



# REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO - FDRP

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP

---

Seção: Artigos Científicos

## **“Nova LINDB”, cinco anos. Uma convocação à racionalidade das decisões. Contribuições para os casos de dano ao erário**

*“New LINDB”, five years. A summon up to rationalied of legal decisions. Contributions to the cases of compensation of the damage to the public treasury*

Celso Rodrigo Lima dos Santos

**Resumo:** A Lei 13655/18 completa, em 2023, cinco anos de importantes contribuições ao Direito. O impacto dos dispositivos que inseriu no Decreto-lei nº 4.657, de 1942, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), foi tão profundo, que é possível falar em uma “Nova LINDB”. Este artigo celebra o aniversário da Lei 13655/18, defendendo que sua principal contribuição é convocar as instâncias judiciais, controladoras e administrativas a emitirem decisões racionalmente construídas, como forma de mitigar a sensação de insegurança jurídica do agente público. O artigo trata do medo destes profissionais na sua rotina de trabalho, sobretudo pelo risco de serem responsabilizados por dano ao erário. O texto também expõe como a convocação à racionalidade empreendida pela Nova LINDB se reflete - ou deveria se refletir - nas decisões de casos de responsabilidade por dano ao erário. E, por fim, o artigo propõe teses, categorizações das decisões jurídicas e um roteiro que visa contribuir com a análise das decisões mencionadas e com o aperfeiçoamento da tarefa de construí-las.

**Palavras-chave:** LINDB. Decisão Racional. Segurança Jurídica. Agente Público. Dano ao Erário.

**Abstract:** The law 13655/18 completes, in 2023, five years of important contributions to Law. The impact of the legal devices that law 13655/18 inserted in law nº 4657, of 1942 - the law of Introduction of Brazilian Law (LINDB) - was so deep that we can named it “New LINDB”. This paper celebrates the anniversary of Law 13655/18, arguing that its main contribution is to summon up judges, Supreme Audit Institutions and administratives authorities to issue legal decisions with rationaly, as a way of mitigating the feeling of legal insecurity of the public agent. This paper deals with the fear of these professionals in their daily work routine, especially due to the risk of convicted to compensation of the damage to the public treasury. The paper also exposes how the summons to rationality undertaken by Nova LINDB is reflected - or should be reflected - in the decisions of cases of liability for damage to the treasury. And, finally, the paper proposes theses, categorizations of legal decisions and a script that aims to contribute to the analysis of the mentioned decisions and to the improvement of the task of constructing them.

**Keywords:** LINDB; Rationally Legal Decisions; Legal Security; Public Agent; Damage to the Public Treasury.

**Disponível no URL:** [www.revistas.usp.br/rdda](http://www.revistas.usp.br/rdda)

**DOI:** <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v10i2p154-188>

## **“NOVA LINDB”, CINCO ANOS. UMA CONVOCAÇÃO À RACIONALIDADE DAS DECISÕES. CONTRIBUIÇÕES PARA OS CASOS DE DANO AO ERÁRIO**

*Celso Rodrigo Lima dos SANTOS\**

*Sumário: Sumário: 1 Introdução; 2 A responsabilização civil por dano ao erário e sua relação com outras consequências responsabilizatórias; 3 Ressarcimento do erário: a mais temida das consequências responsabilizatórias por parte dos agentes públicos; 4 O pragmatismo da Lei 13655/18; 5 A decisão racional como instrumento de mitigação da plasticidade e da imprecisão do direito contemporâneo; 5.1 A previsibilidade; 5.2 A relativização do ideal de previsibilidade; 5.3 Argumentatividade versus previsibilidade; 5.4 As decisões jurídicas e a construção do Direito; 5.5 A decisão racional como instrumento de mitigação da insegurança do Direito contemporâneo e os elementos que a configuram; 5.6 A convocação à racionalidade da Nova LINDB ; 6 Roteiro de análise e construção de decisões racionais – linhas gerais; 6.1 Passo nº 1 - Há realmente dano ao erário? E passo nº 2 – Qual o valor do dano?; 6.2 Passo nº 3 – Qual foi a norma violada?; 6.3 Passo nº 4 – Qual a relação de causa e efeito entre o dano e a violação da norma?; 6.4 Passo nº 5 – Quem violou a norma teria como evitar o dano?; 7 Conclusão; Referências.*

### **1. Introdução**

Ser agente público hoje em dia é uma atividade de risco. A razão principal é o desafio cotidianamente enfrentado por estes profissionais para saber, diante de um Direito plástico e impreciso, o que efetivamente é obrigatório, proibido e permitido, de modo a evitar as consequências responsabilizatórias decorrentes da violação destes limites. O resultado deste cenário são agentes públicos em estado de permanente temor e reprimidos em sua proatividade, por mais que sejam honestos e se esforcem em fazer aquilo que compreendem estar previsto nas normas.

Dentre as consequências responsabilizatórias a que o agente público está sujeito em sua rotina de trabalho, é a obrigação de ressarcir o erário a que mais tem potencial para lhe causar insegurança. E esta sensação se reforça quando o agente identifica pares sendo obrigados a pagar valores ao erário por condutas que, talvez, ele também as tivesse adotado em situações semelhantes, ao buscar pelos melhores resul-

---

*\*Graduado em Direito e Especialista em Direito Administrativo e Gestão Pública pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Mestre em Constituição e Sociedade pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Especialista em Finanças Públicas pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). MBA em Auditoria Interna pelo Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Coimbra (Coimbra Business School - ISCAC). Chefe de Auditoria Forense do Centro Controle Interno do Exército (CCIEEx). Membro do Grupo de Pesquisa Retórica, Argumentação e Juridicidades da Universidade de Brasília (GPRAJ/UnB).*

tados e com base nas normas que regem sua atuação. Enfim, o medo da responsabilização está sempre presente. A sensação de “o próximo pode ser eu” é uma constante, apesar de agir com probidade. Em um ambiente como este, o prejuízo para a qualidade do serviço público é uma decorrência inevitável.

Em meio a este cenário, em 25 de abril de 2018, foi promulgada a Lei nº 13655 (BRASIL, 2018) - com origem no Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 349/2015, de autoria do então Senador Antônio Anastasia, atualmente, Ministro do Tribunal de Contas da União (TCU) - que inseriu dispositivos novos no Decreto-lei nº 4657, de 1942 (BRASIL, 1942), denominado de Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Completando, em 2023, cinco anos de uma vigência marcada por debates, a Lei 13655/18 fixa parâmetros importantes no tema da responsabilização dos agentes públicos, visando mitigar a sensação de insegurança enfrentada por estes profissionais. O impacto tem sido tão profundo, que a nova redação do DL 4657/42 está sendo tratada no meio jurídico, sobretudo nos fóruns de Direito Administrativo, como a “Nova LINDB”.

Este artigo celebra o aniversário da Lei 13655/18, defendendo que sua busca por segurança jurídica se faz pela convocação das instâncias judiciais, controladoras e administrativas<sup>1</sup> a emitirem *decisões racionalmente construídas*. Ao longo do artigo, sustentamos esta tese, apresentando um conceito de *decisão racional* e identificando, na redação da Nova LINDB, os *elementos* que a compõem. Na última Seção do artigo, abordamos como essa convocação à racionalidade se reflete - ou deveria se refletir - nas decisões de casos de responsabilidade por dano ao erário. Fazemos isto, por meio de tese que harmoniza o regime da responsabilidade civil com a legalidade administrativa (que pauta a atuação do agente público), além de propor um roteiro que visa contribuir com a análise destas decisões e com o aperfeiçoamento da tarefa de construí-las.

A intenção final é colaborar de forma prática para a mitigação da sensação de insegurança na rotina da Administração e, por decorrência, para um ganho de qualidade dos serviços públicos.

## **2. A responsabilização civil por dano ao erário e sua relação com outras consequências responsabilizatórias**

O ordenamento jurídico brasileiro reconhece a possibilidade de uma única conduta do agente público redundar em mais de uma consequência responsabilizatória. Estamos a falar da independência entre as esferas de responsabilização prevista em diversos dispositivos legais. Para que se compreenda melhor essa independência,

---

<sup>1</sup> Utilizamos a expressão “instância judicial” para nos referirmos aos juízes e às Cortes do Poder Judiciário. A expressão “instância controladora”, aos tribunais de contas. E “instância administrativa”, ao agente público ou colegiado que possua competência para decidir em processos de dano ao erário.

propomos, primeiro, distinguir as consequências responsabilizatórias em duas categorias: a sancionatória e a ressarcitória. Na sancionatória, como o próprio nome nos diz, estão as consequências imputadas ao agente que têm finalidade punitiva. Seriam as sanções disciplinares, as multas aplicadas pelas Cortes de Contas, as cominações criminais, as punições relacionadas a atos de improbidade, entre outras. Na categoria ressarcitória, por sua vez, só há uma consequência responsabilizatória imputável ao agente acusado: a obrigação de ressarcir os danos sofridos pelo erário. Essa obrigação está inserida naquilo que é tratado no mundo jurídico por responsabilidade civil.

A distinção entre consequências sancionatórias e ressarcitórias, bem como a compreensão de suas respectivas finalidades são passos primordiais para que se desfacham alguns entendimentos distorcidos que acabam por prejudicar a correta aplicação do Direito, nos casos de responsabilização dos agentes públicos. Não é incomum, por exemplo, verificar autoridades julgadoras da instância administrativa, se valendo do regime de ressarcimento do dano ao erário como uma sanção, forçando, inclusive, a ocorrência de um dano que, na verdade, não existe, ou cobrando valores do agente, cuja conduta não guarda relação de causa e efeito com o dano, tudo para não deixar o agente público “impune”. Ocorre que o ressarcimento não é sanção, mas uma obrigação decorrente de um dano sofrido pelo erário, que, grosso modo, se caracteriza pela saída indevida de recursos da esfera patrimonial da Administração Pública<sup>2</sup>. Portanto, se não há dano ao erário, não há ressarcimento a ser exigido, não há responsabilidade civil. Se a conduta do agente acusado não guarda nexos de causalidade com o dano, não se exigirá daquele profissional o ressarcimento do erário. Caso pretenda-se punir o agente, que se faça uso das sanções previstas nos estatutos legais que disciplinam a sua conduta, estas sim têm finalidade punitiva, não o ressarcimento do dano.

