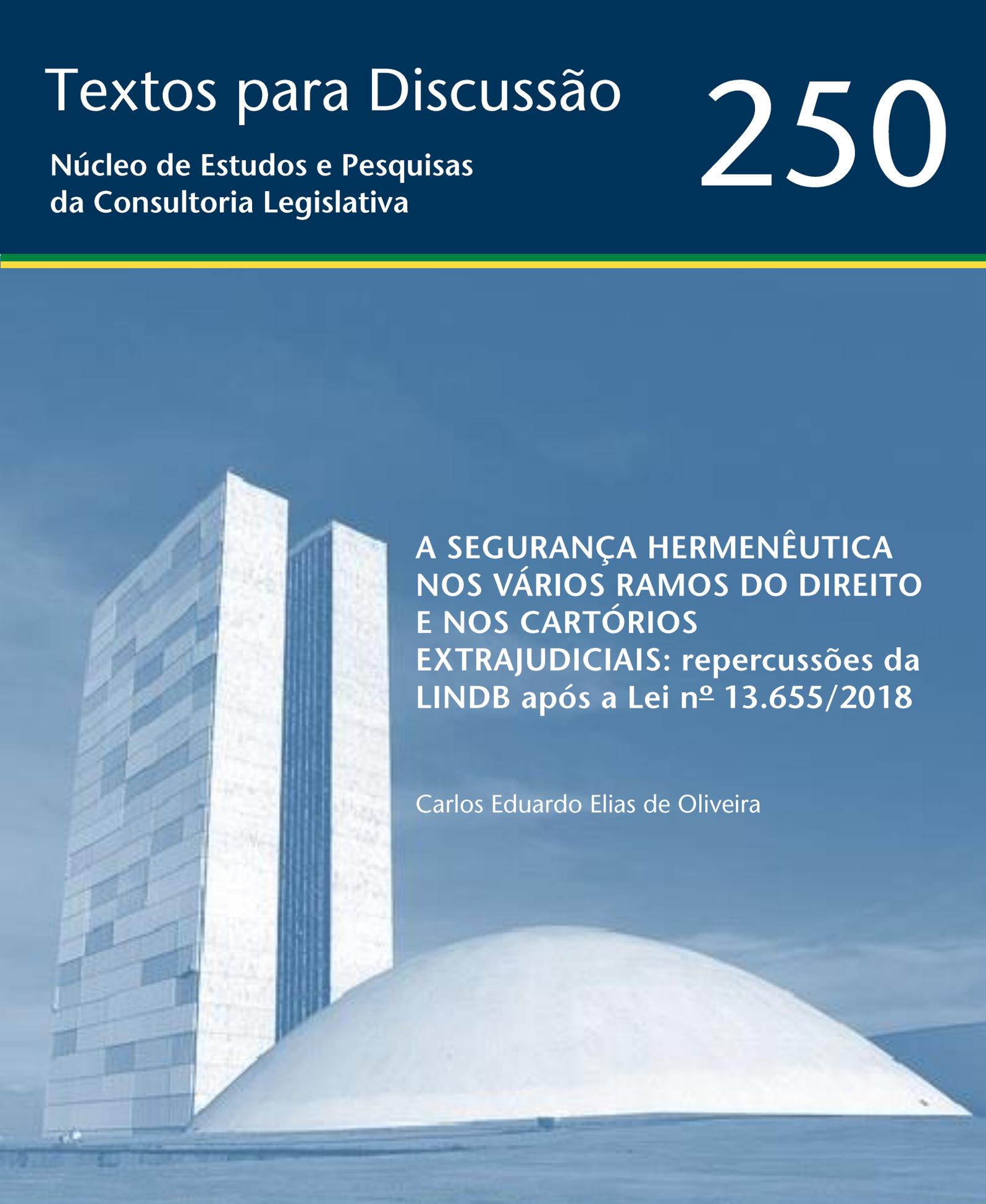


Textos para Discussão

Núcleo de Estudos e Pesquisas
da Consultoria Legislativa

250



A SEGURANÇA HERMENÊUTICA NOS VÁRIOS RAMOS DO DIREITO E NOS CARTÓRIOS EXTRAJUDICIAIS: repercussões da LINDB após a Lei nº 13.655/2018

Carlos Eduardo Elias de Oliveira

SENADO
FEDERAL



A SEGURANÇA HERMENÊUTICA NOS VÁRIOS RAMOS DO DIREITO E NOS CARTÓRIOS EXTRAJUDICIAIS: repercussões da LINDB após a Lei nº 13.655/2018

Carlos Eduardo Elias de Oliveira¹

¹ Consultor Legislativo do Senado Federal na área de Direito Civil, Processo Civil e Direito Agrário.
E-mail: carlosee@senado.leg.br

SENADO FEDERAL

DIRETORIA GERAL

Ilana Trombka – Diretora-Geral

SECRETARIA GERAL DA MESA

Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho – Secretário Geral

CONSULTORIA LEGISLATIVA

Danilo Augusto Barboza de Aguiar – Consultor-Geral

NÚCLEO DE ESTUDOS E PESQUISAS

Rafael Silveira e Silva – Coordenador

Ricardo Koiti Koshimizu – Revisão

João Cândido de Oliveira – Editoração

CONSELHO EDITORIAL

Eduardo Modena Lacerda

Ivan Dutra Faria

Denis Murahovschi

O conteúdo deste trabalho é de responsabilidade dos autores e não representa posicionamento oficial do Senado Federal.

É permitida a reprodução deste texto e dos dados contidos, desde que citada a fonte. Reproduções para fins comerciais são proibidas.

Como citar este texto:

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. **A Segurança Hermenêutica nos vários Ramos do Direito e nos Cartórios Extrajudiciais: repercussões da LINDB após a Lei nº 13.655/2018**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Junho/2018 (Texto para Discussão nº 250). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 20 de junho de 2018.

Núcleo de Estudos e Pesquisas
da Consultoria Legislativa



Conforme o Ato da Comissão Diretora nº 14, de 2013, compete ao Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa elaborar análises e estudos técnicos, promover a publicação de textos para discussão contendo o resultado dos trabalhos, sem prejuízo de outras formas de divulgação, bem como executar e coordenar debates, seminários e eventos técnico-acadêmicos, de forma que todas essas competências, no âmbito do assessoramento legislativo, contribuam para a formulação, implementação e avaliação da legislação e das políticas públicas discutidas no Congresso Nacional.

Contato:

conlegestudos@senado.leg.br

URL: www.senado.leg.br/estudos

ISSN 1983-0645

A SEGURANÇA HERMENÊUTICA NOS VÁRIOS RAMOS DO DIREITO E NOS CARTÓRIOS EXTRAJUDICIAIS: REPERCUSSÕES DA LINDB APÓS A LEI Nº 13.655/2018

Carlos Eduardo Elias de Oliveira

RESUMO

O estudo trata das inovações trazidas pela Lei nº 13.655, de 2018, mediante o acréscimo dos arts. 20 a 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). O foco dessas mudanças é garantir a segurança hermenêutica no âmbito da Administração Pública, mas entendemos que, por analogia, seus institutos podem ser estendidos para outros ramos do Direito, como para o Direito Civil. Essas inovações exigem leitura conjugada dos arts. 38, §§ 2º e 3º, da Lei nº 13.327, de 2016, que cuidam do regime de responsabilização do advogado público por infração hermenêutica. Em suma, as mudanças trazidas na LINDB podem ser resumidas nestes grupos de temas: (1) *clareza normativa* (arts. 29 e 30): deve-se dar o máximo de clareza acerca da interpretação a ser adotada das normas para que o agente público saiba “as regras do jogo” previamente; (2) *responsabilização do agente público por infração hermenêutica* (arts. 22 e 28): o agente público só pode ser punido por erro de interpretação no caso de erro grosseiro ou de dolo; (3) *invalidade de ato administrativo*. Este último assunto pode ser desmembrado nestes sub-grupos temáticos: (1) *princípio da motivação concreta* (arts. 20 e 21, caput): o agente público precisa atentar para as consequências concretas de suas soluções jurídicas; (2) *regime de transição* (art. 23): no caso de mudança de entendimento, é preciso indicar como a realidade concreta será adaptada ao novo cenário jurídico; (3) *princípio da menor onerosidade da regularização* (art. 21, parágrafo único): no caso de invalidação de ato administrativo, deve-se indicar o caminho mais suave e menos oneroso para a regularização da realidade concreta; (4) *declaração de irregularidade sem pronúncia de invalidade* (arts. 21, parágrafo único, e 22, caput e § 1º): em situação extrema em que a invalidação de um ato administrativo acarretaria consequências concretas muito graves, é lícito abster-se de pronunciar a invalidade para conservar o ato irregular; (5) *convalidação por compromisso com ou sem compensações*

(arts. 26 e 27), o que se insere na ideia de administração pública consensual ou dialógica: a administração pública pode celebrar termo de compromisso para regularizar situações irregulares ou cuja regularidade esteja sob significativa controvérsia jurídica; e (6) *invalidade referencial* (art. 24), o que envolve a ideia de modulação da interpretação no tempo: um ato administrativo pode ser considerado inválido ou válido diante do mesmo texto normativo, a depender da interpretação que preponderava no momento do nascimento desse ato. No tocante à responsabilização do agente público por infração hermenêutica, esta só pode ocorrer por dolo ou erro grosseiro. Jamais haverá erro grosseiro por parte do agente público que se amparou em parecer jurídico do membro da Advocacia Pública, que tem competência constitucional para “dizer o Direito” com definitividade no âmbito da Administração Pública, e que somente está sujeito a responsabilização por parte dos seus órgãos correccionais próprios ou por parte do Poder Judiciário mediante provocação na forma da lei (ex.: em sede de ação de improbidade). No tocante à responsabilidade do advogado público, deve-se aplicar normas especiais que não autorizam a sua responsabilização por erro grosseiro, mas apenas por dolo ou fraude (que é uma espécie de dolo), conforme art. 184 do Código de Processo Civil (CPC) e art. 38, § 3º, da Lei nº 13.327, de 2016. Ademais, falece competência sancionadora sobre os advogados públicos a qualquer outro órgão de controle interno ou externo, com inclusão dos Tribunais de Contas. Todavia, diante da resistência oferecida pelo Tribunal de Contas da União a esse entendimento, mesmo após o advento do § 2º do art. 38 da Lei nº 13.327, de 2016, urge a edição de lei que efetivamente implemente o desenho institucional feito pelo Constituinte para a garantia de segurança hermenêutica previamente à prática do ato administrativo.

PALAVRAS-CHAVE: responsabilidade, agente público, advogado público, tribunais de conta, órgãos de controle, modulação dos efeitos da interpretação no tempo, invalidade referencial, hermenêutica, segurança jurídica.

