarreta na atribuição ao magistrado (ou administrador) de maiores poderes de interpretação e aplicação do Direito.**
- ❖ **A experiência demonstra** que o fato de uma lei reger determinado assunto, não significa que ela será interpretada e, conseqüentemente, aplicada corretamente, mesmo quando os fatos envolvidos possuam entre si ***similitude substancial***

3. Precedentes Administrativos

- ❖ Os precedentes ajudam a diminuir a incidência de interpretações destoantes de um mesmo enunciado normativo frente a situações fáticas semelhantes
- ❖ Misabel Derzi: “a lei que vige em determinado momento, é a lei segundo um de suas interpretações possíveis.”
- ❖ **Razões para a aplicação dos precedentes nos países romanistas:**
 - ❖ **Reduzir a disparidade de interpretações e na aplicação do direito** (*da norma superior pode-se extrair mais de uma interpretação e, por conta disso, a aplicação do Direito pode-se dar por mais de uma maneira.*). **A lei é o ponto de partida, mas ela apenas não é suficiente.**
 - ❖ **Celeridade na resolução de conflitos**

3. Precedentes Administrativos

- ❖ **Motivos para a disparidade de interpretações (*soft law*):**
 - ❖ Norma geral e abstrata
 - ❖ Princípios Jurídicos
 - ❖ Conceitos jurídicos indeterminados (diminui a vigência efêmera das leis)
- ❖ **Causas da mudança de técnica legislativa:** valor da Constituição (hierarquia) e mudança do modelo de Estado, de liberal para social

3. Precedentes Administrativos

❖ Conceito de Precedentes Administrativos:

“precedente administrativo é a norma jurídica extraída por indução de um ato administrativo individual e concreto, do tipo decisório, ampliativo ou restritivo da esfera jurídica dos administrados, e que vincula o comportamento da Administração Pública para todos os casos posteriores e substancialmente similares. Em outras palavras: casos substancialmente similares deverão ter a mesma solução jurídica por parte da Administração Pública”

3. Precedentes Administrativos

❖ Fundamentos da eficácia vinculante:

- ❖ **Princípio da Igualdade:** sempre analisada no momento da elaboração da norma jurídica e não em sua aplicação (= destinatário, legislador). Deve ser respeitado também no momento da aplicação da norma ao caso concreto. Mesma resposta estatal a situações substancialmente similares. “para que exista igualdade jurídica não basta que a lei seja igual para todos, é inescusável que ela seja a todos aplicada do mesmo modo”. **direito à igualdade na aplicação do Direito, é também um direito fundamental.**
- ❖ **Princípio da Segurança Jurídica:** insegurança decorrente da imprevisibilidade aplicativa do Direito.

3. Precedentes Administrativos

- ❖ **Princípio da Boa-fé:** comportamentos marcados pela sinceridade, lealdade, coerência, respeito ao próximo e, especialmente, pela confiança. Todos os atos eivados de malícia, surpresas, obscuridade, desonestidade, devem ser, à luz deste princípio, energeticamente repudiados. Determinação da eficácia da superação de precedentes (= projeção eficaz): efeitos prospectivos na superação de precedentes.
- ❖ **Princípio da Eficiência:** impõe a toda a Administração Pública o dever de realizar todas as suas atribuições com rapidez, perfeição e rendimento. Os precedentes contribuem para o aumento da eficiência.

3. Precedentes Administrativos

❖ **Art. 2º, p.u, XIII, Lei Federal nº 9.784/1999 (= art. 24, LINDB)**

Art. 2º. [...]

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, **vedada aplicação retroativa de nova interpretação.**

O fato de uma nova interpretação não poder retroagir, significa que o precedente então vigente vinculava os comportamentos da Administração Pública

3. Precedentes Administrativos

❖ Art. 50, VII, Lei Federal nº 9.784/1999 (= art. 30, LINDB)

“Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; [...]” **Rol exemplificativo**

A específica exigência de motivação de atos que destoem dos precedentes administrativos significa que estes possuem relevância jurídica e que a falta de motivação, ou a motivação insuficiente, do ato que inobserva o precedente administrativo, acarreta uma consequência jurídica, qual seja, a invalidade do ato administrativo

3. Precedentes Administrativos

❖ Art. 23 e 30 da LINDB

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.

Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para **aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas**, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consulta.