A hipótese em que a responsabilidade ressarcitória se aproxima de uma sanção (sanção civil)<sup>3</sup> seria no caso de dano moral, algo que escapa dos limites propostos pelo presente artigo. Portanto, deixando de fora o dano moral, podemos dizer que a “impunidade” do agente não se resolve com a exigência de ressarcimento do erário, mas, como dissemos, por meio das responsabilizações sancionatórias, estas sim têm finalidade punitiva.

Voltando à *independência entre as esferas de responsabilização*, tem-se que uma única conduta praticada pelo agente pode fazer com que ele seja obrigado a ressarcir o erário (consequência ressarcitória) e punido (consequência sancionatória). O res-

---

<sup>2</sup> Esta foi uma definição para dano ao erário que, como veremos na última Seção deste artigo, não abarca todos os casos, mas os principais.

<sup>3</sup> O debate sobre a natureza punitiva da indenização do dano moral está longe de ser pacificada. Recomenda-se a leitura de “Punitive damages e sua aplicabilidade no Brasil”, do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Raul Araújo Filho (ARAÚJO FILHO, 2014).

sarcimento poderá ser exigido, se a conduta do agente tiver colaborado para a ocorrência de dano. As sanções poderão ser aplicadas, caso entenda-se que a conduta do agente tenha incidido em alguma das hipóteses dos estatutos sancionatórios que regem sua atividade. As consequências sancionatórias podem inclusive acumular-se entre si, desde que sejam aplicadas por esferas diferentes. Vale dizer que uma única conduta do agente pode, por exemplo, ensejar punição no âmbito do TCU, na esfera penal e no contexto de ação de improbidade. Note o eleitor que não se trata aqui de *bis in idem*, prática vedada no Brasil, uma vez que este ocorre quando a conduta é punida mais de uma vez no âmbito mesma esfera sancionatória<sup>4</sup>.

A boa compreensão da *independência entre as esferas de responsabilização* também colabora com o desfazimento de alguns entendimentos distorcidos. Uma confusão comum ocorre quando se deixa de cobrar do acusado o ressarcimento do dano, pelo fato daquele já ter sido responsabilizado na esfera sancionatória e vice-versa. Para ficar mais claro, vejamos as seguintes afirmações: “o agente ressarcir o erário, portanto, não há razão para puni-lo”; e “o contratado já pagou uma multa significativa imposta pelo tribunal de contas, portanto seria injusto que ele devolvesse ao erário os valores que lhes foram pagos indevidamente”. As duas afirmações são equivocadas. Na primeira, o fato de o contratado ter ressarcido o erário não significa que ele não possa ser punido pela sua conduta, caso reúnam-se as condições para isto. Na segunda afirmação, em que pese a multa e o ressarcimento tenham a mesma natureza (pecuniária), a diferença de finalidade se mantém; a multa é sancionatória e a devolução dos valores pagos indevidamente é ressarcitória. Portanto, o pagamento da multa não exime o ressarcimento do erário.

A boa compreensão da *independência entre as esferas de responsabilização*, aliada à distinção que propusemos entre as consequências sancionatórias e a reparatória, nos permitiu verificar que é possível uma única conduta ensejar mais de uma punição, quando estas são aplicadas por esferas distintas. Por outro lado, podemos concluir também que o ressarcimento, como tem por finalidade a reparação do erário, só poderá ocorrer uma vez. Vale dizer que, sendo o dano reparado por completo, encerra-se a obrigação ressarcitória. Exemplificando, temos o caso do agente que é multado pelo TCU por *irregularidade administrativa* decorrente de dano ao erário, em face do art. 57, da Lei 8443/92 (BRASIL, 1992b), e multado judicialmente, por se entender que a irregularidade cometida também se constituía em ato de improbidade administrativa, em face do § 2º, do art. 12, da Lei 8429/92 (BRASIL, 1992a). Entretanto, se o acusado ressarcir o erário perante o TCU, por exemplo, e, em sede

---

<sup>4</sup> O art. 22, §3º, da Nova LINDB, traz uma inovação importante para o tema. É que o referido dispositivo pretende mitigar, em alguma medida, os efeitos sancionatórios provenientes da independência entre as esferas de responsabilização. Vale dizer: já que é uma realidade do Direito brasileiro que uma única conduta possa redundar em punições aplicadas por esferas sancionatórias distintas, que, pelo menos, a autoridade sancionadora considere as punições já aplicadas por outras esferas, no momento de dosar a sua

da ação de improbidade, isto lhe for novamente exigido, basta juntar a prova do ressarcimento feito àquela Corte de Contas para afastar-lhe a cobrança que está sendo feita na instância judicial.

A distinção entre as categorias das *consequências responsabilizatórias* e a compreensão da *independência entre as esferas de responsabilização* também serão úteis para alguns aspectos relacionados ao dolo e à culpa do agente, tratados na próxima Seção.

### **3. Ressarcimento do erário: a mais temida das consequências responsabilizatórias por parte dos agentes públicos**

Dentre as duas categorias de consequências responsabilizatórias a que nos referimos, a obrigação de ressarcir o erário, ao nosso ver, ainda que não tenha natureza punitiva, é a que mais amedronta o agente público. Explicamos.

A responsabilidade ressarcitória, além de submeter o agente a situações que estão também presentes nas sancionatórias, traz características que colocam aquele profissional em situação de grande vulnerabilidade.

Em comum, a responsabilidade ressarcitória e as sancionatórias intranquilizam e têm potencial para desestabilizar o agente e sua família, seja no campo emocional, profissional e das finanças pessoais. A posição como responsável, réu, sindicado, indiciado, entre outras semelhantes, por si só (ou seja, independentemente de vir a ser condenado ou não por alguma das instâncias julgadoras), já gera prejuízos ao agente público, afinal pode ensejar a contratação de advogados, o pagamento de custas judiciais, a lesão da imagem dentro da repartição, mudanças de função e tantos outros.

Analisando isoladamente as duas categorias de consequência responsabilizatória, temos que, na sancionatória, as penas, sejam elas de natureza pecuniária ou não, seguem um raciocínio de proporcionalidade em relação ao grau do elemento subjetivo presente na conduta do agente público tida por reprovada. Em outras palavras, a dosimetria da pena varia se o agente atuou intencionalmente (dolo) ou se não observou adequadamente *deveres de cuidado* (culpa *stricto sensu* leve, média ou grave). É possível inclusive que o agente nem seja sancionado, a depender do grau destes elementos subjetivos.

O valor a ser ressarcido ao erário pelo agente público, por sua vez, como decorre do regime da responsabilidade civil, não sofrerá, “em regra”, variação em face de dolo ou grau de culpa (leve, média ou grave) da sua conduta. Este entendimento decorre principalmente do art. 403, do art. 927 e do *caput* do art. 944, todos do Código Civil de 2002 - CC/02 (BRASIL, 2002). Cavalieri Filho (2014, p. 45) segue neste mesmo sentido, quando afirma que “não há utilidade prática na distinção entre dolo e culpa, porquanto, pelo nosso Direito vigente, o agente responde igualmente pelas conse-

quências da sua conduta, sem se indagar se o resultado danoso entrou nas cogitações do infrator, ou se a violação foi especialmente querida”. Para exemplificar, vejamos a situação em que um veículo colide com a traseira de outro veículo. Em situações normais, o condutor do veículo da frente não iria dispensar o ressarcimento por parte do condutor que o atingiu, por alegações como “foi sem querer”, ou “que estava em velocidade baixa, mas que a pista molhada comprometeu a frenagem”. Sem intenção ou “de propósito”, tendo sido diligente ou não, o que normalmente se vê é o condutor do veículo atingido, exigindo o ressarcimento dos danos sofridos.

Dissemos “em regra”, no parágrafo anterior, por duas razões. A primeira está relacionada à Lei 13655/18 que introduziu, na LINDB, o art. 28. Este dispositivo diz que o “agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”. Erro grosseiro é o nível mais elevado da falha do *dever de cuidado*, portanto corresponde à *culpa grave*. O sentido mais ordinário do texto deste dispositivo nos diz que esta norma valeria tanto para as sanções, como para a obrigação de ressarcir o erário, afinal, o legislador, ao empregar a palavra “responder”, não fez distinção, nem teceu considerações sobre a categoria das consequências responsabilizatórias. Se interpretado desta forma, teríamos que a responsabilização do agente público por dano ao erário diferiria do regime responsabilização civil que recai sobre os demais indivíduos, para os quais, como vimos, a distinção entre o dolo e a culpa *stricto sensu* e os graus desta última não repercutem no valor a ser ressarcido, em face dos mencionados art. 403, art. 927 e *caput* do art. 944, do CC/02 (vide exemplo da colisão entre os veículos). Particularmente, entendemos que o propósito do legislador foi realmente dar um tratamento especial ao agente público, diante da complexidade do seu trabalho, oferecendo-lhe a segurança jurídica necessária para a prestação de serviços públicos de qualidade. Ocorre que o TCU, principal usuário do art. 28, da Nova LINDB, entre os julgadores federais, vem dando uma interpretação restritiva a este dispositivo. Valendo-se de razões de ordem constitucional, aquela Corte tem decidido que a aplicação do art. 28 se limita à categoria das responsabilizações sancionatórias. Vale dizer que, no tocante à obrigação de ressarcir o erário, o agente mantém-se submetido ao regime de responsabilidade civil aplicado aos demais indivíduos, logo poderá ter que ressarcir os cofres públicos, mesmo nos casos de culpa (*stricto sensu*) leve ou média. Este posicionamento foi inaugurado pelo Acórdão nº 2391, de 2018, da relatoria do Ministro Benjamin Zymler (BRASIL, 2018c).