SUMÁRIO

1	OBJETO DESTE ESTUDO	1
2	CENÁRIO DE INCERTEZA PRÉVIA DAS “REGRAS DO JOGO” NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: NECESSIDADE DE ASSUNÇÃO DA COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PELA ADVOCACIA PÚBLICA À LUZ DO ART. 38, §§ 2º E 3º, DA LEI Nº 13.327/2016	3
3	NOVIDADES NA LINDB PELA LEI Nº 13.655, DE 25 DE ABRIL DE 2018.....	12
3.1.	FOCO DO NOVO DIPLOMA E GRUPOS TEMÁTICOS	12
3.2.	CLAREZA NORMATIVA	13
3.3.	RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE PÚBLICO POR INFRAÇÃO HERMENÊUTICA	14
3.3.1.	REQUISITOS PARA A RESPONSABILIZAÇÃO: DOLO E ERRO GROSSEIRO	14
3.3.2.	APARENTE ANTINOMIA DO ART. 28 DA LINDB COM O ART. 38, § 2º, DA LEI Nº 13.327/2016 E O ART. 184 DO CPC: REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO PÚBLICO.....	15
3.3.3.	PARÂMETRO DA CONTEXTUALIZAÇÃO NA APURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO AGENTE PÚBLICO (ART. 22, LINDB)	22
3.4.	INVALIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO.....	23
3.4.1.	PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO CONCRETA	23
3.4.2.	REGIME DE TRANSIÇÃO (ART. 23, LINDB), PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE DA REGULARIZAÇÃO (ART. 21, PARÁGRAFO ÚNICO, LINDB) E IRREGULARIDADE SEM PRONÚNCIA DE NULIDADE (ART. 21, PARÁGRAFO ÚNICO, 22, <i>CAPUTE</i> E § 1º, LINDB)	24
3.4.3.	CONVALIDAÇÃO POR COMPROMISSO COM OU SEM COMPENSAÇÕES (ARTS. 26 E 27, LINDB).	25
3.4.4.	INVALIDADE REFERENCIAL	27
3.5.	POSSÍVEL APLICAÇÃO DAS MUDANÇAS DA LINDB EM OUTROS RAMOS DO DIREITO.....	28
3.6.	INCIDÊNCIA DAS REGRAS DA LINDB NOS SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTRO.....	29
4	CONCLUSÃO	31

1 OBJETO DESTE ESTUDO

O presente estudo cuida das alterações promovidas pela Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, que acresceu os arts. 20 a 30 à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Trata também da discussão relativa à competência para apurar infrações disciplinares por falhas hermenêuticas por parte dos advogados públicos sob a ótica do art. 38, §§ 2º e 3º, da Lei nº 13.327, de 29 de julho de 2016, em razão da inafastável conexão com o objeto das alterações feitas na LINDB. Cuida, outrossim, da extensão das regras de segurança hermenêutica trazidas pela LINDB para outros ramos do Direito além do Direito Administrativo e para os serviços notariais e de registro.

A Lei nº 13.655, de 2018, poderia ser batizada como a Lei da Segurança Hermenêutica na Administração Pública, pois o seu objetivo foi, em síntese, implantar um ambiente de menor instabilidade interpretativa para os agentes públicos e para os atos administrativos, os quais sambam nas asas vacilantes das surpresas provocadas pela superveniência de interpretações jurídicas advindas especialmente de órgãos de controle. Esse é o foco dos arts. 20 a 30 da LINDB.

É comum, por exemplo, haver obras públicas que são suspensas por ordem judicial ou de algum órgão de controle em razão de controvérsias surgidas acerca da validade do contrato administrativo que gerou as obras. Essas suspensões costumam ser drásticas na vida prática, por conta da deterioração da estrutura até então erguida, do perecimento de materiais de construção, do desperdício com os valores gastos com mão de obra e do insucesso da Administração Pública em reaver as fortunas até então despendidas com o contrato. Em muitos desses casos, a controvérsia gira apenas em torno da melhor interpretação normativa. É o caso, por exemplo, quando um contrato administrativo é firmado sem licitação prévia porque o agente público interpretou que a obra se enquadra em uma das hipóteses de dispensa de licitação prevista no art. 24 da Lei nº 8.666/1993, mas, posteriormente, o órgão de controle ou o Poder Judiciário vem a interpretar que o caso não se encaixa em nenhuma das situações de dispensa de licitação.

O novo diploma colimou amainar esse ambiente de insegurança hermenêutica. Uma das premissas mais importantes desse diploma é o reconhecimento da “indeterminação do Direito” como uma característica natural e inafastável. O Direito, por sua natureza, é uma matéria-prima plástica e dinâmica, de modo que diferentes soluções

jurídicas podem ser obtidas de modo legítimo por meio da hermenêutica¹. O problema da “indeterminação do Direito” expõe os juristas, há muitos séculos, desde a Noite dos Tempos, à condenação de Sísifo: os juristas tentam rolar a pedra do Direito para o topo do monte em busca da obtenção de uma “determinação unívoca do Direito”, mas, sempre, ao chegar perto do cume da montanha, a pedra implacavelmente retorna ao seu início de “indeterminação”².

Portanto, por maior que seja o esforço em estabelecer regras que domesticuem a hermenêutica, sempre haverá espaço de flexibilidade e coexistência de soluções jurídicas diversas a depender das inclinações dos juristas que estiverem a interpretar³. É evidente, porém, que os estudos de Argumentação Jurídica conseguem reduzir o grau de imprevisibilidade e de voluntarismo, mas não será hábil a garantir plena predeterminação do ponto de chegada da atividade interpretativa.

Por outro lado, o art. 38, §§ 2º e 3º, da Lei nº 13.655, de 2018, contribui para a racionalização do ambiente de loteria hermenêutica da Administração Pública ao cuidar da competência disciplinar dos advogados públicos, o que reflete na segurança hermenêutica da própria Administração Pública.

Por fim, os limites deste estudo impedirão aprofundamentos teóricos envolvendo debates atuais entre Direito, Estado, Economia e Sociedade, como os pertinentes à Análise Econômica do Direito, à Nova Economia Institucional e ao Neoinstitucionalismo e a outras correntes que competem entre si para explicar essas intrincadas inter-relações

¹ Emprega-se aqui o vocábulo “hermenêutica” em sentido amplo, abrangendo ao que, na Academia, designa-se de “Argumentação Jurídica”.

² A propósito da indeterminação do Direito, reportamo-nos aos escritos de Inocêncio Mártires Coelho: COELHO, Inocêncio Mártires. **Indeterminação do direito, discricionariedade judicial e segurança jurídica**. Disponível em: <https://www.uniceub.br/media/491563/Anexo9.pdf>. Acesso em 24 de maio de 2018. Chegamos a apontar essa natureza incerta do Direito sob o enfoque de Miguel Reale, de Recaséns Siches e Eros Roberto Grau nestes textos: (1) OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. **Competência para fiscalizar atividade jurídica de membros da advocacia pública federal: TCU ou órgão correccional próprio**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24056>. Acesso em 31 de maio de 2018. Publicado em abril de 2013; (2) OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. **A Dúvida Jurídica Razoável e a Cindibilidade dos Efeitos Jurídicos**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, março/2018 (Texto para Discussão nº 245). Disponível em www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 5 de março de 2018. Publicado em março de 2018.

³ Não se ignoram os esforços de, no âmbito das teorias da argumentação jurídica, dar objetividade ao discurso jurídico. Ocorre que, apesar desses esforços, o máximo que se pode conseguir é fixar regras discursivas que eliminam puras arbitrariedades dos intérpretes e que aproximam o resultado do discurso jurídico a um modelo mais democrático. Todavia, inevitavelmente as inclinações pessoais dos juristas ainda continuarão a impregnar-se no resultado da hermenêutica. Uma teoria pura do Direito é um dever-ser, e não um ser.

que estão por trás das mudanças legislativas ocorridas⁴. Antecipamos, porém, ser um equívoco afirmar que a LINDB adotou a Análise Econômica do Direito (AED), pois ela, além de não ser uma teoria de justiça, é apenas um instrumento e, portanto, limita-se a, com neutralidade, dar ao jurista – que possui uma teoria de justiça própria – as consequências práticas da solução jurídica adotada⁵. O estudo também se lamentará por não poder verticalizar nos debates contemporâneos sobre Argumentação Jurídica, apesar de eles também subjazerem à discussão⁶. O objetivo deste estudo será tratar, de modo mais direto e pragmático, os institutos jurídicos criados e os remodelados pelas mudanças legislativas em pauta, expondo as consequências práticas, os principais problemas e a taxonomia adequada.

2 CENÁRIO DE INCERTEZA PRÉVIA DAS “REGRAS DO JOGO” NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: NECESSIDADE DE ASSUNÇÃO DA COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PELA ADVOCACIA PÚBLICA À LUZ DO ART. 38, §§ 2º E 3º, DA LEI Nº 13.327/2016

O anedotário brasileiro está cheio de casos caricatos que ilustram as “roletas-russas” hermenêuticas a que estavam expostos os agentes públicos que tinham de interpretar uma norma para a prática de um ato administrativo.

Quando éramos Advogados da União, testemunhamos diversos casos similares, a exemplo de um em que um gestor público de salário provável de cerca de R\$ 7.000,00 mensais nos interpelou e reclamou ter recebido uma multa de R\$ 50.000,00 tão somente por ter praticado um ato administrativo com base em uma interpretação normativa que, embora fosse a dominante na época, foi posteriormente rejeitada pelo órgão de controle.

⁴ Para maior aprofundamento, remetemos à dissertação de mestrado que tivemos a oportunidade de confeccionar detalhando cada uma das principais linhas de pensamento: OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de Oliveira. **Parâmetros Analíticos do Direito Civil Constitucional: por um ponto de equilíbrio entre os discursos de Direito, Estado, Economia e Sociedade**. Dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade de Direito da UnB. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/23903/1/2016_CarlosEduardoEliasdeOliveira.pdf. Acesso em 25 de maio de 2018. Ano de defesa da dissertação: 2016.

⁵ No mesmo sentido, reportamo-nos ao texto de Cristiano Carvalho: CARVALHO, Cristiano. **A nova Lei de Introdução é Análise Econômica do Direito?** Disponível em: <https://www.jota.info/opiniaoe-analise/colunas/coluna-da-abde/introducao-analise-economica-direito-06062018>. Acesso em 9 de junho de 2018.

⁶ A propósito, reportamo-nos à robusta tese de doutorado do professor da Universidade de Brasília Fabiano Hartmann a propósito da argumentação jurídica à luz de Robert Alexy: PEIXOTO, Fabiano Hartmann. **A decisão judicial no Supremo Tribunal Federal do Brasil e a aplicação da teoria dos princípios de Robert Alexy: a ponderação como estratégia de argumentação jurídica**. Tese de doutorado apresentada na Faculdade de Direito da UnB. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/handle/10482/18603>. Acesso em 30 de maio de 2018. Ano da defesa da tese: março de 2015.

Conhecemos outro caso de um genial agente público que, após praticar um ato administrativo extremamente salutar para a Administração Pública, sofreu a tormenta de responder a processos administrativos e judiciais em que se questionavam a legalidade do seu ato. O referido agente público despendeu o que hoje equivaleria a um apartamento de três quartos em um bairro de classe média para o custeio de sua defesa (honorários de advogado e de peritos, emolumentos etc.). Ele foi absolvido com louvores em todas as instâncias, nas quais se reconheceram a genialidade e a legalidade do seu ato administrativo. O elogio, porém, custou bem caro por conta desse carnaval hermenêutico.

Não é difícil intuir que um agente público como esses bem como os que tomam ciência de histórias como essas tenderão a abster-se de praticar atos administrativos com o intuito de preservar o seu cargo e o seu patrimônio diante das ameaças provocadas pela sobrevivência de uma das variações do antigo “crime de exegese”, também chamado de “crime de interpretação” ou “crime de opinião”. Pudemos, no tempo em que estivemos na Advocacia-Geral da União atuando em correições em vários Estados brasileiros, sentir essa atmosfera de indisposição à proatividade, alimentada primordialmente por um vento: o da impossibilidade de saber as “regras do jogo” antes da prática do ato administrativo.

Nesse sistema, a certeza dessas regras no âmbito administrativo só pode ser obtida depois de praticado o ato e sob a ameaça de pesadas punições por parte dos órgãos de controle.

Os agentes públicos só querem saber a regra do jogo antes da prática do ato administrativo, mas o regime carnavalesco de hermenêutica não lhes assegura isso. Vários gestores públicos, buscando se esquivar dessa tormenta, tentaram, antes da prática de um ato administrativo, endereçar consultas previamente aos órgãos de controle externo para saber qual seria a interpretação jurídica devida, mas estes últimos – que, na prática, estavam a “dizer o Direito” com definitividade na Administração Pública – recusavam essas consultas alegando não serem um órgão consultivo. O carnaval hermenêutico continuaria.

Já defendemos⁷, em outra ocasião, que o Constituinte não teria sido insano em desenhar esse modelo de loteria hermenêutica. Ele, na verdade, teria dado, ao menos no âmbito administrativo, a certeza jurídica prévia das regras do jogo por meio da criação da

⁷ OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. **Competência para fiscalizar atividade jurídica de membros da advocacia pública federal: TCU ou órgão correccional próprio**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24056>. Acesso em 31 de maio de 2018. Publicado em abril de 2013.