Parágrafo único. Os instrumentos previstos no caput deste artigo terão **caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.**”

3. Precedentes Administrativos

❖ Princípio da Legalidade X Precedentes

- ❖ Os precedentes administrativos, na medida em que ***não têm o condão de inovar originariamente o ordenamento jurídico***, prestigiam o princípio da legalidade
- ❖ *Não pode haver precedente fora da legalidade*

3. Precedentes Administrativos

❖ Pressupostos para a Aplicação dos Precedentes Administrativos

- ❖ **Identidade subjetiva da Administração Pública.** O precedente a ser invocado pelo administrado deve provir da mesma Administração Pública, seja ela direta ou indireta. *Deve haver correspondência entre o emissor do ato administrativo do qual se extraiu um precedente administrativo e aquele que emitirá a nova decisão à pretensão do administrado. Mesma administração pública e não do mesmo órgão. Eficácia vinculante horizontal e vertical.*

3. Precedentes Administrativos

- ❖ **Identidade objetiva essencial:** Similitude substancial entre o suporte fático do precedente e o suporte fático do caso em análise. Havendo similitude, aplica-se a mesma *ratio decidendi*
- ❖ **Identidade das normas jurídicas superiores incidentes:** para que um precedente administrativo possa ser aplicado, é *fundamental* que as normas jurídicas superiores a ele continuem a ser as mesmas
- ❖ **Legalidade do ato administrativo originário:** não se pode invocar um precedente administrativo construído a margem das normas jurídicas vigentes. Precedentes administrativos não podem ser proliferadores de ilegalidades

3. Precedentes Administrativos

❖ Observação: Pressuposto da reiteração.

É requisito para o costume e não para o precedente, que pode ser obtido a partir de um **único caso concreto**. **A reiteração serve apenas para robustecer a força persuasiva**. Permitir que até a suposta consolidação do precedente a Administração Pública possa tratar de maneira diversa situações que guardam similitudes entre si é violar grosseiramente o princípio da igualdade. **A reiteração é contrária ao princípio da igualdade**.

3. Precedentes Administrativos

❖ Consequências da inobservância dos precedentes:

- ❖ **Invalidade do ato administrativo:** a eficácia vinculante dos precedentes gera invalidade do ato contrário. Apenas a superação do precedente afastaria a invalidade. Pode ser declarada pela própria administração pública (autotutela) ou pelo Poder Judiciário
- ❖ **Indenização pelos prejuízos (resp. Administração Pública):** resp. do Estado por ato jurídico (não apenas atos materiais)

3. Precedentes Administrativos

❖ Hipóteses de Superação de Precedentes (*overruling*):

- ❖ Análise precipitada sobre fatos;
- ❖ Incompatibilidade com a nova legislação;
- ❖ Incompatibilidade axiológica (alteração do interesse público);
- ❖ Interpretação equivocada de normas.

Dever de motivação: (art. 927, §§ 2º, 3º e 4º, Código de Processo Civil, art.) eficácia vinculante dos precedentes gera invalidade do ato contrário. Apenas a superação do precedente afastaria a invalidade. Pode ser declarada pela própria administração pública (autotutela) ou pelo Poder Judiciário e deve ser **amplamente motivado (= superioridade das razões)**

3. Precedentes Administrativos

❖ **Projeção eficaz da Superação de Precedentes:**

- ❖ Impossibilidade de eficácia retroativa, salvo se beneficiar o administrado (**art. 24, LINDB**);
- ❖ **Eficácia prospectiva pura**: novo precedente vale para casos futuros e para o caso que deu origem a alteração, se beneficiar o administrado (princípio da segurança jurídica e da boa-fé)

Dever de ampla publicidade: a superação exige ampla publicidade do novo precedente

3. Precedentes Administrativos

❖ **Técnica das Distinções** (*distinguishing*):

- ❖ Relacionada intimamente com o princípio da igualdade;
- ❖ Casos faticamente diferentes, exigem precedentes diferentes;

Dever de ampla publicidade: a superação exige ampla publicidade do novo precedente

3. Precedentes Administrativos

❖ Vantagens do uso de precedentes

- ❖ Aplicação *in concreto* do princípio da igualdade;
- ❖ Uniformização da atuação da Administração Pública;
- ❖ Credibilidade da Administração Pública;
- ❖ Senso de Justiça e veracidade das decisões administrativas;
- ❖ Melhoria das decisões administrativas;
- ❖ Celeridade das decisões administrativas;
- ❖ **Combate à corrupção** (reverberação do precedente e facilidade de identificação do ato ilícito): “**uma coisa é ter-se interpretado forçosamente um dispositivo legal e utilizá-lo em apenas um caso ou em poucos casos, que podem ser maliciosamente encobertos, coisa bem distinta é tornar esta mesma interpretação obrigatória para todos os casos**”

3. Precedentes Administrativos

❖ Operatividade dos precedentes

- ❖ Espanha: **sanção judicial** para a validade do precedente administrativo
- ❖ A existência de um precedente deve ser **provada e demonstrada**
- ❖ Ampla publicidade dos precedentes
- ❖ Ementa das decisões
- ❖ Banco de dados (repertório de precedentes – *Law reports*)
 - ❖ Critério para o banco de dados: a) casos em que há o aparecimento de um novo princípio ou regra; b) casos em que haja a modificação substancial de um princípio ou regra; c) casos em que a solução judicial dirime ponto duvidoso de determinada lei; d) casos em que haja interesse instrutivo