A outra razão - para termos feito a ressalva “em regra” - diz respeito ao parágrafo único do citado art. 944, do CC/02. Este dispositivo apregoa que, no caso de excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, é possível reduzir equitativamente o valor a ser ressarcido. Uma leitura rápida do dispositivo poderia levar ao equívoco de supor que há nele uma equiparação entre a responsabilidade sancionatória e a ressarcitória, sob a perspectiva da dosimetria.

Ocorre que, em nossa visão, essa “proporcionalidade” do parágrafo único, do art. 944, não se equipara a do regime sancionatório. Este dispositivo do CC/02 é empregado pelo julgador excepcionalmente; em situações de extremo desequilíbrio entre a culpa e o dano e, mesmo assim, é muito própria do judiciário<sup>5</sup>. Em outras palavras, enquanto, na responsabilização sancionatória, a regra é que a dose da pena seja aferida conforme o dolo e a culpa do agente, na ressarcitória, o valor a ser devolvido ao erário será aquilo que dele saiu indevidamente, algo que resulta de uma análise técnica, quase sempre, de natureza contábil. Portanto, na responsabilidade ressarcitória, a regra é que o julgador não meça o valor a ser ressarcido, em razão da gravidade da culpa do causador do dano. A diferença é sutil, mas suficiente para contribuir para o temor maior em relação à responsabilidade ressarcitória, já que, sob esta perspectiva, o agente público se submete a uma situação de extrema vulnerabilidade, uma vez que pode ser obrigado a ressarcir valores, sem que se considere suas intenções ou o grau de seu eventual descuido.

Já finalizando, podemos dizer que, se inserirmos neste cenário a plasticidade e a imprecisão do Direito contemporâneo, potencializa-se ainda mais a sensação de vulnerabilidade do agente e, por conseguinte, gera-se um aumento no seu temor. Diante dessa sensação de insegurança, ao nosso ver, é inevitável que agentes públicos procurem se esquivar de postos que possam lhe render alguma obrigação ressarcitória (notadamente aqueles relacionados à gestão, como: ordenadores de despesas, fiscais de contratos, pregoeiros, integrantes de comissões de licitações, agentes de contratação etc.) ou os assumam de forma tão cautelosa que acabem por comprometer a própria eficiência do serviço e os objetivos dos entes nos quais estão lotados. Ambas as situações são extremamente perniciosas para a qualidade dos serviços públicos.

Por todo o exposto, podemos dizer que a sensação de insegurança inerente ao Direito contemporâneo justifica a preocupação da Lei 13655/18 em mitigar os efeitos nocivos deste cenário.

#### **4. O pragmatismo da Lei 13655/18**

Independentemente das críticas e aplausos direcionados à Lei 13655/18, não se pode olvidar que este diploma legal parte de premissas de natureza bem pragmática a respeito do Direito contemporâneo.

Uma delas é o reconhecimento de que a plasticidade e a imprecisão são marcas inerentes ao Direito hodierno e capazes de produzir nos agentes públicos uma permanente sensação de insegurança, com potencial para comprometer a qualidade dos serviços prestados à sociedade. Identificamos esta premissa a partir: da própria

---

<sup>5</sup> Arriscamos dizer que a autoridade julgadora da instância administrativa, por exemplo, dificilmente reduziria o valor a ser ressarcido com base nesse dispositivo, pois recearia que sua decisão fosse futuramente questionada.

ementa da Lei, que declara incluir no DL 4657/42 dispositivos “sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público”; da preocupação da Lei 13655/18 com os “valores jurídicos abstratos”, com as “normas de conteúdo indeterminado” e com as “incertezas jurídicas” (respectivamente nos art. 20, 23 e 26 inseridos na LINDB); e do tratamento dado à possibilidade de mudança de interpretação ou orientação dos órgãos decisores (art. 23 e 24 inseridos na LINDB).

Outra premissa é a aceitação do importante papel que as decisões exaradas pelas instâncias judiciais, controladoras e administrativas desempenham na construção do Direito contemporâneo. A Nova LINDB parte da ideia de que, ao julgar a conduta de agentes públicos, sancionando-os e/ou imputando-lhes a obrigação de ressarcir o erário, estas instâncias, na prática, acabam por conformar o Direito. Percebemos esta premissa a partir das menções à “criação” e à “aplicação do direito público”, constante da ementa da Lei 13655/18 (acima transcrita), aliadas ao enfoque e à referência expressa às decisões das instâncias judiciais, controladoras e administrativas em praticamente todos os seus dispositivos.

Por fim, entendemos que, para dar uma resposta satisfatória ao referido cenário de insegurança, a Lei 13655/18 escolheu como caminho a fixação de balizas que orientam os julgadores na construção de decisões racionais.

Mas o que será uma decisão racional? Respondemos isso na próxima Seção.

## **5. A decisão racional como instrumento de mitigação da plasticidade e da imprecisão do direito contemporâneo**

Uma decisão jurídica racionalmente construída é aquela que consegue equilibrar dois ideais políticos do Estado de Direito; a previsibilidade e a argumentatividade. Nas subseções que se seguem, desdobramos estes conceitos.

Antes, um esclarecimento. Para dar mais fluidez ao nosso texto, utilizamos a expressão “decisão jurídica” e suas flexões para nos referirmos às deliberações expedidas pelas autoridades julgadoras (aqui também referidas apenas como “julgadores” ou “órgão julgador”) das instâncias judicial, controladora e administrativa que envolva, em maior ou menor grau, matéria de Direito e que tenha potencial para interferir na vida das pessoas.

### *5.1 A previsibilidade*

A noção de previsibilidade faz parte da essência do Estado de Direito. Cinzelada pelo pensamento filosófico europeu que marcou os séculos XVII e XVIII, surge como voz reativa de uma sociedade cansada dos arbítrios do Estado, época em que a conduta considerada *reprovável* e sua respectiva consequência responsabilizatória, muitas vezes, só eram conhecidas pelos indivíduos “*ex post facto*”, conforme o talante e conveniências do julgador.

Neste contexto de arbítrio e insegurança, a previsibilidade é construída como um ideal que decorreria do desdobramento dos direitos fundamentais de liberdade e igualdade, que fundaram o Estado de Direito. Diz respeito à possibilidade de as pessoas saberem antecipadamente, por meio de normas elaboradas por seus legítimos representantes, o parlamento, aquilo que é proibido, permitido e obrigado, bem como as sanções e obrigações decorrentes das eventuais inobservâncias a esses limites. Desta forma, os indivíduos poderiam tocar suas vidas com liberdade para eleger seus caminhos, pois conheceriam previamente as regras do jogo através dos diplomas legais e teriam a certeza de que os critérios de reprovabilidade lá dispostos seriam iguais para todos, não havendo espaço para serem surpreendidos pelas autoridades julgadoras.

A espanhola Isabel Lifante Vidal (VIDAL, 2017, p. 146 a 150) desdobra a noção de previsibilidade em três *dimensões*, apresentando cada uma delas sob duas perspectivas: uma formal e outra adaptada ao Direito contemporâneo. A perspectiva formal se aproxima da noção idealizada de previsibilidade que inspirou a conformação do Estado de Direito, nos moldes a que nos referimos. Fixando-nos nessa perspectiva ideal, podemos dizer, a partir do pensamento da autora espanhola, que a primeira *dimensão* da previsibilidade está ligada à *precisão*, na medida em que a norma deve fixar os limites do permitido, proibido ou obrigado de maneira categórica, peremptória, sem dar margem a dúvidas. A segunda *dimensão* diz respeito à *acessibilidade* da norma. Traz a noção de que deve haver uma *cognoscibilidade prévia*, por parte das pessoas, a respeito do sentido atribuído a um texto normativo. Afinal, para que saibamos, antes de agir, o que se deve fazer, o que não se deve fazer e o que se pode fazer, é preciso conhecermos antecipadamente a norma, é preciso termos contato com o sentido atribuído ao texto da constituição, da lei, do regulamento ou da decisão jurídica que baliza a conduta que se pretenda tomar. Por fim, a autora espanhola diz que o ideal de previsibilidade pressupõe a *estabilidade* da norma, no sentido de que alterações do que se pode, se deve ou não se pode fazer causa insegurança na forma como as pessoas conduzirão suas vidas.

### 5.2 A relativização do ideal de previsibilidade

A noção idealizada de previsibilidade, entretanto, se depara com fatores que contribuem para sua relativização. Vejamos alguns deles.

A polissemia inerente à linguagem e o dinamismo social mostram que a aplicação mecânica dos textos legais pode ser insuficiente para dar solução aos problemas advindos das relações entre indivíduos e entre estes e o Estado.

Nas nações que aderiram ao paradigma do Estado Constitucional de Direito – que, na visão de Atienza (2007, p. 113 a 116 e 128 a 132 ) e Aguiló-Regla (2004, p. 15 a 59), corresponderia à fase atual vivida pelo Estado de Direito nesses países –, a posição central ocupada pelas constituições, somada à absorção de princípios e valores

etéreos, abertos, por parte de seus textos, desvela um cenário em que os atores da lide jurídica se veem diante de normas vagas que necessitam ser densificadas argumentativamente para se alcançar a solução do caso.