Advocacia Pública, órgão composto por juristas selecionados em difícil concurso público com a incumbência de “dizer o Direito” de modo definitivo no âmbito administrativo (arts. 131 e 132, Constituição Federal). No modelo do Constituinte, os órgãos de controle não teriam competência para “dizer o Direito” em dissonância com o exposto pela Advocacia Pública, nem mesmo os órgãos de controle externo, em cujo feixe de competência não está a de promover fiscalização jurídica, e sim “fiscalização contábil, financeira e orçamentária” (art. 70, CF).

A confirmar esse regime, os arts. 39 a 43 da Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União – AGU (Lei Complementar nº 73, de 1993) dão poder vinculante aos pareceres e aos entendimentos do Advogado-Geral da União, com maior ou menor extensão conforme haja publicação de sua aprovação pelo Presidente da República. Ora, os órgãos de controle externo não podem invalidar esses pareceres, pois lhes falece competência constitucional ou legal de “dizer o Direito” no âmbito da Administração Pública. Na verdade, cabe-lhes responsabilizar agentes públicos que eventualmente tenham desrespeitados esses pareceres vinculantes. Os órgãos de controle externo, portanto, devem velar pelo cumprimento do entendimento vinculante da AGU, e não rediscutir esses entendimentos.

Esse modelo, que, ao nosso ver, foi idealizado pelo Constituinte, não é o que tem vigorado na prática – mesmo após o advento do art. 38, § 3º, da Lei nº 13.327, de 29 de julho de 2016 –, de modo que os advogados públicos sempre estiveram vulneráveis a serem responsabilizados administrativamente por seus entendimentos jurídicos perante os órgãos de controle externo da Administração Pública. É segredo de Polichinelo que, por conta disso, diante da ameaça de responsabilização perante uma instância não jurídica – como a Corte de Contas –, mesmo no âmbito da Advocacia Pública, havia vários advogados que, com receio da perigosa loteria hermenêutica, recolhiam-se na sua atividade constitucional de interpretar e inclinavam-se ora a prolatar pareceres inconclusivos ou abertos, ora a adotar interpretações bem restritivas, burocratizantes e censuradoras de atos administrativos.

Todavia, com o advento do art. 38, § 3º, da Lei nº 13.327, de 2016⁸ – que positivou tese defendida pelo subscritor deste texto desde 2013, à época em que era Advogado da

⁸ Art. 38, § 3º: “A apuração de falta disciplinar dos ocupantes dos cargos de que trata este Capítulo compete exclusivamente aos respectivos órgãos correicionais ou disciplinares”.

União⁹ –, entendemos que nenhum outro órgão de controle interno ou externo pode responsabilizar administrativamente os advogados públicos, salvo a instância correcional própria da Advocacia Pública. E, no caso de a infração disciplinar girar em torno de falhas hermenêuticas, isso só poderá ocorrer quando for identificada a presença de dolo ou fraude por força do § 2º do art. 38 da Lei nº 13.327, de 2016¹⁰.

Se qualquer outro órgão de controle interno ou externo identificar possível desvio funcional do advogado público, competir-lhe-á apenas comunicar a instância correcional própria, sem prejuízo de remeter o caso ao Ministério Público diante da evidente possibilidade de este provocar o Poder Judiciário para a inflição de punições nas hipóteses legais (ação penal, ação de improbidade etc.). A exclusividade de competência disciplinar de que trata o art. 38, § 3º, da Lei nº 13.327, de 2016, é apenas para apuração disciplinar no âmbito administrativo e, portanto, não afasta (e nem poderia, sob pena de inconstitucionalidade) eventual controle judicial mediante provocação pelas vias devidas.

O art. 38, §§ 2º e 3º, da Lei nº 13.327, de 2016, parece-nos de clareza meridiana ao ter realinhado o sistema administrativo brasileiro ao modelo desenhado pelo Constituinte, de modo a garantir que o agente público poderá ter segurança hermenêutica ao se escorar em entendimento jurídico firmado pela Advocacia Pública.

Todavia, há grande resistência dos órgãos de controle em seguir a interpretação meridiana contida nesses preceitos. O Tribunal de Contas da União (TCU), por exemplo, já rejeitou essa interpretação e reafirmou sua competência para punir os advogados públicos, alegando que o § 2º do art. 38 da Lei nº 13.327, de 2016, não inovou no ordenamento jurídico, pois apenas trataria de infrações funcionais em geral sem envolver as infrações administrativas apuradas pelo TCU e alegando que a Constituição Federal daria respaldo a essa Corte. A propósito, com base no Acórdão 2947/2016 do Plenário do TCU, foi lançado o seguinte enunciado¹¹

⁹ A propósito, confira-se este texto sobre a incompetência do Tribunal de Contas para responsabilizar advogado público: OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. **Competência para fiscalizar atividade jurídica de membros da advocacia pública federal: TCU ou órgão correcional próprio**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24056>. Acesso em 31 de maio de 2018. Publicado em abril de 2013.

¹⁰ Art. 38, § 2º: “No exercício de suas funções, os ocupantes dos cargos de que trata este Capítulo não serão responsabilizados, exceto pelos respectivos órgãos correccionais ou disciplinares, ressalvadas as hipóteses de dolo ou de fraude”.

¹¹ TCU, Acórdão 2947, Plenário, Rel. Min. Marcos Bemquerer, Data da Sessão 16/11/2016, disponível em: https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/12/*/KEY:JURISPRUDENCIA-SELECIONADA-27414/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%25

Os ocupantes de cargos da Advocacia Pública Federal podem ser responsabilizados pelo TCU, mesmo quando não tenham atuado com dolo ou fraude, porquanto a disposição contida no art. 38, § 2º, da Lei 13.327/2016 não inovou no mundo jurídico, apenas trouxe novos contornos à disciplina do art. 75 da MP 2.229/2001, de modo que se refere apenas à responsabilização funcional.

A propósito desse julgado, convém transcrever o seguinte excerto do Ministro Relator Marcos Bemquerer:

41. Há muito a questão acerca da competência desta Corte para apreciar atos de consultores jurídicos resta elucidada. Por meio do Mandado de Segurança 24.584/DF (Relator Ministro Marco Aurélio de Melo, julgado em 9/8/2007), o Supremo Tribunal Federal deixou assente que o advogado público não pode deixar de atender ao chamamento desta Corte de Contas, em ementa que foi vazada nos seguintes termos:

ADVOGADO PÚBLICO – RESPONSABILIDADE – ARTIGO 38 DA LEI Nº 8.666/93 – TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – ESCLARECIMENTOS. Prevendo o artigo 38 da Lei nº 8.666/93 que a manifestação da assessoria jurídica quanto a editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes não se limita a simples opinião, alcançando a aprovação, ou não, descabe a recusa à convocação do Tribunal de Contas da União para serem prestados esclarecimentos.

42. No âmbito desta Corte, cito os seguintes acórdãos que reconhecem a competência deste TCU para apreciar atos de consultores jurídicos: 1.151/2015-P, 3.193/2014-P, 1.851/2015-P, 2.890/2014-P, 1.443/2013-P, 4.996/2012-P.

43. Assim, também não merecem prosperar as alegações do responsável em relação ao tema.

9. Nada obstante, permito-me tecer breve comentário acerca da aplicabilidade do art. 38, § 2º, da Lei 13.327, de 2016, aos processos desta Corte de Contas. Eis a sua redação:

Art. 38. São prerrogativas dos ocupantes dos cargos de que trata este Capítulo [entre esses o de Advogado da União], sem prejuízo daquelas previstas em outras normas:

(...)

§ 2º No exercício de suas funções, os ocupantes dos cargos de que trata este Capítulo não serão responsabilizados, exceto pelos respectivos órgãos correicionais ou disciplinares, ressalvadas as hipóteses de dolo ou de fraude.

10. Não restam dúvidas de que a responsabilização a que se refere o normativo acima transcrito é a funcional e não qualquer tipo de responsabilização.

11. Impende registrar que a Medida Provisória 2.229, de 2001, já estabelecia em seu art. 75 que:

Os membros da Advocacia-Geral da União, como os integrantes da Carreira de Procurador Federal e de órgãos jurídicos vinculados à Instituição em geral, respondem, na apuração de falta funcional praticada no exercício de suas atribuições específicas, institucionais e legais, exclusivamente perante a Advocacia-Geral da União, e sob as normas, inclusive disciplinares, da Lei Orgânica da Instituição e dos atos legislativos que, no particular, a complementem.

12. Dessa forma, a matéria trazida pelo art. 38, § 2º, da Lei 13.327, de 2016, não chega a ser uma inovação no mundo jurídico, apenas traz novos contornos àquilo anteriormente disciplinado pela MP 2.229, de 2001. Tanto é assim que o ora embargante, em seu pedido de reexame, citou esse normativo em suas razões recursais.

13. Assim, quando o Supremo Tribunal Federal, por meio do MS 24.584/DF, julgado em 9/8/2007, decidiu que o TCU possuía competência para aplicar multa a advogados públicos, a MP 2.229, de 2001, já estava em plena vigência no mundo jurídico.

14. Ademais, não se pode olvidar que a interpretação da norma deve ser feita de acordo com a Constituição Federal.

15. O art. 71, inciso VIII, da Carta Magna confere competência ao TCU para aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário.

16. Não há no texto constitucional qualquer exceção à aplicabilidade do disposto em seu art. 71, inciso VIII. São vários os casos em que o Tribunal de Contas da União já sancionou chefes de poderes, magistrados e ministros de estado, não havendo qualquer razão para deixar de sancionar o advogado público quando este, como responsável, comete alguma ilegalidade.

17. Dessa forma, não merece prosperar o argumento trazido pelo Sr. [recorrente 1], ex-Consultor Jurídico Adjunto do Comando do Exército.

Em suma, o TCU está a entender que o § 3º do art. 38 da Lei nº 13.327, de 2016, não afastaria a competência sancionadora dos órgãos de controle, porque o referido preceito trataria apenas de casos de “falta disciplinar” no sentido mais estrito da palavra. Essa leitura, porém, a nosso aviso, é indevida, por três motivos: (1) o requisito para os

órgãos de controle, como os Tribunais de Conta, poderem aplicar sanções ao agente público é a existência de uma “falta disciplinar”; (2) a “falta disciplinar” atrai não apenas as sanções próprias do estatuto próprio do servidor, como a demissão, mas também, quando for o caso, a aplicação de outras sanções de competência dos Tribunais de Conta; e, (3) se for adotada a interpretação restritiva ora cogitada, chegar-se-ia ao absurdo de concluir que o § 3º do art. 38 da Lei nº 13.327/2016 é injurídico por não ter promovido nenhuma inovação legislativa, pois a legislação já era clara, com total pacificidade, no sentido de que as sanções disciplinares do estatuto do servidor só podem ser infligidas pelas instâncias correccionais do seu órgão. O argumento empregado no julgado acima do TCU, no sentido de que o § 3º do art. 38 da Lei nº 13.327, de 2016, não teria inovado no ordenamento jurídico, mas apenas teria chancelado o que já estava no art. 75 da Medida Provisória nº 2.229, de 2001, não nos parece adequado. Ademais, consideramos que a própria leitura do art. 58, inciso II, da Lei nº 8.443, de 1992¹², deve ser alinhada ao modelo de segurança hermenêutica que entendemos ter sido desenhado pelo Constituinte, de modo que o TCU não poderá infligir multa ao advogado público e, em relação aos demais agentes públicos, só poderá aplicar sanção por infração hermenêutica quando inexistir parecer jurídico da Advocacia Pública ou quando o gestor, discordando de parecer, assumir solução jurídica grosseira.

Com esse entendimento do TCU, o desatinado ambiente de insegurança hermenêutica está subsistindo. É impossível, nesse regime, que o agente público consiga, antes de praticar um ato administrativo, ter – no âmbito administrativo – certeza jurídica prévia da interpretação a ser adotada. Ser gestor público continua a se aproximar de ser um alpinista a se arriscar nas gélidas, imprevisíveis e cruéis montanhas da insegurança hermenêutica.

Entendemos, porém, que o entendimento do TCU não é adequado e merece ser revisto. De qualquer forma, é bem-vinda a edição de lei que deixe mais clara ainda a sua incompetência para responsabilizar o advogado público. De duas, uma: ou se torna o TCU um órgão consultivo para dar segurança hermenêutica previamente à prática de um ato,

¹² **Art. 58.** O Tribunal poderá aplicar multa de Cr\$ 42.000.000,00 (quarenta e dois milhões de cruzeiros), ou valor equivalente em outra moeda que venha a ser adotada como moeda nacional, aos responsáveis por:

(...)

II– ato praticado com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial;

ou se efetiva o modelo desenhado pelo Constituinte de outorgar essa atribuição à Advocacia Pública, cujas manifestações atualmente são tratadas como se fossem meros oásis fantasiosos que inspiram enganosa segurança no espírito do gestor.

Convém ainda rebater um argumento suscitado em um acórdão do TCU. Confira-se o seu excerto¹³:

Acórdão 190/2001 – TCU – Plenário: “O entendimento de que os procuradores jurídicos da administração não poderiam ser responsabilizados pelos seus pareceres levaria, no limite, à esdrúxula situação em que, fosse qual fosse a irregularidade praticada, ninguém poderia ser responsabilizado, desde que houvesse parecer do órgão jurídico como respaldar da decisão. O dirigente alegaria que agiu com base em parecer e procuraria esquivar-se da responsabilidade. A procuradoria jurídica, por sua vez, não seria responsabilizada, porque, por petição de princípio, gozaria de plena liberdade para opinar da forma que quisesse, por mais antijurídica que fosse, situação que daria margem a todo tipo de ilícito, por parte dos gestores menos ciosos da gestão dos recursos públicos, e poderia levar a um caos generalizado na administração”.

O argumento, *data maxima venia*, não deve prosperar. Em primeiro lugar, no modelo que entendemos ter sido desenhado pelo Constituinte e ter sido confirmado pelo § 3º do art. 38 da Lei nº 13.327, de 2016, o advogado público será sim responsabilizado por má conduta profissional, mas, no âmbito administrativo, isso será feito perante o órgão correcional próprio. Em segundo lugar, se há a pressuposição de que o órgão correcional próprio seria inepto a exercer essa atribuição, há instituições próprias para corrigir eventuais disfunções, como o Ministério Público, que poderia propor ações judiciais. Em terceiro, não há motivos para que a certeza jurídica só venha a ser dada posteriormente à prática de um ato administrativo por meio do advento do entendimento de um órgão de controle externo, pois, por imperativo lógico, o sistema tem de dar segurança hermenêutica antes do ato. Em quarto lugar, não é esdrúxula a absolvição de um agente público de boa-fé que se amparou em parecer prolatado por um advogado

¹³ *Apud* voto do Relator neste julgado: TCU, Acórdão 40/2013, Plenário, Rel. Min. José Múcio Monteiro, Data da Sessão 23/01/2013, disponível em: https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/12/*KEY:JURISPRUDENCIA-SELECIONADA-42242/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/false/1. Acesso em 1º de junho de 2018.

público constitucionalmente incumbido da função de “dizer o Direito”, pois a Advocacia Pública é a única instância disponível para receber consultas jurídicas, e o Tribunal de Contas se recusa a assumir o papel de dar a interpretação “correta” antes da prática do ato.

De qualquer sorte, é plausível o esforço feito pela Lei nº 13.655, de 2018, em tentar amainar o ambiente de loteria hermenêutica na Administração Pública, mas, ao nosso sentir, somente se conseguirá efetivamente obter o cenário adequado de segurança hermenêutica quando o desenho institucional feito pelo Constituinte for efetivamente concretizado.

Apurações e punições no caso de infrações disciplinares envolvendo dolo ou fraude na interpretação das normas ficariam, em relação aos advogados públicos, a cargo da Corregedoria da Advocacia Pública ou, no tocante aos demais agentes públicos, dos demais órgãos de controle interno e externo da Administração Pública, com uma particularidade: o agente público amparado em parecer da Advocacia Pública tem de estar totalmente imunizado, salvo prova de dolo dele em conluio com o advogado público. Entendemos que eventual erro grosseiro nesse caso deverá ser imputado apenas ao advogado público¹⁴; jamais ao agente público consulente.

E realmente é dever da Advocacia Pública dar, de forma sistematizada, clara, objetiva e direta, a orientação jurídica mais adequada para subsidiar a decisão do agente público consulente, dando-lhe o encaminhamento que seria juridicamente mais aconselhável. O fato de o parecer jurídico não ser vinculante não é autorização para que o advogado público elabore parecer inconclusivo ou que meramente se limite a expor alternativas avulsas sem um posicionamento. A propósito, o enunciado nº 2 do Manual de Boas Práticas Consultivas da AGU determina isso¹⁵, *in verbis*:

BPC nº 2. As manifestações consultivas devem ser redigidas de forma clara, com especial cuidado à conclusão, a ser apartada da fundamentação e conter exposição especificada das orientações e recomendações formuladas, utilizando-se tópicos para cada encaminhamento proposto, a fim de permitir à autoridade pública consulente sua fácil compreensão e atendimento.

¹⁴ Todavia, conforme exporemos mais adiante, o advogado público não pode ser responsabilizado por erro grosseiro por falta de previsão legal, embora haja uma tendência, na prática, de se entender o contrário.

¹⁵ Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/37931611>. Acesso em 31 de maio de 2018.

Esse nos parece o modelo constitucional que foi finalmente atestado pelos arts. 38, §§ 2º e 3º, da Lei nº 13.327, de 2016, mas ainda temos de aguardar se os órgãos de controle interno e externo e o próprio Poder Judiciário efetivamente se oporão ou não a essa leitura constitucional e legal. O TCU já se pronunciou contrariamente a esse regime, conforme já exposto. Enquanto isso, a cultura do temor à loteria hermenêutica continua sendo um fantasma a rondar os agentes públicos, que, ao praticarem atos administrativos, seguem se sentindo como vítimas do receio provocado pela Espada de Dâmocles.

3 NOVIDADES NA LINDB PELA LEI Nº 13.655, DE 25 DE ABRIL DE 2018

3.1. FOCO DO NOVO DIPLOMA E GRUPOS TEMÁTICOS

Fruto de anteprojeto de lei elaborado pelos professores Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo em conjunto com outros juristas vinculados à Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, nasceu o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 349, de 2015, de autoria do Senador Antonio Anastasia. Após tramitar no Senado Federal com a obtenção de substancioso parecer da Senadora Simone Tebet no âmbito da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ)¹⁶, o projeto alcançou o beneplácito da Câmara dos Deputados e deu à luz a Lei nº 13.655, de 2018¹⁷, que acresceu os arts. 20 a 30 à LINDB (com a lembrança de que o art. 25 foi vetado).

O foco do diploma, desde o seu nascimento, é garantir segurança hermenêutica no âmbito da Administração Pública em três grupos temáticos:

- 1) clareza normativa: arts. 29 e 30, LINDB;
- 2) responsabilização do agente por infração hermenêutica: arts. 22 e 28, LINDB;
- 3) invalidade de ato administrativo: esse assunto pode ser dividido em quatro subgrupos:
 - 3.1.) princípio da motivação concreta (arts. 20 e 21, *caput*, LINDB);
 - 3.2.) regime de transição (art. 23, LINDB), princípio da menor onerosidade da regularização (art. 21, parágrafo único, LINDB) e irregularidade sem

¹⁶ Parecer disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5205948&disposition=inline>. Acesso em 30 de maio de 2018.

¹⁷ Registramos nosso agradecimento ao consultor legislativo do Senado e professor João Trindade Cavalcante Filho pela incontinência em nos dissolver dúvidas sobre os debates que pavimentaram o processo legislativo.

pronúncia de nulidade (art. 21, parágrafo único, 22, *caput* e § 1º, LINDB);

3.3.) convalidação por compromisso com ou sem compensações (arts. 26 e 27, LINDB);

3.4.) invalidade referencial (art. 24, LINDB).

3.2. CLAREZA NORMATIVA

Os arts. 29 e 30 da LINDB preocupam-se em garantir o máximo de clareza das “regras do jogo” para o agente público previamente à prática de um ato administrativo. Considerando que norma é texto e contexto, não basta o agente público conhecer a redação de uma lei (texto); é-lhe forçoso saber qual é a interpretação mais adequada desse texto (contexto).

De um lado, o art. 30 da LINDB determina que as autoridades públicas sejam proativas em divulgar, ao máximo, interpretações das normas jurídicas pelas mais diferentes vias com caráter vinculante, como regulamentos (portarias, provimentos etc.), súmulas administrativas e respostas a consultas. Essas vias terão caráter vinculante para os órgãos ou entidades destinatários. O rol do *caput* do art. 30 da LINDB não é taxativo: quaisquer outras vias de divulgação de interpretações podem ser empregadas, desde que tenham caráter vinculante.

Esse dispositivo não elimina a necessidade de a Administração Pública também divulgar entendimentos por instrumentos não vinculantes, como manuais, cartilhas etc. Esses instrumentos poderão ser considerados como uma entre outras formas de expressão das “orientações gerais”, que servirão para respaldar a razoabilidade dos entendimentos adotados pelos agentes públicos e que encontram fundamento no parágrafo único do art. 24 da LINDB¹⁸. Um exemplo dessas cartilhas é o Manual de Boas Práticas Consultivas elaborada no âmbito da Advocacia-Geral da União¹⁹. Outros exemplos são o

¹⁸ O fundamento para as publicações de orientações gerais não dependiam de previsão legal específica, pois isso decorre do princípio constitucional da publicidade aplicável à Administração Pública.

¹⁹ Tivemos a honra de estar entre os que elaboraram a primeira edição desse manual, que fixa várias orientações para o adequado serviço a ser prestado pelos órgãos consultivos da AGU (Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/37931611>. Acesso em 31 de maio de 2018).

Manual de Processo Disciplinar divulgado pela Controladoria-Geral da União²⁰ e o Manual de Licitações e Contratos do TCU²¹.

De outro lado, o art. 29 da LINDB recomenda a participação popular, preferencialmente por meio eletrônico, no processo de elaboração de atos normativos.

3.3. RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE PÚBLICO POR INFRAÇÃO HERMENÊUTICA

Os arts. 22 e 28 da LINDB tratam da responsabilização do agente público por possível infração hermenêutica. Em nenhum momento, a LINDB está a cuidar de outras espécies de infrações disciplinares, mas apenas daquelas que envolverem possível infração consistente em má interpretação da norma. O escopo da LINDB é proteger a pessoa do agente público que adote uma interpretação jurídica que futuramente seja rejeitada por órgãos fiscalizadores ou pelo Poder Judiciário. Objetiva-se acabar com os rastros do antiquado “crime de exegese”, que até hoje existe na realidade cotidiana da Administração Pública. A propósito, o ex-consultor-geral da União e professor livre-docente pela USP Arnaldo Sampaio Moraes Godoy, na audiência pública ocorrida em 19 de novembro de 2015, sublinhou a importância dessas regras, afirmando que essa mudança legislativa:

(...) definitivamente, pode sepultar no Brasil o crime de opinião, que hoje estamos vivendo. Eu conheço colegas que são responsabilizados, junto ao Tribunal de Contas da União, junto às várias corregedorias, porque os pareceres ou opiniões que emitiram são pareceres ou opiniões que não passaram pelo escrutínio daquele que controla os atos da Administração, razão pela qual [a mudança da LINDB] (...) mitiga, diminui o crime de opinião, que é o que existe no mundo fático²².