A presença, cada vez mais maciça, em leis, regulamentos e decisões jurídicas, de expressões que se constituem nos chamados *conceitos jurídicos indeterminados* (dora-vante mencionados pela sigla CJI) também contribuem para a relativização da previsibilidade. Estamos a falar de termos como “vícios insanáveis”, do art. 59, da Lei 14133/21, da Nova Lei de Licitações e Contratos (BRASIL, 2021), entre tantos outros exemplos. O emprego deliberado de CJI pode constituir-se como técnica de perenização de textos normativos (adotando-se termos imprecisos, os dispositivos normativos postergam sua obsolescência, ao resistir melhor às mudanças sociais, tecnológicas, culturais, entre outras), bem como mecanismo de composição de acordos entre os seus elaboradores (expressões indeterminadas acomodam os diversos interesses presentes na elaboração das normas, sobretudo nas instâncias parlamentares). Sundfeld (2017, p. 214 e 215) entende que os CJI são vistos por quem os insere nos textos legais como “necessários aos jogos de poder”, de forma que as forças consolidadas conseguem obter normas bem definidas, enquanto as forças em formação, normas vagas. Seja qual for a razão por trás do CJI, fato é que o sentido destas expressões será preenchido argumentativamente por acusados, acusadores ou julgadores, valendo-se de razões de toda ordem, esteja o caso tramitando pela instância judicial, controladora ou administrativa.

Um fator de relativização da previsibilidade bem específico da atividade do agente público diz respeito à proliferação, cada vez maior, de normas infralegais que regulam o agir desses profissionais. Para piorar, esses agentes, como destaca Maria Sylvia Zanella Di Pietro, estão sujeitos à máxima da *legalidade administrativa de “vinculação positiva”*, que os limitam a fazerem exclusivamente o que determina a norma, nem mais, nem menos, seja esta de natureza legal ou infralegal (DI PIETRO, 2012, p. 24, 39, 40 *et passim*). Este caos normativo torna extremamente difícil se identificar, com clareza, o que efetivamente se pode, o que não se pode e o que se deve fazer, de modo a atender à referida máxima da legalidade.

Na rotina das lides judiciais, controladoras e administrativas, identificamos estes e outros fatores sendo argumentativamente manejados por acusados, acusadores e julgadores, permitindo que a previsibilidade seja constantemente relativizada. É essa relativização que configura a plasticidade e a imprecisão que marcam o Direito contemporâneo e nos leva a reconhecer o agigantamento da *argumentatividade* como um outro ideal muito caro ao Estado de Direito.

### 5.3 Argumentatividade versus previsibilidade

Para o escocês Neil MacCormick, o “caráter argumentativo do Direito” (MACCORMICK, 2008, p. 19, 22, 38 *et passim*) - tratado neste artigo por *argumentatividade* - é, assim como a previsibilidade, um ideal do Estado de Direito que decorre dos direitos de liberdade e igualdade. A argumentatividade está relacionada ao *direito de defesa* em seu sentido mais amplo e viabiliza que as pessoas possam questionar, contraditar, por meio de argumentos e contra-argumentos, a conduta de outras pessoas, inclusive as ações e omissões estatais.

É exercitando a argumentatividade que os atores da lide manejam os fatores de relativização da previsibilidade com fins de apresentar “argumentos para colocar em dúvida até mesmo aquelas que haviam parecido ser, até então, as certezas mais caras ao Direito” (MACCORMICK, 2008, p. 18 e 19). O exercício da argumentatividade abre espaço para que a aplicação de qualquer norma ao caso concreto possa ser “problematizada”, até mesmo aquela que, em face da peremptoriedade de seus termos, pareceria ser menos suscetível a questionamentos. E, neste empreendimento de “problematização”, os atores da lide exploram os fatores de relativização, utilizando-se dos mais diversos argumentos e estratégias retóricas, para interpretar (inclusive de maneira “forçada”) as premissas normativas e/ou fáticas que permeiam o caso, na busca por definir como o Direito deve ser aplicado (MACCORMICK, 2008, p. 66-69, 162-189, 322-329 *et passim*).

Nesta mesma linha, o polonês Chaïm Perelman dizia que a “impressão de clareza [*de um texto legal*] pode ser menos a expressão de uma boa compreensão que de uma falta de imaginação” (PERELMAN, 2004, p. 51). Em outras palavras, Perelman (2004, p. 62, 67, 130 *et passim*) quer nos dizer, por meio desta e de outras passagens, que a sensação de clareza de um dispositivo de lei depende muito menos da peremptoriedade do sentido dos seus termos e muito mais da imaginação dos atores envolvidos na lide estar empenhada em reconstruir o seu sentido; empreendimento que, até mesmo, observa o autor, pode envolver a construção argumentativa de lacunas e antinomias.

Tudo isso sugere, segundo MacCormick (2008, p. 15 e 38), que talvez a certeza no Direito contemporâneo seja inatingível, a previsibilidade seja “excepcional (*defeasible*)” e o máximo a se almejar seja “diminuir sua incerteza a um grau aceitável”.

Entretanto, ainda que ocupem posições quase sempre conflitantes, tanto o ideal da previsibilidade como o da argumentatividade, cada uma a seu modo e, por vezes até apoiando-se mutuamente, pavimentam o caminho do Estado de Direito rumo aos direitos de liberdade e igualdade, funcionando como ferramentas de interdição dos arbítrios estatais.

### 5.4 As decisões jurídicas e a construção do Direito

E é imerso nesta complexa relação entre o ideal da previsibilidade e da argumentatividade que o julgador delibera. Neste difícil ofício, realiza a subsunção entre o fato concreto e a norma, dentro de uma moldura silogística, apontando soluções para questões argumentativamente problematizadas pelas partes (acusados e acusadores) ou por ele mesmo (o julgador).

Neste ponto, assumimos a premissa de que as decisões jurídicas podem ter participação ativa na construção do Direito, seja *esclarecendo, confirmando ou inovando*, independentemente do sistema jurídico (*civil law, common law* ou misto), da organização normativa adotada (constitucional ou não) e da força dos seus precedentes (persuasivos ou vinculantes). Entendemos que a participação das decisões administrativas na construção do Direito, se existir, é incipiente, sobretudo porque, quase sempre, sua influência se restringe ao âmbito do próprio órgão. Já as decisões jurídicas expedidas pelas instâncias judiciais e controladoras, mesmo que não tenham efeito vinculante, acabam que, na prática, são buscadas, sobretudo pelos agentes públicos, como forma de antever possíveis interpretações a respeito das condutas que pretendam tomar.

Antes de seguirmos, uma breve explicação sobre a conotação adotada para a palavra “norma”. As vezes que este artigo emprega esta palavra e suas flexões está se referindo ao *sentido* atribuído a um *texto normativo*, ou seja, ao sentido atribuído a textos de disposições constantes em constituições, leis, regulamentos e decisões jurídicas, tenham esses sentidos natureza de regras ou princípios. Essa atribuição de *sentido* pode ser resultante de dois fatores que normalmente se combinam. Um é a prática da linguagem, por parte de dada comunidade, em determinado tempo e lugar, que carrega de sentido o seu léxico e suas expressões idiomáticas. O *sentido* atribuído a um texto normativo resultante deste fator chamamos de *sentido ordinário do texto*. O outro fator é a decisão jurídica que, como dissemos, pode *esclarecer, confirmar* ou *innovar* o sentido de disposições constitucionais, legais, regulamentares ou de outras decisões jurídicas. Ao fim e ao cabo, o que temos que ter em mente é que, neste artigo, “norma” é o *sentido* que se extrai dos textos normativos, portanto não se confunde com os próprios textos.

Dito isto, temos que a participação *esclarecedora* das decisões jurídicas ocorre quando o julgador densifica uma norma vaga e/ou ininteligível que, até a prolatação da decisão, não permitia identificar com segurança o proibido, o permitido ou o obrigatório. Em outras palavras, a decisão *esclarecedora* torna mais compreensível o sentido de um texto normativo, em face da imprecisão dos seus termos, redação confusa, entre outras razões. A *confirmadora* ocorre quando o julgador corrobora o sentido de um texto normativo, ou seja, mantém a norma. A decisão *inovadora* participa da construção do Direito de duas maneiras. Uma é quando o julgador se afasta do sentido até então atribuído a um texto normativo, vale dizer, *redefine* uma norma. A outra é quando a autoridade julgadora *cria* uma norma, sem partir de uma norma já

existente. Pode fazer isso sustentando-se na ideia de que inexistente uma norma aplicável ao caso concreto.

Entendemos que a sensação de insegurança presente no cotidiano dos agentes públicos – e também dos demais indivíduos – está, em boa medida, ligada à participação, cada vez mais ativa, que as decisões jurídicas *inovadoras* vêm tendo na indicação daquilo que é proibido, permitido ou obrigado, ou seja, na própria conformação do Direito. Enquanto a decisão *confirmadora* reforça a expectativa das pessoas no que diz respeito ao que se esperava da aplicação de uma norma; enquanto a decisão *esclarecedora* oferece um norte àqueles que pretendam tomar alguma conduta a partir de uma norma vaga e/ou ininteligível; a decisão *inovadora*, por sua vez, “pode” surpreender, pois, ao *redefinir* ou *criar* uma norma, o faz sob a justificativa de alcançar certos valores que podem não corresponder aos da comunidade. Explicamos melhor isso, respondendo a seguinte questão: por que os julgadores optam por inovar?

A decisão *inovadora* é o resultado do exercício do ideal da argumentatividade, portanto não é algo que possa ser eliminado da rotina das lides jurídicas. Decidir de maneira *inovadora*, por conseguinte, é, aos olhos do julgador, uma necessidade imposta pelo caso concreto e não um ato de vontade caprichoso.

É importante fazermos algumas ressalvas em relação a este último ponto. No presente artigo, partimos do pressuposto de que a tomada de decisão é um processo complexo, composto por momentos psíquicos (contexto da descoberta) e de exteriorização (contexto da justificação)<sup>6</sup> e que não é possível garantir que a autoridade julgadora isolará suas vivências pessoais, ideologias e até interesses particulares, a ponto de não influenciar sua deliberação, já que o momento psíquico é intangível e incontrolável. Isto posto, é no *contexto da justificação* que situamos todas as colocações do presente artigo. Nestes termos, quando dissemos que a decisão *inovadora* está ligada a uma necessidade imposta pelo caso concreto ao julgador e não a um ato de vontade caprichoso, queremos dizer que, ao consignar suas justificativas na decisão que *redefine* uma norma ou *cria* uma norma sem partir de uma norma já existente, o julgador tende a justificar sua *inovação* atribuindo-a, como diz MacCormick (2008, p. 105, 107, 111 *et passim*), à busca por um “sentido moral”, um “senso de correção” ou uma percepção de “justiça” que o caso concreto estaria exigindo e não ao seu mero querer<sup>7</sup>.

Neste trabalho, quando o “sentido moral”, o “senso de correção” ou a percepção de “justiça”, consignada pelo julgador na decisão, coincide com o da comunidade a qual ele se dirige, a decisão *inovadora* que reprova a conduta, em que pese se afaste do sentido do texto normativo (*inovação por redefinição*) ou apresente nova norma,

---

<sup>6</sup> O “contexto da descoberta” e o “contexto da justificação” são tratados de forma próxima - por vezes se utilizando de expressões como “processos de descoberta” e “processos de justificação” - por Alexy (1997, p. 221 e 292), Atienza (2016, p. 5 a 10), Atienza (2017, p. 44 a 46), Alexy (2017, p. 165) e MacCormick (2008, p. 270, 271 e 273).

<sup>7</sup> Sobre este ponto, vide também a figura do “jurista cordial” de Sundfeld (2014, p. 69 a 71)

sem partir de uma já existente (inovação por *criação*), não chega a surpreender as pessoas. Os indivíduos da comunidade, nestes casos, se colocam no lugar do acusado e percebem que eles não adotariam aquela conduta, se estivessem na mesma situação. Têm a percepção de que a conduta do acusado é reprovável, apesar de não existir norma que assim a classifique, ou, se existir, a impressão da comunidade é que a norma só “parecia” não reprová-lo o fato do caso concreto, mas, diante do sentido que o julgador propõe para o texto do normativo, ao *redefinir* a norma, a reprovação ficaria evidente.

Por outro lado, quando o “sentido moral”, o “senso de correção” ou a percepção de “justiça”, consignada pelo julgador na decisão, não é compartilhada pela comunidade a qual ele se dirige, a decisão surpreende as pessoas. Isto ocorre, pois, os indivíduos percebem que poderiam ter feito a mesma coisa que o acusado, acreditando estarem agindo conforme as normas. Aqui, a comunidade tem a percepção de que a conduta não é reprovada pela norma existente, apesar de a decisão afirmar o contrário ao *redefini-la*. E, no caso de decisão que *cria* norma que reprova a conduta, sem partir de uma norma já existente, a comunidade não a vê como legítima. São estas duas últimas possibilidades de decisão *inovadora* que entendemos contribuir mais fortemente para a sensação de insegurança dos agentes públicos.

É importante frisar que, embora, para desenvolver essas possibilidades de decisões *inovadoras*, tenhamos utilizado a ideia de que a conduta julgada é tida por reprovada, o raciocínio estruturalmente seria o mesmo, se a conduta do acusado estiver sendo aprovada pelo julgador. Frisa-se também que a “conduta” aqui tratada pode ser tanto omissiva, quanto comissiva.

É necessário também que tenhamos em mente que o julgador, sob a bandeira da busca pelo “sentido moral”, “senso de correção” ou percepção de “justiça” na aplicação do texto normativo, opera a *inovação*, manejando os mais diversos argumentos e explorando os fatores de relativização. E a forma como faz isso é uma, quando *redefine* a norma, e outra, quando *cria* uma sem partir de uma norma já existente. Na *redefinição*, o julgador pode ampliar ou reduzir argumentativamente o alcance da norma. Ao ampliar, abarca um fato do caso concreto que, até a prolatação da decisão, “parecia” não estar abarcado por ela. O julgador se sustenta na ideia de que o sentido com que o texto vinha sendo aplicado até então era infrainclusivo, dito de outra forma, o texto falava menos do que efetivamente deveria falar. Ao reduzir o sentido da norma, deixa de fora um fato do caso concreto que, até a prolatação da decisão, “parecia” estar abarcado por ela. Portanto, o sentido com que o texto vinha sendo aplicado era suprainclusivo; falava mais do que deveria falar. Ao *criar* uma norma sem partir de uma norma já existente, o julgador tende a derivá-la argumentativamente de uma concepção de “sentido moral”, de “senso de correção” ou de percepção de “justiça”, combinada a elementos fáticos presentes no caso concreto.

Indo mais além nesta tipologia que estamos propondo, é possível dizer que a decisão *esclarecedora* tenha também algum papel no cenário de insegurança do Direito contemporâneo, entretanto, ao que nos parece, menor que o da *decisão inovadora*. Explicamos. Como vimos, na decisão *esclarecedora*, a controvérsia passa por uma norma que não permite que se saiba exatamente o que é permitido, proibido ou obrigado; e a decisão vem oferecer elementos que colaborariam na identificação destes limites. Entretanto, caso o agente público assuma condutas baseadas em normas vagas e/ou ininteligíveis e venha a ser surpreendido com decisão que, além de esclarecer o sentido dessas normas, torne sua conduta reprovada e delibere consequências responsabilizatórias, é possível enxergar, nesta hipótese, uma proximidade entre a decisão *esclarecedora* e a *inovadora*, pelo menos, no que diz respeito às contribuições para o cenário de insegurança jurídica. Por outro lado, temos a impressão que, diante de normas vagas e/ou ininteligíveis, é natural que agentes públicos tendam a não as colocar em prática até seu esclarecimento (seja pela via jurisprudencial, regulamentadora ou doutrinária). Se estivermos certos, poderíamos dizer então que o papel das *decisões esclarecedoras* no cenário de insegurança, se existir, tende a ser menor que o das decisões inovadoras, já que redundariam em uma quantidade inferior de casos de agentes sendo responsabilizados. Entretanto, admitimos que este ainda é um ponto em aberto que precisa ser melhor investigado em trabalhos futuros. Retornamos a ele na Seção nº 6 deste artigo, quando acrescentaremos outros aspectos na relação entre as decisões esclarecedoras e as inovadoras.

Com isso, podemos seguir à próxima Subseção.

#### 5.5 A decisão racional como instrumento de mitigação da insegurança do Direito contemporâneo e os elementos que a configuram

Embora as decisões inovadoras não possam ser eliminadas do Direito contemporâneo, é possível mitigar a sensação de insegurança que delas decorrem por meio de decisões racionalmente construídas. A partir da visão de MacCormick (2008), como vimos, uma decisão racional é aquela que consegue *equilibrar* a relação entre a previsibilidade e a argumentatividade. A busca por esse *equilíbrio* é condição de existência do próprio Estado de Direito, dada a igual relevância dos ideais da previsibilidade e da argumentatividade para a preservação da liberdade e da igualdade, direitos que fundamentam este arranjo institucional contemporâneo.

“Equilibrar” esses dois ideais significa que o decisor de hoje, sem perder de vista o *compromisso com a previsibilidade*, deve viabilizar a *disputa argumentativa* travada entre os vários atores da lide jurídica, a respeito do sentido e decorrente aplicação de textos normativos, e, caso, nesse trabalho, venha a expedir decisão *inovadora*, deve fazê-lo mediante justificativa *cuidadosamente construída e acessível*.

A partir das ideias de Vidal (2017), mencionadas em linhas anteriores, podemos dizer que a *acessibilidade* da decisão diz respeito à capacidade efetiva das pessoas conhecerem seus termos, a ponto de conseguirem identificar se há na decisão alguma

norma (ou normas) do seu interesse (se atinge suas vidas; se é importante para orientar suas condutas), esteja ela – a norma: densificando norma anterior vaga e/ou ininteligível (esclarecedora); mantendo norma que vinha vigorando (confirmadora); ou *redefinindo* ou *criando* norma (inovadora).

O mencionado *cuidado na construção* da justificativa da decisão pode ser atingido, a partir do pensamento de MacCormick (2008, p. 68 a 80; 103 a 133; 135 a 153; *et passim*) e do espanhol Manuel Atienza (ATIENZA, 201, p. 129 a 137), por meio de um *esforço argumentativo qualificado*, observando seis *critérios específicos*: a consistência; a coerência normativa; a coerência narrativa; a universalidade retrospectiva (para o passado); a universalidade prospectiva (para o futuro); e a adequação da decisão em relação às suas consequências.

Para ser consistente, a decisão não deve ser contraditória com ela mesma sob o ponto de vista lógico-formal. Não se admite e.g. que uma decisão revele normas conflitantes entre si.

A coerência normativa exige que uma decisão esteja sustentada por normas válidas e não viole princípios do Direito. A coerência narrativa reivindica que a decisão esteja congruente com os fatos presentes no caso.

A universalidade retrospectiva assenta-se na concepção de que uma conduta que venha a ser julgada, no caso presente, como aprovada (ou reprovada) diante de determinadas circunstâncias fáticas, deverá ter sido julgada desta mesma forma em casos anteriores.

A universalidade prospectiva pressupõe que a decisão que considerou a conduta aprovada (ou reprovada), na decisão presente, deverá ser repetível em casos futuros, diante de elementos fáticos análogos. Ou seja, o julgador deve estar disposto a proferir a mesma decisão, caso depare-se com situações semelhantes no futuro.

A adequação da decisão em relação às suas consequências exige que o julgador, ao fundamentar sua deliberação, justifique suas escolhas interpretativas em face das suas implicações na ordem normativa, daí a razão de tratarmos essas consequências, como “consequências jurídicas” (MACCORMICK, 2008, p. 135-153, 159, 197 *et passim*). Uma decisão estará adequada em relação a suas consequências, se a relação de satisfação/afetação dos princípios que orbitam o caso julgado estiver adequada, de modo que, diante de mais de uma interpretação possível, se opte por aquela que a relação acima esteja mais equilibrada. Em outras palavras, o julgador, após examinar a universalidade, a consistência e a coerência de sua decisão (não necessaria-

mente nesta ordem), deverá projetar suas consequências e então aferi-las em relação à satisfação/afetação dos princípios que orbitam o caso julgado, inclusive verificando a *necessidade* e a *adequação* da conduta julgada<sup>8</sup>.