3.3.1. Requisitos para a responsabilização: dolo e erro grosseiro

De um lado, o art. 28 da LINDB estabelece que o agente público só responderá por infração hermenêutica nos casos de dolo ou erro grosseiro. Jamais poderá ser

²⁰ Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/atividade-disciplinar/arquivos/manual-pad.pdf>. Acesso em 31 de maio de 2018.

²¹ Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?inline=1&fileId=8A8182A24D6E86A4014D72AC81CA540A>. Acesso em 31 de maio de 2018.

²² *Apud* página 12 do Parecer da CCJ que analisou o PLS nº 349, de 2015 (Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4407699&disposition=inline>. Acesso em 31 de maio de 2018).

responsabilizado por culpa. Isso vale para todas as esferas de responsabilidade (administrativa, penal, civil etc.). Daí decorre que, se, por exemplo, um agente público dispensa a licitação por entender que o caso concreto se encaixa nas hipóteses legais, ele só poderá ser punido administrativamente se seu entendimento tiver ocorrido por dolo (ex.: o agente público receberá uma propina da empresa a ser contratada sem licitação) ou por erro grosseiro (ex.: a interpretação não possui o mínimo de conexão com a lei).

O conceito de “erro grosseiro” é aberto e, por isso, terá de ser preenchido pelos órgãos de controle. Como o art. 28 da LINDB é norma restritiva de direito, ele deve ser interpretado restritivamente, de maneira que apenas interpretações totalmente desconectadas do ordenamento jurídico poderiam caracterizar erro grosseiro.

De qualquer forma, se o agente público se amparar em parecer promovido pela Advocacia Pública – que tem competência constitucional para “dizer o Direito” na Administração Pública –, entendemos que jamais se poderá imputar-lhe a responsabilidade por eventual erro grosseiro na interpretação jurídica, pois a responsabilidade por “dizer o Direito” é da Advocacia Pública. O agente público, nesse caso, pode até ter incorrido em eventual erro hermenêutico, mas jamais se poderá adjetivar esse erro como “grosseiro” e, portanto, jamais ele poderá ser responsabilizado.

A única exceção é se houver dolo. Se, por exemplo, o agente público age em conluio com o advogado público (ex.: todos estão recebendo propina) para obter um parecer encomendado, todos eles poderão ser responsabilizados por conta do dolo.

Alertamos, porém, que, pelo histórico de julgados do TCU – conforme já expomos mais acima –, o presságio é de que essa Corte não seguirá esse entendimento e continuará a responsabilizar tanto o agente público quanto o advogado público por “infração hermenêutica” nos casos de dolo, erro grosseiro e culpa. Temos que tal postura será indevida e merecerá reforma em eventual via judicial.

3.3.2. Aparente antinomia do art. 28 da LINDB com o art. 38, § 2º, da Lei nº 13.327/2016 e o art. 184 do CPC: requisitos da responsabilidade do advogado público

Ainda em relação ao art. 28 da LINDB, há aparente conflito com o art. 38, § 2º, da Lei nº 13.327, de 2016, e com o art. 184 do Código de Processo Civil (CPC). O art. 18 da LINDB permite a responsabilidade do agente público por dolo ou **erro grosseiro**. Já o art. 38, § 2º, da Lei nº 13.327, de 2016, e o art. 184 do CPC permitem a responsabilização

do advogado público – que é um agente público – por dolo ou **fraude**, sem prever o “erro grosseiro”.

Para essa antinomia, temos que deve ser aplicado o critério da especialidade, de modo que o art. 28 da LINDB deve ser considerado uma regra geral para os agentes públicos, ao passo que o art. 38, § 2º, da Lei nº 13.327, de 2016, e o art. 184 do CPC devem ser considerados regras especiais para uma única espécie de agente público: os advogados públicos. Portanto, para o advogado público, a sua responsabilidade por infração hermenêutica só se dá em caso de dolo ou fraude, nos termos desses últimos dispositivos.

Resta saber o seguinte: o advogado público responde ou não por erro grosseiro, apesar de o art. 38, § 2º, da Lei nº 13.327, de 2016, e o art. 184 do CPC não fazerem menção a tanto? Lembramos que a resposta será extensível a todos os demais ocupantes de carreiras jurídicas públicas que lidam com interpretação, pois o CPC prevê que só dolo ou fraude (não trata de “erro grosseiro”) enseja a responsabilização dos defensores públicos (art. 187, CPC), dos membros do Ministério Público (art. 181, CPC) e dos juízes (art. 143, I, CPC).

A resposta – entendemos – é não.

Erro grosseiro não gera responsabilização do advogado público por infração hermenêutica porque: (1) não há previsão legal expressa; (2) é indevido adotar interpretação extensiva para normas punitivas por princípio geral de direito; e (3) o conceito de “erro grosseiro” é muito aberto e sujeito a alta elasticidade a depender de quem for analisá-lo, de maneira que o advogado público estaria sujeito a constrangimentos na sua atividade de interpretar a legislação. A atividade criativa de interpretação depende de liberdade; não pode ser abafada por temor de responsabilizações. Esse raciocínio vale também para as demais carreiras jurídicas públicas supracitadas diante da equivalência da redação dos dispositivos legais (arts. 143, I, 181, 187 e 184 do CPC).

Não há dispositivo legal direto para o advogado privado, mas entendemos que, por infração hermenêutica (e não por outras falhas, como as operacionais relacionadas à perda do prazo para interpor recursos), deve-se aplicar por analogia essa mesma regra de restringir a responsabilidade a casos de dolo ou fraude. Além disso, para o advogado privado, entendemos que a sua constitucional inviolabilidade por seus atos e

manifestações no exercício da profissão (art. 133, Constituição Federal – CF; art. 1º, § 3º, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, Lei nº 8.906, de 1994) torna implícita a necessidade de sua equiparação aos integrantes de carreiras jurídicas públicas no tocante à responsabilidade por infração hermenêutica.

Ressalva-se que, no caso do advogado público, há obrigação legal de que ele siga entendimentos vinculantes nascidos no âmbito da sua própria instituição, a exemplo do que sucede no âmbito da AGU à luz do inciso II do art. 28 da Lei Orgânica da AGU (Lei Complementar nº 73, de 1993), que veda aos advogados públicos “contrariar súmula, parecer normativo ou orientação técnica adotada pelo Advogado-Geral da União”. Esse caso, todavia, cuida de questão *interna corporis*, interna à própria Advocacia Pública, com o objetivo de evitar uma Torre de Babel hermenêutica dentro da própria instituição jurídica. Outros órgãos, porém, não podem punir administrativamente advogados públicos por suposta infração hermenêutica²³. É semelhante ao que sucede no âmbito do Poder Judiciário, em que os juízes têm obrigação legal de seguir entendimentos vinculantes das instâncias superiores, sob pena de, em caso de reiterados desrespeitos, estar vulnerável a responsabilização.

Para os outros agentes públicos – que não integram as carreiras jurídicas públicas –, a responsabilidade por infração hermenêutica pode ocorrer por “erro grosseiro” por força do art. 28 da LINDB. E há justificativa para esse tratamento diferenciado: advogado público não responde por erro grosseiro, ao contrário dos demais agentes públicos. Como esses demais agentes públicos não possuem competência constitucional para “dizer o Direito” com definitividade no âmbito da Administração Pública, é dever deles consultar quem tem essa atribuição (ou seja, a Advocacia Pública) não apenas nos casos em que houver obrigação legal²⁴, mas também quando se depararem com dúvidas interpretativas.

Ouvida a Advocacia Pública e não havendo caráter vinculante nesse parecer jurídico, cumpre ao agente público decidir se o adota ou não. Em acatando o parecer jurídico, o agente público estará totalmente blindado, salvo caso de dolo em conluio com o parecerista. Aí jamais se poderá falar em “erro grosseiro”. Em, porém, discordando do parecer jurídico, a ousadia do agente público o exporá a ser responsabilizado por eventual

²³ Já averbamos que o TCU não entende assim e prossegue a ter-se como competente para responsabilizar o advogado público por “infração hermenêutica”.

²⁴ Em licitação, por exemplo, o parecer jurídico é obrigatório, embora não seja vinculante, salvo nos casos dos arts. 40, 41, 42 e 43 da Lei Orgânica da AGU (Lei Complementar nº 73, de 1993).

“erro grosseiro” na sua interpretação pessoal. O advogado público, porém, à semelhança das demais carreiras jurídicas públicas (defensores públicos, membros do *Parquet* e magistrados), não poderá ser constrangido na sua atividade hermenêutica pela ameaça de futuramente alguma instituição considerar haver “erro grosseiro” na solução adotada.

Portanto, advogado público só responde por dolo ou fraude na forma do art. 38, § 2º, da Lei nº 13.327, de 2016, e do art. 184 do CPC, e não por erro grosseiro. Consideramos irrelevante se o seu parecer é vinculante ou não, pois, em qualquer caso, o pronunciamento do advogado público não é mero exercício diletante ou decorativo de emitir opinião, e sim o desempenho da função constitucional de “dizer o Direito” no âmbito da Administração Pública²⁵.

E não se alegue que o Supremo Tribunal Federal (STF) teria permitido a responsabilização do parecerista por erro grosseiro, pois: (1) os julgados do STF sobre o tema dizem respeito a fatos anteriores ao advento do art. 38, § 2º, da Lei nº 13.327, de 2016, e do art. 184 do CPC e, portanto, nunca enfrentaram diretamente esses dispositivos; (2) esse entendimento representou apenas um *obiter dictum* de alguns ministros e, portanto, não representa um posicionamento definitivo do STF; (3) o entendimento que for aplicável aos advogados públicos necessariamente tem de ser estendido aos demais integrantes de carreiras jurídicas públicas, como os juízes, membros do MP e os defensores públicos, pois a razão de ser é a mesma e, conforme lembravam os romanos, *ubi eadem ratio ibi eadem ius* (onde há o mesmo fundamento, há o mesmo direito). A propósito, citam-se os seguintes julgados do STF sobre o tema:

(1) MS 30928 AgR²⁶: nesse julgado, o STF equiparou a pareceristas os agentes públicos nomeados para elaborar relatório final de comissão administrativa

²⁵ O TCU considera relevante o caráter vinculante ou não do parecer jurídico. Entende que: “Não cabe aplicação de multa a consultor jurídico quando o parecer por ele emitido não possuir caráter vinculante” (enunciado do Acórdão 1760, Plenário, Rel. Min. Augusto Sherman, disponível em: https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/12/*KEY:JURISPRUDENCIA-SELECIONADA-35038/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/false/1. Acesso em 1º de junho de 2018).

²⁶ Ementa ficou assim:

DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. COMISSÃO ADMINISTRATIVA. RELATÓRIO FINAL. INCORPORAÇÃO E ATUALIZAÇÃO DE QUINTOS/DÉCIMOS. 1. Os agravados foram condenados pelo TCU ao pagamento de multa, por terem subscrito relatório final que amparou decisão administrativa. A situação dos agravados assemelha-se à do parecerista, pelo que a responsabilização deve ocorrer nos mesmos moldes. 2. Até o julgamento do RE 638.115-RG, havia controvérsia sobre o direito à incorporação e atualização dos quintos/décimos, devido às inúmeras normas editadas. Ausência de culpa ou erro grosseiro a justificar a condenação dos agravados. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STF, MS 30928 AgR, 1ª Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 16/08/2016)

incumbida de analisar o cabimento do pagamento a valores de quintos e décimos e, por isso, entendeu que somente no caso de culpa ou erro grosseiro caberia a responsabilização, requisitos que não estariam presentes diante da controvérsia jurídica que havia à época. Com o isso, o STF afastou a multa aplicada pelo TCU às partes.

- (2) MS 24.631²⁷: nesse julgado dos idos de 2007, embora na ementa se aponte a culpa ou o erro grosseiro como causas para a responsabilização do advogado público, esse entendimento representava um *obiter dictum* por parte do Relator do caso, pois, na verdade, o decisivo na leitura dos votos dos ministros era definir se o parecer jurídico era vinculante ou não. Não houve, portanto, um debate específico sobre o cabimento ou não do erro grosseiro como causa de responsabilidade, e tampouco estavam em vigor o art. 38, § 2º, da Lei nº 13.327, de 2016, e o art. 184 do CPC/2015.
- (3) MS 24.584²⁸: nesse antigo julgado de 2008, não foram enfrentados diretamente os requisitos para a responsabilização do advogado público, mas apenas o seu dever ou não de prestar esclarecimentos ao TCU.