No contexto das decisões *inovadoras*, a *adequação das consequências* deve ser analisada não só em separado, mas também combinada à *universalidade prospectiva* e à *retrospectiva*. Neste sentido, a decisão que pretenda ser racional, deverá estar preocupada em indicar com o máximo de detalhes a nova norma, sem prejudicar sua inteligibilidade. Neste bojo, no caso das inovações por *redefinição*, o julgador deve expor também as razões do afastamento da norma anterior, estabelecendo uma conexão universal entre o passado, o presente e o futuro, como diz MacCormick (2008, p. 120). A *inovação*, portanto, sob a perspectiva da combinação desses três critérios, exige decisões que evite, na maior medida possível, “terminologia vaga e de textura aberta que encontramos em conceitos jurídicos indeterminados”, sendo construídas, usando-se palavras guiadas com “objetivos legislativos” (MACCORMICK, 2008, p. 308-309), vale dizer, capazes de permitir que as pessoas extraiam da decisão norma (ou normas) apta a guiar-lhes com segurança na adoção de condutas futuras.

Finalizando a presente Subseção, podemos dizer que uma decisão que se pretenda racional necessita incorporar os *elementos* ora apresentados. Com isso, será possível ser contraditada e preservar um nível aceitável de previsibilidade, após o exercício da argumentatividade próprio das disputas jurídicas.

Apresentados os *elementos* que, ao nosso ver, compõem uma decisão racional, passemos a identificá-los na Nova LINDB.

### 5.6 A convocação à racionalidade da Nova LINDB

A Nova LINDB chama as instâncias julgadoras a observar, na sua atividade deliberativa, os mencionados *elementos* que compõem uma decisão racional. Nitidamente a lei enxerga nisso uma ferramenta capaz de contribuir para mitigar a sensação de insegurança que inibe a atuação dos agentes públicos. Vejamos.

No art. 20, a Nova LINDB veda justificativas de decisões que se baseiam exclusivamente em valores jurídicos abstratos, o que corresponderia à observação da acessibilidade e à combinação entre os critérios da universalidade (retrospectiva e prospectiva) e da adequação das consequências. Afinal, justificativas vagas dificultam identificar se há, na decisão, alguma norma do seu interesse e dizem pouco sobre o que o julgador entende como obrigatório, permitido ou proibido.

---

<sup>8</sup> Uma forma interessante de avaliar este aspecto é através do princípio da proporcionalidade de Alexy (2017, p. 93-103; 163 a 179; 588-611; et passim), sob a perspectiva da máxima da adequação e da necessidade, bem como o sopesamento (princípio da proporcionalidade em sentido estrito).

O art. 21 exige que as decisões que invalidam atos, contratos, ajustes e processo indiquem expressamente, nas suas justificativas, as consequências jurídicas da decisão. Vê-se, nesse dispositivo, a preocupação que se aproxima, em alguma medida, do critério da adequação das consequências da decisão.

O art. 22 exige que o julgador considere “os obstáculos e as dificuldades reais” enfrentadas pelo agente público no exercício da sua atividade. Se compreendermos o conceito de “dificuldades reais”, abarcando inclusive as dificuldades de interpretar os textos normativos, a ponto de não ser possível ao gestor público identificar, com clareza, o que é proibido, permitido e obrigado, poderemos dizer então que este dispositivo exige deferência à noção de acessibilidade, por parte do julgador. Essa “dificuldade” não passou despercebida por Jordão (2018, p.77), quando, ao analisar o art. 22, da Nova LINDB, tratou da “dificuldade jurídica”, destacando que ela não poderia ser negligenciada pelos julgadores. Podemos entender, inclusive, que a “dificuldade jurídica” - apropriando-se da expressão de Jordão - pode decorrer das circunstâncias na qual o agente público está imerso. Afinal, não se deve, por exemplo, julgar um gestor de um departamento da Esplanada dos Ministérios, em Brasília, da mesma maneira que se julga um prefeito de um município remoto do país. A estrutura jurídica de apoio à decisão desses gestores, na interpretação de textos normativos, é diferente e necessita ser considerada pelo julgador ao justificar sua deliberação. Do mesmo modo, não se deve partir do pressuposto que o gestor deveria ter tido a mesma interpretação que a sua – julgador -, independentemente da sua realidade.

O art. 23, em ligação com a norma do art. 2º, Inc XIII, da Lei 9784/99 (BRASIL, 1999), exige que a interpretação nova, a respeito de texto normativo de “conteúdo indeterminado”, preveja um “regime de transição”, quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais. O art. 24 exige que o julgador leve em conta as orientações gerais da época em que se deu a conduta julgada, vedando, com base em mudança posterior de orientação geral, que se declarem inválidas situações plenamente constituídas. O art. 23 toca na universalidade retrospectiva e na prospectiva combinada à adequação das consequências e o art. 24, na universalidade retrospectiva.

O art. 30 determina que as autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. Enfim, uma clara preocupação com a relação de equilíbrio entre a previsibilidade e a argumentatividade.

Não identificamos os critérios da consistência e da coerência expressamente nos dispositivos introduzidos pela Lei 13655/18, contudo, podemos dizer que estes estão implícitos naquela norma. Afinal, não faria sentido supor que uma lei promul-

gada com a intenção de tratar da “segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público”, como alerta sua ementa e que, como vimos, estabelece parâmetros de trabalho às instâncias julgadoras, admitisse a prolatação de decisões com contradições internas e incongruentes em relação aos fatos e normas.

Portanto, assumindo as premissas que apresentamos até aqui, caminhamos para a conclusão deste artigo, propondo um roteiro que pode contribuir com a análise e construção de decisões racionais, nos casos de responsabilidade civil dos agentes públicos por dano ao erário.

## **6. Roteiro de análise e construção de decisões racionais – linhas gerais**

Nesta Seção, apresentaremos as linhas gerais de um roteiro que visa contribuir com o julgador, acusadores e agentes públicos. Consiste em cinco passos em forma de perguntas para torná-lo mais fluido e prático. Sua proposta é evidenciar os caminhos do raciocínio responsabilizatório que é (ou deveria ser) desenvolvido pelas autoridades judiciais, controladoras e administrativas na justificativa de suas decisões. Baliza-se pelos *elementos* que compõe a decisão racional que desdobramos e identificamos na Nova LINDB, bem como no regime de responsabilidade civil vigente no Brasil, com adaptações que entendemos serem pertinentes ao caso da atuação dos agentes públicos.

Aos julgadores que lidam com a responsabilização de agentes públicos por dano ao erário, o roteiro pretende contribuir como um guia na construção de decisões racionais.

Aos agentes acusados de dano ao erário e aos acusadores, o roteiro funciona como uma ferramenta de análise, pois desdobra e mapeia o raciocínio do julgador, realçando as razões determinantes para a solução consignada ao caso. Neste sentido, o roteiro evidencia onde os esforços argumentativos deverão ser concentrados, ampliando a eficiência das peças e sustentações orais, seja no exercício de uma acusação atenta aos fundamentos do Estado de Direito ou no desempenho do contraditório e da ampla defesa.

Aos agentes públicos em geral, o roteiro contribuirá na identificação daquilo que o julgador fixou (ou faltou fixar) como proibido, permitido e obrigado, de modo a orientar suas ações futuras, mitigando o risco de responsabilização.

Organizamos os Cinco Passos em dois grupos. No Grupo “Identificação do Dano”, temos: o Passo nº 1 – “Há realmente dano ao erário?”; e o Passo nº 2 – “Qual o valor do dano?”. No Grupo “Identificação do acusado e sua conduta”, temos: o Passo nº 3 – “Qual foi a norma violada?”; o Passo nº 4 – “Qual a relação de causa e efeito entre o dano e a violação da norma?”; e o Passo nº 5 – “Quem violou a norma teria como evitar o dano?”

Importante destacar que a resposta *nula* para uma das questões afasta a responsabilização civil por dano ao erário, portanto, dispensa que se siga para o Passo seguinte do Roteiro. Por exemplo, se a resposta para o Passo nº 1 for “não há dano”, inexistente a obrigação de ressarcir o erário, logo, não há razão para se seguir com as outras quatro indagações.

Antes de prosseguirmos, é importante frisar que, conforme anunciado, a ideia desta Seção é apenas apresentar as linhas gerais do roteiro que estamos propondo. Não há espaço, neste artigo, para desdobrá-lo com a profundidade e discussões que lhe perpassam. Isso ocorrerá em trabalhos futuros.

#### *6.1 Passo nº 1 - Há realmente dano ao erário? E passo nº 2 – Qual o valor do dano?*

As indagações parecem ser singelas, mas não são. Não é incomum identificarmos decisões em instâncias administrativas que apontam dano ao erário, quando não existe, deixam de apontar, quando existe, se atrapalham ao definir o valor do dano, entre outras confusões que redundam da complexidade que permeia as possíveis respostas a essas indagações. Preferimos tratar os Passos nº 1 e 2 em conjunto, em face da decorrência lógica que há entre suas respostas.

Uma das primeiras coisas que se precisa registrar é que não há um conceito legal para dano ao erário. No entanto, a partir da análise da rotina decisória do TCU - o mais vocacionado, entre os julgadores federais, para lidar com esta matéria - foi possível identificar quatro *Situações* em que aquela Corte de Contas considerou a existência de dano a ser ressarcido ao erário. São elas: *Situação nº 1* - Saída de valores, bens, ou direitos da esfera patrimonial do ente público em favor de particular, sem que este tenha dado algo em contrapartida; *Situação nº 2* - Saída de valores, bens, ou direitos da esfera patrimonial do ente público em favor de particular que ofertou contrapartida, no entanto esta foi a menor; *Situação nº 3* - Saída de valores, bens, ou direitos da esfera patrimonial do ente público em favor de particular que ofertou contrapartida, mas esta não atende o interesse público; ; *Situação nº 4* - Saída de valores, bens, ou direitos da esfera patrimonial do ente da federação transferidos em favor de outros entes da federação ou particular sem fins lucrativos, sendo aplicados fora dos termos convencionados em instrumento de parceria ou hipóteses legais.

Não estamos dizendo que só haverá dano nessas quatro *Situações*. Entretanto, elas parecem corresponder aos principais casos de dano ao erário enfrentados pelo TCU. Entendemos que essas quatro *Situações* adaptam bem ao Direito Administrativo a noção de dano que identificamos no regime de responsabilização civil, apresentado pela doutrina e praticado nas decisões judiciais. Nestes termos, se o caso concreto se enquadrar em uma das quatro *Situações* mencionadas, pode-se dizer que a resposta será “Sim” para a questão do Passo nº 1 “Há realmente dano ao erário?”. A

resposta ao Passo nº 2 “Qual o valor do dano?” Vai variar conforme a *Situação* em que o caso concreto se enquadrar. Explicamos isto brevemente nas próximas linhas.

A Situação nº 1 ocorre quando, por exemplo, a Administração paga “X” reais a um particular (é o que caracteriza a saída de valores da esfera patrimonial do ente público. Poderia ser bens ou direitos também), mas constata-se que este - o particular - não entrega nada em contrapartida à Administração, fosse essa contrapartida em bens, obras, serviços, direitos ou qualquer outra coisa. Portanto, estaremos diante de dano ao erário (Passo nº 1). O valor do dano será todo o valor pago ao particular, ou seja, os “X” reais (Passo nº 2).

A Situação nº 2 ocorre quando a Administração, por exemplo, paga “X” reais ao particular, mas constata-se que a contrapartida dada por este é menor que os “X” reais. Em outras palavras, o bem, obra, serviço, direito ou qualquer outra coisa que o particular entregou à Administração tem valor menor que os “X” reais pagos. Portanto, estaremos diante de dano ao erário, cujo valor será os “X” reais, subtraídos do valor da contrapartida (Passo nº 2). Atenção! O raciocínio utilizado para responder o Passo nº 2 parte do pressuposto de que a contrapartida dada pelo particular atende ao interesse público. Se não atender, significa que o caso concreto se enquadra na Situação nº 3, não na nº2, e o valor do dano será outro. Vejamos.

A Situação nº 3 ocorre quando a Administração, por exemplo, paga “X” reais ao particular, mas constata-se que o bem, serviço, obra, direitos ou qualquer outra coisa entregue por ele à Administração não atende ao interesse público. Neste caso, o valor do dano sofrido pelo erário será os “X” reais pagos, independentemente do valor da contrapartida. Em outras palavras, valha a contrapartida os “X” reais ou valor menor, o dano será de “X” reais.

A Situação nº 3 decorre de um *desvio de finalidade*. Mas, cuidado! Isso não significa que todo *desvio de finalidade* se enquadrará na Situação nº 3, pois, como veremos à frente, a Situação nº 4 também decorre de *desvio de finalidade*. Outro alerta importante é que nem todo *desvio de finalidade* redundará em dano ao erário. Isso mesmo, é possível que haja desvio de finalidade e que dele não decorra dano ao erário. Estes aspectos do *desvio de finalidade* são muito sutis e podem confundir partes e julgadores das lides. Por esta razão, vale a pena desenvolver um pouco mais este ponto. Vejamos.

O *desvio de finalidade* se dá quando recursos são aplicados de maneira desalinhada em relação ao instrumento de parceria (e.g. Termo de Execução Descentralizadas - TED; Convênios) e em relação aos parâmetros orçamentários do recurso (Ação Orçamentária, Plano Orçamentário, outros). Explorando a relação do *desvio de finalidade* com a Situação nº 3, podemos mencionar o exemplo do recurso, no valor de “X” reais, cujo parâmetro orçamentário exija a construção de cobertura da garagem de ambulâncias de uma unidade hospitalar. Entretanto, constata-se que os “X” reais fo-

ram aplicados na construção de um monumento no interior do hospital para homenagear a pessoa do seu diretor. Parece óbvio, neste caso, que o monumento não atende ao interesse público, de modo que, mesmo sendo comprovado que não ocorreu locupletamento, mesmo se confirmando que todo o recurso foi efetivamente empregado no monumento, mesmo estando esse monumento dentro dos limites imobiliários do hospital, estaremos diante da Situação nº 3, portanto teremos dano ao erário no valor de “X” reais.

Por outro lado, vamos supor que aquele mesmo recurso de “X” reais (destinado à construção da cobertura da garagem de ambulâncias) fosse aplicado na construção da cobertura do grupo-gerador do hospital que se encontrava exposto às intempéries e é o responsável por manter o fornecimento de energia elétrica ao centro cirúrgico da unidade, no caso de interrupção do fornecimento da concessionária local. Parece claro que, apesar da ocorrência do *desvio de finalidade*, a aplicação da verba atende ao interesse público, não havendo que se falar em dano ao erário. Vale dizer que as pessoas que contribuíram para o desvio (construção da cobertura do grupo-gerador) poderão ser sancionadas, mas não obrigadas a ressarcir o erário, sob pena de enriquecimento sem causa por parte do ente público.

Aproveitando a Situação nº 3 para explorar um outro aspecto importante, temos que a expressão “interesse público” é um CJI e, como tal, considerando os *elementos* de racionalidade da decisão que vimos tratando até aqui, é essencial que a justificativa a ser registrada na decisão preencha argumentativamente seu significado. Neste sentido, é importante que o julgador indique, com *objetivos legislativos*, quais foram os parâmetros fáticos e normativos, presentes no caso concreto, que o levaram a qualificar a contrapartida como algo que não atendeu o interesse público. Nos exemplos que trouxemos, esta tarefa foi fácil, pois tratam-se de casos limites. Mas, nem sempre é assim.

A Situação nº 4 ocorre em dois contextos. O primeiro é quando o ente da federação cede ou transfere valores, bens e direitos a particulares em hipóteses específicas, previstas pelo parlamento por meio de lei. É o caso, por exemplo, da cessão de uso de imóvel da União à entidade particular para atender finalidade social, conforme prevê a Lei 9636/98 (BRASIL, 1998), ou de valores pagos a título de benefícios sociais a pessoas carentes, entre tantos exemplos. O segundo contexto é o de instrumento de parceria celebrado entre entes da federação ou entre eles e entidades sem fins lucrativos, a exemplo dos convênios em sede dos quais a União transfere verbas a estados, municípios ou Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) para a realização de objetivos específicos. Em ambos os contextos, haverá dano ao erário, se os valores, bens ou direitos forem aplicados fora das hipóteses legais (primeiro contexto) ou dos termos e condições estabelecidas no instrumento de parceria (segundo contexto). Explorando o segundo contexto, podemos citar o caso hipotético de um recurso de “X” reais que a União, mediante convênio, transfere a determinado município para a aplicação na área da saúde, mas o prefeito decide

aplicá-lo na área de educação. Estaremos diante de um *desvio de finalidade* e a referência que deve ser utilizada para concluir pela existência ou não de dano ao erário (Passo nº 1) serão os objetivos estabelecidos no instrumento de parceria. Note que é diferente da Situação nº 3, na qual a referência para responder o Passo nº 1 é o atendimento do interesse público sob uma perspectiva bem abrangente (exemplo do grupo-gerador). Aqui, na Situação nº 4, mesmo que a destinação dada pelo município aos “X” reais na área da educação seja nobre, mesmo que atenda a fins sociais e legítimos, o ente municipal terá provocado dano ao erário federal. A leitura que se faz de casos como esse é que o interesse público que eventualmente seja argumentado pelo prefeito na aplicação do recurso na área de educação revela um “interesse público” do município, não da União. Portanto, valendo-se do exemplo, haverá dano ao erário, no valor de “X” reais.

Com isso, podemos seguir ao próximo Passo.

### 6.2 Passo nº 3 – Qual foi a norma violada?

Responder esta questão requer algumas considerações. É que a obrigação de ressarcir o erário imposta ao agente público está inserida no regime da responsabilidade civil, na sua modalidade aquiliana subjetiva. Entretanto, à luz dos *elementos* da decisão racional tratados até aqui, atrelados a algumas peculiaridades do Direito Administrativo, defendemos que o raciocínio civil responsabilizatório, quando aplicado aos casos de agente públicos acusados de dano ao erário, exigirá adaptações por parte do julgador que pretenda que sua decisão atenda às exigências do Estado de Direito. Vejamos.

A responsabilidade civil aquiliana decorre do art. 186, do Código Civil/02, que, segundo Rui Stoco (STOCO, 2011, p. 134), assenta-se no “princípio da atipicidade”. Isso significa que a obrigação de ressarcir alguém não fica adstrita à violação de uma lei que descreva algum dever ou proíba a conduta danosa. Sergio Cavaliere Filho (2014, p. 49), ao tratar da culpa *stricto sensu* na responsabilidade aquiliana subjetiva diz que “não havendo normas legais ou regulamentares específicas, o conteúdo do dever objetivo de cuidado só pode ser determinado por intermédio de um princípio metodológico” que se caracterizaria pela “comparação do fato concreto com o comportamento que teria adotado, no lugar do agente, um homem comum, capaz e prudente”.

Neste sentido, o julgador que pretenda obrigar que uma pessoa física ressarça outra em face de um dano sofrido, deve configurar argumentativamente o dolo ou a *violação do dever de cuidado*, apontando que o acusado agiu intencionalmente ou foi negligente (indiligência), imprudente (açodamento) ou imperito (inabilidade) - estes três últimos, para Stoco (2011, p. 143), seriam “atributos” da “culpa em sentido estrito”.