²⁷ Eis a ementa:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. AUDITORIA PELO TCU. RESPONSABILIDADE DE PROCURADOR DE AUTARQUIA POR EMISSÃO DE PARECER TÉCNICO-JURÍDICO DE NATUREZA OPINATIVA. SEGURANÇA DEFERIDA.

I. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir.

II. No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato.

III. Controle externo: É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa. Mandado de segurança deferido.

(STF, MS 24631, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJe 01/02/2008)

²⁸ Eis a ementa:

ADVOGADO PÚBLICO - RESPONSABILIDADE - ARTIGO 38 DA LEI Nº 8.666/93 - TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - ESCLARECIMENTOS. Prevendo o artigo 38 da Lei nº 8.666/93 que a manifestação da assessoria jurídica quanto a editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes não se limita a simples opinião, alcançando a aprovação, ou não, descabe a recusa à convocação do Tribunal de Contas da União para serem prestados esclarecimentos. (STF, MS 24584, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 20/06/2008)

- (4) MS 24.073²⁹: nesse longínquo julgado de 2002, o foco dos ministros girou em torno do caráter não vinculante do parecer jurídico. Ademais, a menção à possível responsabilidade por culpa ou erro grave se assentou no Código Civil de 1916 e no Estatuto da OAB. O caso também não serve para iluminar a correta interpretação dos recentes art. 38, § 2º, da Lei nº 13.327, de 2016, e art. 184 do CPC/2015.

Portanto, temos por indevida a invocação da jurisprudência do STF para sustentar o erro grosseiro como suficiente para a responsabilização do advogado público por infração hermenêutica.

Ressalvamos, porém, que, em relação aos juízes, há uma inclinação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em admitir a responsabilização de juízes por erro grosseiro, a exemplo do célebre caso de um juiz da Bahia que, interpretando a legislação e os princípios jurídicos, entendeu cabível flexibilizar algumas formalidades processuais e deferiu a adoção de crianças de modo mais expedito. O CNJ infligiu a pena de advertência ao magistrado³⁰.

Em outro caso, o CNJ puniu juiz que, sem ter tido dolo (não recebeu, por exemplo, propina), teria autorizado a expedição de alvará de levantamento de expressivos recursos financeiros com dispensa de formalidades legais. Nesse caso, em resumo, o juiz foi

²⁹ Eis a ementa:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: PARECER. C.F., art. 70, parágrafo único, art. 71, II, art. 133. Lei nº 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", Malheiros Ed., 13ª ed., 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: Cód. Civil, art. 159; Lei 8.906/94, art. 32.

III – Mandado de Segurança deferido.

(STF, MS 24073, Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, DJe 31/10/2003)

³⁰ A propósito, confira-se esta notícia: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81209-juiz-do-tjba-sera-advertido-por-irregularidades-em-processos-de-adocao>.

punido por ter cometido erro grosseiro em interpretar a legislação e os princípios no sentido de dispensar algumas formalidades³¹.

Igualmente, um juiz do trabalho foi condenado a ressarcir a União pela indenização por dano moral que ela havia pagado a um lavrador. Este teria sofrido ultraje com a atitude do juiz em negar-se a realizar uma audiência pelo fato de o lavrador trajar chinelo de dedo. Nesse caso, embora o juiz tenha interpretado as normas de etiqueta do tribunal, ele foi responsabilizado civilmente em razão de a sua interpretação ter sido considerada um erro grosseiro. O juiz tentou, em vão, justificar-se, conforme esta matéria³²:

Moreira afirmou que não aceitou prosseguir com a primeira audiência porque não estava acostumado com pessoas usando chinelos de dedo em ambientes formais. “Atuei como juiz dez anos em Curitiba, onde os hábitos são diferentes, onde há um consenso social de que a pessoa não vá de chinelos a uma audiência. Mas aqui a situação é diferente. Temos muitas áreas rurais. Tenho que refazer os meus conceitos”, afirmou.

Ele disse, ainda, que não pensou que a atitude do rapaz fosse uma ofensa. “Mas pensei que devemos manter o decoro em uma audiência. Em um casamento, por exemplo, você vai vestido adequadamente”, exemplificou.

Há, portanto, uma tendência de admitir o erro grosseiro como justificativa para a responsabilização dos integrantes de carreiras jurídicas públicas, mas essa prática não possui fundamento legal e, ao nosso aviso, ameaça a constitucional independência de que

³¹ O caso foi assim ementado:

“REVISÃO DISCIPLINAR. MAGISTRADO EM SUBSTITUIÇÃO. EXPEDIÇÃO DE ALVARÁS EM EXECUÇÕES PROVISÓRIAS. PENA DE APOSENTADORIA COMPULSÓRIA. DESPROPORCIONALIDADE.

1. Não há nos autos evidências de que o Magistrado tenha de alguma forma se beneficiado da expedição dos alvarás referidos.

2. No mesmo sentido, também não houve reforma das decisões pelo Tribunal nos recursos apresentados.

3. Considerando a reiteração da conduta do Magistrado e sua gravidade, visto que a expedição de alvarás, sem que estivessem atendidos seus requisitos, era passível de causar prejuízo financeiro à parte, entendendo que é de ser aplicada ao magistrado a pena de disponibilidade com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, prevista no art. 6º da Resolução CNJ 135/2011.

4. Revisão Disciplinar parcialmente procedente.”

(CNJ - REVDIS - Processo de Revisão Disciplinar - Conselheiro - 0001841-64.2017.2.00.0000 - Rel. ROGÉRIO NASCIMENTO - 31ª Sessão Virtual - j. 15/02/2018)

³² Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mar-09/juiz-adiou-sessao-porque-lavrador-usava-chinelos-ressarcira-uniao>. Acesso em 31 de maio de 2018.

devem gozar quem exerce atividade de hermenêutica jurídica. Temos que apenas o dolo e a fraude poderiam ensejar a responsabilidade por infração hermenêutica para essas carreiras jurídicas públicas.

Alertamos que “fraude” é uma espécie de dolo. Não existe “fraude culposa”. Por isso, temos como redundante a legislação ao elencar a fraude em conjunto com o dolo como requisito para a responsabilização dos integrantes dessas carreiras jurídicas por infração hermenêutica.

Por fim, averbamos que o TCU, antes do advento do CPC e da Lei nº 13.327, de 2016, ia além disso e admitia a responsabilização do advogado público por infração hermenêutica no caso de mera culpa. A propósito, confira-se este enunciado de um julgado do TCU³³:

O parecerista jurídico pode ser responsabilizado solidariamente com o gestor quando, por dolo, culpa ou erro grosseiro, induz o administrador público à prática de ato grave irregular ou ilegal.

Resta saber se esse entendimento subsistirá para fatos ocorridos posteriormente aos referidos diplomas.

3.3.3. Parâmetro da contextualização na apuração da responsabilidade do agente público (art. 22, LINDB)

O art. 22 da LINDB estabelece o que designamos de Parâmetro da Contextualização para guiar a responsabilização do agente público. Em suma, esse dispositivo determina que as autoridades competentes, ao avaliarem a responsabilidade do agente público, devem levar em conta o contexto no qual ele estava inserido no momento da prática do ato administrativo questionado, de maneira que os obstáculos e as dificuldades reais por que atravessava o agente público poderão afastar totalmente a responsabilidade ou atenuá-la.

³³ TCU, Acórdão 362/2018, Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes, Data da Sessão 28/02/2018, disponível em: https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/12/*/?KEY:JURISPRUDENCIA-SELECIONADA-52788/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/false/1. Acesso em 1º de junho de 2018

Em suma, as circunstâncias fáticas do momento da prática do ato administrativo poderão servir de excludente ou de atenuante de responsabilidade do agente público.

3.4. INVALIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO

As inovações da LINDB tocam a teoria das nulidades dos atos administrativos. Nesse ponto, pode-se agrupar a disciplina em quatro grupos temáticos:

- a) princípio da motivação concreta (arts. 20 e 21, *caput*, LINDB)
- b) regime de transição (art. 23, LINDB), princípio da menor onerosidade da regularização (art. 21, parágrafo único, LINDB) e irregularidade sem pronúncia de nulidade (art. 21, parágrafo único, 22, *caput* e § 1º, LINDB);
- c) convalidação por compromisso com ou sem compensações (arts. 26 e 27, LINDB);
- d) invalidade referencial (art. 24, LINDB).

3.4.1. Princípio da motivação concreta

Sediado no art. 20 e no *caput* do art. 21 da LINDB, o princípio da motivação concreta exige que o agente público incorpore à motivação dos atos administrativos a efetiva análise das consequências práticas de suas soluções jurídicas. Não lhe basta limitar-se à análise de valores abstratos (*rectius*, princípios, cláusulas abertas ou conceitos jurídicos indeterminados). É necessário explicitar quais serão as consequências concretas da solução jurídica.

O princípio da motivação concreta exige que esse enfrentamento dos desdobramentos reais ocorra não apenas para definir se um ato é inválido ou não, mas também para explicitar quais serão as consequências concretas da invalidação do ato administrativo. Nessa análise das consequências concretas, há de serem analisados não apenas aspectos materiais (como a chance de recuperação do dinheiro até então despendido), mas também questões jurídicas e administrativas (como os deveres de indenização que juridicamente nascerão com a invalidação ou com a eventual paralisação na prestação de um serviço público)³⁴.

³⁴ Não se pode negar que essa preocupação com as consequências práticas das soluções jurídicas inspirou-se na Análise Econômica do Direito (AED). Alerta-se que a AED não é uma teoria da justiça; ela não diz o que é justo. A única versão que equiparava o justo ao que era economicamente eficiente é a ultrapassada primeira versão do pensamento de Richard Posner. As atuais abordagens descartam essa

3.4.2. Regime de transição (art. 23, LINDB), princípio da menor onerosidade da regularização (art. 21, parágrafo único, LINDB) e irregularidade sem pronúncia de nulidade (art. 21, parágrafo único, 22, *caput* e § 1º, LINDB)

A adoção de um entendimento jurídico novo, que não era esposado pelos órgãos públicos, exige a indicação do “regime de transição”, assim compreendida a explicitação do modo como, na prática, os agentes públicos deverão adaptar-se à nova orientação (art. 23, LINDB).

Isso deve ocorrer também quando esse novo entendimento implicar a invalidação de um ato administrativo anterior, caso em que o regime de transição deverá indicar como deverá ocorrer a regularização da situação fático-jurídica criada pelo ato invalidado. Essa regularização deverá ocorrer pelo modo menos oneroso para a Administração Pública e também para os particulares envolvidos, conforme o que designamos de princípio da menor onerosidade da regularização (art. 21, parágrafo único, LINDB).

Ainda à luz desse princípio, será permitido até mesmo que o ato irregular seja preservado, diante da elevada gravidade concreta das consequências práticas da sua invalidação. Isso está implícito no parágrafo único do art. 21 da LINDB, que proíbe que a regularização decorrente da invalidação de um ato cause ônus ou perdas anormais ou excessivas aos sujeitos atingidos (tanto a Administração Pública quanto os particulares envolvidos). Se a invalidade de um ato irregular gerar prejuízos excessivos, o ato irregular deverá ser preservado. Nesse caso, será admitido o que batizamos de declaração de irregularidade sem pronúncia de invalidade.

Em verdade, “nada há de novo debaixo do sol”. Essa situação de conservação de atos irregulares já é conhecida, por exemplo, no Direito Constitucional, no seio do qual é admitida a declaração de inconstitucionalidade de uma lei sem pronúncia de nulidade, e no Direito Civil, em que o princípio da conservação do negócio jurídico e outros conceitos – como o de propriedade aparente e o de usucapião – preservam as situações fático-jurídicas criadas por atos jurídicos irregulares.

associação da AED como uma teoria de justiça. A AED, em suma, apenas exige que o jurista tome ciência das consequências concretas de suas soluções jurídicas antes de, à luz da teoria de justiça de sua preferência, decidir.

A título ilustrativo, se um contrato administrativo destinado à construção de um prédio de seis andares vem a ser considerado irregular pelo Tribunal de Contas em razão da falta de licitação prévia, é dever da Corte de Contas avaliar as consequências concretas de eventual pronúncia de invalidade do ato e caminhar para adotar a solução menos onerosa para a Administração Pública e também para a empresa contratada, que, no exemplo – suponha-se –, está de boa-fé. O órgão de controle poderá, por exemplo, deixar de pronunciar a nulidade se constatar que os prejuízos financeiros serão demasiadamente elevados e que as obras já estão perto de findar-se (declaração de irregularidade sem pronúncia de nulidade). Poderá também pronunciar a invalidade, mas estabelecendo um “regime de transição” em razão do qual uma nova empresa, escolhida após uma licitação, assumiria a continuidade das obras. Nesse caso, a empresa originariamente contratada continuaria com a construção até ser substituída pela nova empresa, pois isso evitaria desperdício de materiais de construção já comprados, deterioração do esqueleto da construção por conta do abandono da obra e gastos com multas em razão do rompimento de contratos (regime de transição). Seja como for, o Tribunal de Contas deverá, nesse caso, buscar a solução menos onerosa (princípio da menor onerosidade da regularização).

3.4.3. Convalidação por compromisso com ou sem compensações (arts. 26 e 27, LINDB)

Os arts. 26 e 27 da LINDB materializam o que se chama de “Administração Consensual ou Dialógica”³⁵. Trata-se do que chamamos de uma convalidação de atos irregulares por meio de compromisso com ou sem compensações.

De um lado, o art. 26 da LINDB prevê a figura do compromisso. Havendo uma situação fática irregular ou cuja regularidade seja objeto de controvérsia ou de dúvida jurídica, a Administração Pública poderá firmar um termo de compromisso com os particulares interessados com o objetivo de regularizar a situação (art. 26, LINDB). Esse termo de compromisso deve ser precedido de oitiva do órgão jurídico e, se for o caso, de audiência pública. O art. 26 da LINDB não é detalhista acerca dos limites desse termo de compromisso, mas, ao menos, deixa claro que a Administração Pública não poderá exonerar permanentemente o particular de cumprir deveres reconhecidos por “orientação

³⁵ A propósito, reportamo-nos a este texto: OLIVEIRA, Gustavo Justino de Oliveira; SCHWANKA, Cristiane. A Administração Consensual como a Nova Face da Administração. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 104, jan./dez. 2009, p. 104. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67859/70467>. Acesso em 31 de maio de 2018.

geral”, ou seja, pela interpretação dominante da legislação. Fica, porém, implícito que a Administração Pública poderá, nesse termo de compromisso, admitir essa exoneração de modo temporário e também poderá renunciar a direitos a respeito dos quais inexista clareza interpretativa, tudo em troca de benefícios de ordem pública. Em princípio, o agente público terá liberdade para barganhar a regularização da situação fática, buscando o interesse público.

De outro lado, o art. 27 da LINDB autoriza a Administração Pública a impor compensações em razão de benefícios auferidos ou de prejuízos causados por quem estava em situação irregular. Entendemos que, à luz do § 2º do art. 27 da LINDB, essas compensações podem ser associadas ao compromisso do art. 26 da LINDB, de modo a permitir que a Administração Pública regularize uma situação irregular mediante a obtenção de compensações, ainda que a situação irregular seja censurada por orientações gerais. Em suma, entendemos que o art. 27 da LINDB flexibiliza o inciso III do § 1º do art. 26 da LINDB.

As compensações de que trata o art. 27 da LINDB também podem ser utilizadas mesmo fora de compromissos, caso em que a Administração Pública, de ofício, poderá condenar particulares em situação de irregularidade a indenizar (compensar) os danos sofridos pelo Poder Público ou os benefícios indevidamente auferidos pelo particular.

Consideramos que a compensação é instituto fadado ao ostracismo, pois a falta de parâmetros detalhados de como as negociações podem ser implementadas causará receio fundado nos agentes públicos de futuramente serem responsabilizados por mal-entendidos com órgãos de controle. Dificilmente algum advogado público dará parecer favorável a qualquer espécie de acordo, pois, como o regime atual acaba deixando a certeza hermenêutica nas mãos futuras dos órgãos de controle externo – que ainda prosseguem a responsabilizar advogados públicos –, o receio de futura divergência de entendimento inibirá os advogados públicos. O TCU, por exemplo, já responsabilizou advogado público por ter dado parecer favorável a acordo extrajudicial que foi tido como desvantajoso para a União, conforme este julgado, resumido no seguinte enunciado³⁶:

³⁶ TCU, Acórdão 40/2013, Plenário, Rel. Min. José Múcio Monteiro, Data da Sessão 23/01/2013, disponível em: https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/12/*KEY:JURISPRUDENCIA-SELECIONADA-42242/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/false/1. Acesso em 1º de julho de 2018.

Advogado público é responsabilizado quando emite parecer favorável à homologação judicial em acordo extrajudicial, em condições excessivamente onerosas à União e em detrimento de sentença mais vantajosa aos cofres públicos.

3.4.4. Invalidez referencial

Hóspede do art. 24 da LINDB, a invalidez referencial – expressão que ora criamos – estabelece que a análise da invalidez de um ato administrativo deve levar em conta as “orientações gerais” que preponderavam à época do ato, salvo se o ato ainda não tiver sido concretizado.

As orientações gerais são as interpretações razoáveis que vigoravam na época (conforme a doutrina, os precedentes judiciais ou administrativos, os manuais, as cartilhas e até mesmo a prática administrativa reiterada e notória dos órgãos públicos).

Se, por exemplo, os órgãos públicos em geral aceitam a dispensa de licitação em um determinado tipo de contratação pública, não poderão ser invalidados os contratos administrativos assim firmados se, posteriormente, um órgão de controle ou o próprio Poder Judiciário entender que a melhor interpretação é pelo descabimento da dispensa de licitação. Há de respeitar-se o entendimento razoável que vigorava à época, estabelecendo que a nova interpretação só deverá ser aplicada a casos futuros (eficácia *ex nunc*). Em outras palavras, o contrato administrativo com dispensa de licitação é válido se firmado anteriormente à nova interpretação, mas será inválido para novas interpretações. Trata-se de uma invalidação referencial.

Não se trata de novidade no ordenamento jurídico. O fenômeno da “invalidez referencial” decorre de uma modulação da interpretação no tempo, o que já é conhecido textualmente na legislação, como nos casos de controle concentrado de constitucionalidade (art. 27, Lei nº 9.868, de 1999) e de mudanças de jurisprudência dominante de Cortes Superiores (art. 927, § 3º, do CPC). Esse fenômeno também já era admitido pela doutrina e pela jurisprudência com base no princípio da segurança jurídica, no da proporcionalidade e no da boa-fé, pois os indivíduos confiam nas interpretações razoáveis da norma. Em todos os ramos do Direito, essa prática é admitida, embora seja mais comum ouvir-se falar dela em Direito Constitucional³⁷.

³⁷ Um eloquente exemplo foi o julgamento ocorrido em 14 de junho de 2018 das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPFs) nºs 395 e 444 pelo STF. Nessa ocasião, os ministros, por 6 votos contra 5 (a divergência ilustra a indeterminação inata do Direito), entenderam

Daí a razão por que é possível afastar efeitos jurídicos desproporcionais em cenários de dúvida jurídica razoável, conforme já tivemos a oportunidade de ilustrar, com exemplos de precedentes do STJ, em outra oportunidade³⁸.

3.5. POSSÍVEL APLICAÇÃO DAS MUDANÇAS DA LINDB EM OUTROS RAMOS DO DIREITO

As mudanças promovidas nos arts. 20 a 30 da LINDB envolvem alterações relevantes na teoria das nulidades dos atos jurídicos e na teoria geral do direito, pois carrega figuras como as que batizamos de “invalidade referencial” (que envolve a ideia de “modulação dos efeitos da interpretação no tempo”), “declaração de irregularidade sem pronúncia de invalidade” e “regime de transição” para readaptação de uma situação fático-jurídica a uma nova criada por uma nova interpretação.

Entendemos que, por analogia, essas ideias são plenamente extensíveis para os demais ramos do Direito, com inclusão do Direito Civil³⁹, pois esses conceitos ultrapassam os limites do Direito Administrativo. O próprio conceito de dúvida jurídica razoável, para afastar efeitos jurídicos desproporcionais em relações de direito privado, já é admitido pelos tribunais, conforme estudo que tivemos a oportunidade de confeccionar⁴⁰. A importação, porém, tem de ser avaliada em cada caso de modo cauteloso e à luz da dogmática de cada ramo do Direito.

pela inconstitucionalidade da condução coercitiva do investigado para interrogatório, mas preservaram as conduções coercitivas ocorridas anteriormente ao julgamento. Não haveria nulidade de processos penais em que tal prática tenha ocorrido antes do julgamento do STF. O texto constitucional não mudou, mas apenas a interpretação, e, em respeito ao cenário de dúvida jurídica razoável existente antes do julgamento do STF, foram preservados os atos de condução coercitiva pretéritos. Em outras palavras, a condução coercitiva é válida se feita antes da decisão do STF, mas é inválida se adveio posteriormente. Trata-se do que estamos a batizar de invalidade referencial.

³⁸ OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. **A Dúvida Jurídica Razoável e a Cindibilidade dos Efeitos Jurídicos**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, março/2018 (Texto para Discussão nº 245). Disponível em www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 5 de março de 2018. Publicado em março de 2018.

³⁹ No âmbito do Direito Civil, o professor e livre docente pela USP Otávio Luiz Rodrigues Jr. faz aprofundada crítica contra a leitura indevida da doutrina brasileira sobre o movimento da constitucionalização do Direito Civil e defende genial caminho epistemológico, tudo conforme se vê na sua tese de livre docência que está às vésperas de publicação. Seja como for, o problema da “indeterminação” do Direito jamais será totalmente eliminado, embora possa ser atenuado e racionalizado, razão por que os mecanismos trazidos nos arts. 20 ao 30 da LINDB, por analogia, podem vir a ser úteis ao Direito Civil. Para uma superficial consulta, reportamo-nos a esta entrevista concedida pelo eminente civilista das Arcadas (CONJUR. **Pós-graduação em Direito deve ter regras transparentes, estáveis e previsíveis**). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-12/entrevista-otavio-luiz-rodrigues-coordenador-direito-capes>. Acesso em 16 de junho de 2018).

⁴⁰ OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. **A Dúvida Jurídica Razoável e a Cindibilidade dos Efeitos Jurídicos**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, março/2018 (Texto para

3.6. INCIDÊNCIA DAS REGRAS DA LINDB NOS SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTRO

Os serviços notariais e de registro, também batizados de serventias ou cartórios extrajudiciais, consistem em serviço público prestado por profissionais do Direito que, após concurso público, recebem a delegação do Estado (art. 236 da CF e Lei 8.935/94). Os titulares dessas serventias (os oficiais de registro, de notas e de protestos) são agentes públicos em sentido amplo. Os atos finalísticos por eles praticados, como os registros e as averbações, são, em si, atos administrativos. Daí decorre que, em princípio, as regras de segurança hermenêutica da LINDB recaem sobre a atividade deles.

Todavia, como os atos praticados eles objetivam dar existência, validade ou eficácia a outros atos jurídicos (ex.: o registro de uma escritura de compra e venda de imóvel no Cartório de Imóveis busca fazer nascer um direito real de propriedade para o adquirente), é fundamental conectar essas regras da LINDB com a teoria geral relativa ao ato jurídico albergado pela atividade notarial e de registro.

Isso significa que, por um lado, ao analisar a nulidade de um registro de uma escritura de compra e venda, é imprescindível analisar as regras de Direito Civil acerca da invalidade do negócio jurídico de compra e venda como fonte normativa principal, admitida a aplicação das regras de segurança hermenêutica da LINDB de modo subsidiário. É que, no final das contas, a discussão aí da higidez do negócio jurídico que foi acessou a tábua predial.

Por outro lado, se a discussão é acerca do entendimento adotado por um oficial extrajudicial sobre questão não relacionada à atividade finalística, como, por exemplo, o seu entendimento relativo à forma de cobrança de emolumentos ou aos meios lícitos de captação de clientela (ex.: é viável o tabelião prestar serviços em domicílio em qualquer caso?), aí se terá a aplicação principal das regras de segurança hermenêutica da LINDB. Assim, por exemplo, se um tabelião, apoiando-se em uma interpretação da tabela de emolumentos adotada pelo órgão de corregedoria da época, cobra um determinado valor do usuário a título de emolumentos, ele não pode ser punido disciplinarmente pelo fato de, posteriormente, o órgão correcional passar a adotar outra interpretação da mesma tabela de emolumentos, pois não havia erro grosseiro aí nem dolo (art. 28, LINDB). Acrescemos que a dúvida jurídica razoável aí é manifesta, de sorte que, nessa hipótese,

Discussão nº 245). Disponível em www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 5 de março de 2018. Publicado em março de 2018.

cabe ao órgão correccional promover a cindibilidade dos efeitos jurídicos da sua nova interpretação para, sob um juízo de proporcionalidade, admitir a produção apenas daqueles efeitos que não sejam exorbitantes, tudo conforme já expomos em outro texto⁴¹. Nesse exemplo, temos por extravagante punir disciplinarmente o titular do cartório, mas consideramos proporcional admitir a obrigação de ele ressarcir o usuário que tenha pago valor a maior antes da nova interpretação e que venha a solicitar esse reembolso, especialmente se a diferença financeira não for expressiva.

Em questão de responsabilidade disciplinar do titular extrajudicial por infração hermenêutica, como o oficial extrajudicial é um agente público, aplica-se-lhe a regra do art. 28 da LINDB, de maneira que, por possível erro de interpretação, ele só pode responder por dolo ou erro grosseiro. Como se vê, o regime jurídico de maior blindagem hermenêutica disponível para outras carreiras jurídicas públicas – especificamente a de juízes, membros do *Parquet*, defensores públicos e advogados públicos – não é extensível aos oficiais extrajudiciais. Para aquelas outras carreiras jurídicas públicas, a responsabilidade por infração hermenêutica só ocorre por dolo ou fraude, sem envolver o erro grosseiro (arts. 143, I, 181, 184 e 187 do CPC e art. 38, § 2º, da Lei nº 13.327, de 2016). Entendemos que há justificativa para essa distinção de regime jurídico disciplinar, pois os oficiais extrajudiciais, apesar de serem profissionais do Direito (art. 3º, Lei nº 8.935/94), representam serviços auxiliares ao Poder Judiciário (art. 98, II, “b”, da CF) e, ao se depararem com questões controversas de hermenêutica, devem evitar interpretações grosseiras, deixando ao interessado insatisfeito o pedido de suscitação de dúvida ao juízo competente (art. 198, Lei nº 6.015/73). Entendimento diverso conduziria à conclusão que um tabelião de notas que, por estar muito desatualizado juridicamente, lavra uma escritura pública de doação de criança, atestando que o donatário passaria a ser o pai da criança, não poderia ser responsabilizado disciplinarmente por esse erro hermenêutico grosseiro, salvo se fosse comprovado dolo ou fraude dele (ex.: o tabelião recebeu uma “propina” para fazer esse ato).

O profissional do Direito precisa de proteção no exercício da interpretação jurídica. A restrição do art. 28 da LINDB dá ao titular extrajudicial uma garantia mínima para essa atividade, impedindo a sua punição por “culpa” na adoção de uma interpretação

⁴¹ OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. **A Dúvida Jurídica Razoável e a Cindibilidade dos Efeitos Jurídicos**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, março/2018 (Texto para Discussão nº 245). Disponível em www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 5 de março de 2018. Publicado em março de 2018.

e admitindo apenas a sua sanção por dolo ou erro grosseiro. O regime disciplinar que sobrevivia até o advento da LINDB admitia que mera culpa ensejasse a responsabilização, o que causava uma insegurança no oficial extrajudicial a ponto de levar muitos deles a abusarem do uso do procedimento de suscitação de dúvida com o objetivo de cobrir a sua interpretação com a chancela judicial. A Corregedoria-Geral da Justiça do Tribunal de São Paulo (CGJ/SP) chegou a editar o Comunicado nº 535/95 com o seguinte conselho⁴²:

Recomenda-se, ainda, que os cartórios de registro evitem a prodigalidade no levantamento das dúvidas, muitas delas decorrentes do comodismo ou desconhecimento das suas próprias atribuições. Em consequência, utilizam da argüição da dúvida como forma de transferir para a Corregedoria o exame do título, transformando o Conselho Superior da Magistratura em mero órgão consultivo.

Um alerta final se impõe. Embora o art. 28 da LINDB só se aplica para responsabilidade do oficial extrajudicial por “infração hermenêutica”, é preciso destacar que esse preceito não se aplicará no caso de desatenção a orientação vinculante dos órgãos de fiscalização do Poder Judiciário, pois aí não se estará tratando de “infração hermenêutica”, e sim em desobediência à ordem de instância com poder normativo. Esquecer, por negligência, de seguir um entendimento vinculante é passível de repercussão disciplinar. Se, todavia, o oficial tiver feito um *distinguish*, apontando que o caso concreto não se encaixava na hipótese tratada na orientação vinculante, dever-se-á aplicar o art. 28 da LINDB para apurar eventual responsabilidade, pois aí se trata de operação hermenêutica: só dolo ou erro grosseiro credenciarão desdobramentos disciplinares.

4 CONCLUSÃO

Os arts. 20 a 30 da LINDB, gestados pela Lei nº 13.655, de 2018, trouxeram profundas alterações destinadas a aumentar a segurança hermenêutica no âmbito da Administração Pública. A sua leitura tem de ser feita de modo conjugado com o regime de responsabilidade do advogado público nos moldes dos arts. 38, §§ 2º e 3º, da Lei nº 13.327, de 2016.

⁴² Disponível em: <https://www.26notas.com.br/blog/?p=14263>.

Tudo parte do reconhecimento da indeterminação do Direito, de modo que a coexistência de soluções jurídicas diversas e razoáveis é um fenômeno natural que precisa ser controlado pelo sistema jurídico, sob pena de causar insegurança hermenêutica aos agentes públicos.

Sob essa premissa, o presente estudo conclui que:

- a) As mudanças da LINDB firmam-se no pressuposto da indeterminação do Direito e, por isso, buscam dar segurança hermenêutica aos atos administrativos e aos agentes públicos.
- b) A compreensão das alterações da LINDB, por tratarem de segurança hermenêutica, depende da análise da responsabilidade do advogado público, que é incumbido de dizer o Direito no âmbito da Administração Pública, o que convida reflexões sobre os §§ 2º e 3º do art. 38 da Lei nº 13.327, de 2016.
- c) Por eventual infração hermenêutica, o advogado público somente pode responder administrativamente perante o órgão correcional de sua instituição, de modo que falece competência aos órgãos de controle externo, como o TCU, para tanto, tudo conforme o art. 38, § 2º, da Lei nº 13.327, de 2016.
- d) Como, porém, os órgãos de controle externo – como o TCU – vêm rejeitando essa interpretação indicada na alínea “c”, é bem-vinda a edição de lei que deixe mais clara ainda essa regra.
- e) É dever do advogado público responder às consultas do agente público de modo conclusivo, direto, sistemático, claro e objetivo, a fim de permitir-lhe ter clareza sobre o encaminhamento juridicamente mais aconselhável pela Advocacia Pública.
- f) As alterações ocorridas na LINDB podem ser resumidas em três grupos temáticos: (1) clareza normativa (arts. 29 e 30); (2) responsabilização do agente público por infração hermenêutica (arts. 22 e 28); e (3) invalidade de ato administrativo.
- g) A clareza normativa consiste em estimular a Administração Pública a divulgar interpretações com caráter vinculante e a prestigiar a participação popular por meio eletrônico no processo de elaboração de atos normativos.
- h) A responsabilização do agente público por infração hermenêutica, além de ter de levar em conta o Parâmetro da Contextualização como possível excludente ou atenuante da responsabilidade, só pode ocorrer no caso de dolo ou erro grosseiro. No caso de advogado público, a responsabilidade só pode ocorrer por dolo ou fraude (que é uma espécie de dolo), e não por erro grosseiro (art. 38, § 2º, da Lei nº 13.327, de 2016, e art. 184 do CPC). A justificativa para o tratamento diferenciado é que a competência constitucional para “dizer o

Direito” na Administração Pública é da Advocacia Pública, a qual necessita estar livre da ameaça causada por um conceito tão aberto de “erro grosseiro”. O agente público que se amparar em parecer da Advocacia Pública jamais comete erro grosseiro, mas, se discordar da opinião da instância jurídica competente para “dizer o Direito” no âmbito administrativo, assumirá o risco de a sua interpretação pessoal ser considerada um “erro grosseiro”. Há, porém, uma tendência de haver responsabilização do advogado público por “erro grosseiro”, conforme se observa em relação a julgados do Conselho Nacional de Justiça e do Poder Judiciário responsabilizando, por erro grosseiro em interpretação, juízes, que, à semelhança dos defensores públicos e dos membros do Ministério Público, se sujeitam a regime similar ao do advogado público (arts. 143, I, 181, 184 e 187 do CPC e art. 38, § 2º, da Lei nº 13.327, de 2016).

- i) A invalidade do ato administrativo tratada nas inovações advindas à LINDB envolve quatro subgrupos temáticos: (1) princípio da motivação concreta (arts. 20 e 21, *caput*); (2) regime de transição (art. 23) com princípio da menor onerosidade da regularização (art. 21, parágrafo único) e com a declaração de irregularidade sem pronúncia de invalidade (arts. 21, parágrafo único, e 22, *caput* e § 1º); (3) convalidação por compromisso com ou sem compensações (arts. 26 e 27), o que se insere na ideia de administração pública consensual ou dialógica; e (4) invalidade referencial (art. 24), o que envolve a ideia de modulação da interpretação no tempo.
- j) As regras de segurança hermenêutica da LINDB podem ser estendidas, por analogia, para outros ramos do Direito – com inclusão do Direito Civil –, mas o jurista deverá cuidar para analisar cada caso concreto à luz dos fundamentos desse ramo.
- k) As regras de segurança hermenêutica da LINDB se aplicam aos serviços notariais e de registro, com inclusão da exigência, pelo art. 28 da LINDB, de dolo ou erro grosseiro para a responsabilização disciplinar do oficial extrajudicial por “infração interpretativa” na prática dos atos finalísticos. Todavia, quando se tratar de invalidade de atos finalísticos, deve-se dar prioridade as regras e princípios do fato jurídico que foi objeto do ato notarial ou de registro público, de modo a imprimir incidência supletiva às referidas regras da LINDB. Ademais, em se tratando de atos não finalísticos (ou seja, de atos-meio), como a adoção de condutas indevidas de captação de clientela, não se aplicará o art. 28 da LINDB, de modo que o oficial poderá responder por simples culpa na forma da sua legislação disciplinar específica (Lei nº 8.935/1994).

Missão da Consultoria Legislativa

Prestar consultoria e assessoramento especializados ao Senado Federal e ao Congresso Nacional, com o objetivo de contribuir com o aprimoramento da atividade legislativa e parlamentar, em benefício da sociedade brasileira.



Núcleo de Estudos
e Pesquisas

Consultoria
Legislativa

SENADO
FEDERAL



ISSN 1983-0645