Compreendemos que, nas relações privadas, na qual tudo o que não é proibido é permitido, o *princípio da atipicidade* é de fato uma poderosa ferramenta para garantir o equilíbrio das relações. Afinal, como diz Cavalieri Filho (2014, p. 49), ao tratar da culpa *stricto sensu*, “com efeito, a lei não prevê, nem poderia fazê-lo, todas as regras de diligências a serem obedecidas nas condições concretas de cada situação, para serem desempenhadas com cuidado, cautela e prudência”. E complementa dizendo que, em razão disso, além dos deveres impostos “por lei ou regulamento, resultante de um texto claro que obrigue a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, há também um dever indeterminado que justifica as hipóteses em que a culpa existe sem que o dever corresponda a um texto expresso de lei ou regulamento” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 49).

Ocorre que a responsabilidade civil, quando aplicada ao direito público, especificamente quando o agente lesa o Estado, a lógica, em nosso entendimento, deve ser a da *tipicidade estrita*, em razão da já mencionada máxima da *legalidade administrativa de vinculação positiva*. Vale dizer que, nestes casos, o dolo e a violação *do dever de cuidado* estarão *presumidos*, ao apontar-se a norma que foi violada pelo agente público lesante. A mencionada *presunção* é uma tese, assumida por este autor, assentada na ideia de que, em matéria de responsabilidade civil do agente por dano ao erário, há de se reconhecer uma *presunção* de dolo ou culpa *iuris tantum* contra o agente, como *forma de harmonizar o regime da reponsabilidade civil com a legalidade administrativa de vinculação positiva*. Desdobraremos um pouco mais esta tese à frente. Antes, porém, é preciso explorarmos a noção de “violação da norma” por parte do agente público.

Dizer que o agente violou uma norma pode significar que: i) ele fez algo que é proibido por norma; ii) deixou de fazer algo obrigado por norma; iii) ou, diante de uma norma que permita a adoção de uma conduta, fez algo que ultrapassou os limites do autorizado. Indo mais além, podemos dizer que existem duas modalidades de condutas proibidas. A primeira é a *expressamente proibida*, na qual se enquadram aquelas condutas taxativamente vedadas pelas normas. A outra modalidade é a das condutas *proibidas por exclusão*. Enquadramos nesta todas as condutas que não são permitidas, nem obrigadas expressamente pelas normas. Se não é permitido, nem obrigado, é proibido para o agente público. Portanto, quando nos referirmos a condutas *proibidas*, estamos abarcando essas duas modalidades. Se precisarmos distingui-las, deixaremos isso claro. Importante destacar que as violações de norma podem se dar tanto por condutas omissivas ou comissivas do agente.

Voltemos à tese da *presunção iuris tantum* de dolo ou culpa do agente causador de dano ao erário. Vejam. Se a violação de uma norma, por parte do agente, gerou dano ao erário, surge, *prima facie*, para ele - o agente - a obrigação de ressarcir o ente público lesado. Afinal, o agente público está adstrito ao cumprimento das normas, não podendo fazer nem mais, nem menos ao que estas prescrevem, de modo que é seu dever conhecer as normas que balizam sua atividade profissional e, se as violou,

*presume-se* que ou o fez intencionalmente ou não guardou o dever de cuidado que seu ofício lhe exige. É claro, entretanto, que essa *presunção* de dolo ou violação do dever de cuidado, por parte do agente que descumpriu norma, é *iuris tantum* e isso repercute na atuação do acusador, do julgador e do agente acusado de dano ao Erário.

Explica-se.

Ao acusador não é *obrigatório* evocar o dolo, a negligência, a imperícia e a imprudência para configurar a responsabilidade do agente por dano ao Erário, bastando demonstrar a relação de causa e efeito, ou seja, o nexo causal, entre o dano e a conduta violadora de norma (veremos o nexo causal com um pouco mais de detalhes à frente). No que diz respeito ao agente acusado, a *presunção iuris tantum* indica que caberá a ele – o agente – levar ao julgador elementos que afastem sua responsabilidade pelo dano erário.

Em matéria de defesa, é possível a desconstrução do nexo causal, arguindo, por exemplo, que sua conduta, embora violadora de norma, não contribuiu para a ocorrência do dano. Este pode ser atribuído à conduta de terceiros, à ocorrência de caso fortuito ou de força maior. É possível também, em matéria de defesa, buscar a exclusão da ilicitude da conduta danosa. Isso pode se dar, arguindo-se, por exemplo, a legítima defesa, o estado de necessidade, o estrito cumprimento do dever legal ou o exercício regular do Direito. A legítima defesa e o estado de necessidade pressupõem que o acusado assume ter violado norma e que isto teria redundado na ocorrência de dano, mas o fez em nome de valores mais elevados.

O estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular do direito, por outro lado, pressupõem que o agente acusado não teria violado norma, pelo contrário, ele teria produzido o dano, ao agir dentro dos limites da norma. A exclusão de ilicitude decorrente do estrito cumprimento do dever legal e do exercício regular do direito assenta-se na premissa de que as normas que dirigem o cotidiano destes profissionais resultam de ponderações bem refletidas por parte de seus elaboradores. Mais do que isso, pressupõe que esse elaborador avaliou todos os riscos, planos de contingências e relações de custo e benefício possíveis. Neste sentido, idealmente, o agente, ao colocá-las em prática, o faria com a certeza de que a possibilidade de sua conduta gerar resultados danosos ao Estado seria zero e, mesmo que, por algum imponderável, venha a ocorrer, ele - o agente - não poderia ser responsabilizado por cumprir as normas que lhes foram impostas.

Concluindo sobre as possibilidades de defesa, temos que o agente acusado poderá demonstrar ainda que, apesar de ter descumprido determinada norma, não agiu com dolo nem culpa grave, o que lhe afastaria a obrigação de ressarcimento, se tal argumento for associado ao art. 28, da Nova LINDB. Entretanto, se o órgão julgador for o TCU, a tendência atual é que tal argumento seja inócuo, já que, como vimos, a

Corte de Contas da União não vem aplicando o art. 28 em tela aos casos de ressarcimento do erário. O julgador, por sua vez, à luz do Art 298 e Inc IV, do §1º, do Art 489, tudo do CPC/2015 (BRASIL, 2015), deve enfrentar os argumentos de defesa que tenham sido evocados pelo agente acusado, no sentido de verificar se teriam o condão de afastar o dano que presumidamente lhe seria atribuído pela violação da norma. O que o julgador não pode perder de vista, em sua atuação decisória, é que o centro gravitacional da responsabilização do agente por dano ao erário é a norma violada.

Registra-se que, apesar de termos dito não ser obrigatório ao acusador enfrentar o dolo e a culpa do agente, pelo fato destes já estarem *presumidos iuris tantum* na conduta violadora de norma, não se pode ignorar que contribuiria para a eficiência processual, se a peça acusatória buscasse afastar, de forma prévia, os eventuais argumentos de defesa passíveis de evocação pelo acusado.

A tese da presunção *iuris tantum* de dolo e violação do dever de cuidado por parte de agente público, ora apresentada, se aproxima, em alguma medida, da *espécie* de culpa, tratada por Cavalieri Filho (2014, p. 57), como *culpa contra a legalidade*. Esta se configura pela violação de um “dever de obediência” a “texto expresso de lei ou regulamento”. Diz Cavalieri Filho (2014, p. 57), a respeito desta espécie de culpa, que “a mera infração da norma regulamentar é fator determinante da responsabilidade civil; cria em desfavor do agente uma presunção de ter agido culpavelmente, incumbindo-lhe o difícil ônus da prova em contrário” (grifos nossos). O referido autor não aplica essa espécie no contexto da atividade do agente público. O exemplo que traz diz respeito ao dano decorrente do descumprimento de normas de trânsito, além de mencionar também a violação ao “dever de obediência a certas regras técnicas no desempenho de profissões ou atividades regulamentadas” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 57). O TCU já aplicou essa concepção da *culpa contra a legalidade*, extraída das ideias de Cavalieri Filho (2014), no Acórdão nº 4424/2018, 1ª Câmara, da relatoria do Ministro Benjamin Zymler (BRASIL, 2018b).

Por tudo isso, podemos dizer que, ao responder o Passo nº 3 – “Qual foi a norma violada” – o julgador deve apontar a norma que não foi atendida pelo agente. Neste sentido, em observância aos *elementos* da decisão racional, só pode ser considerada como violada a norma que o agente tinha obrigação ou condições reais de *cognoscibilidade prévia*. Nestes termos, o julgador deve verificar e justificar se a norma que pretende apontar como violada era do conhecimento do agente público, antes da conduta que supostamente a violou. Neste sentido, normas veiculadas por meio de texto normativos presentes em memorandos, circulares, mensagens diretas exige que se verifique se efetivamente chegaram ao conhecimento do agente acusado. Normas presentes em decisões jurídicas também merecem enorme atenção do julgador. É que, pelo caráter “inter partes” das decisões, aliada à *acessibilidade*, as normas nelas presentes só vinculam aqueles que foram partes da lide. Para obrigar agente que não fez parte dela, é preciso que a ele – ao agente - seja informado que determinada norma, presente na decisão, passa a lhe vincular.

Não é incomum vermos instâncias do controle e da administração responsabilizando agentes públicos, evocando acórdãos como se as normas neles contidas tivessem efeito *erga omnes*. Imagine se o agente tivesse que conhecer, por exemplo, todos os acórdãos do TCU para separar aquelas que julgaram condutas semelhantes à que ele pensa em tomar? São milhares de acórdãos, cada qual com dezenas de laudas, com votos e partes dispositivas. Como conhecer todos os acórdãos do TCU? Como extrair deles as normas que lhes seriam afetas a ponto de poder balizar suas condutas do presente e futuro (algo complicado até mesmo para juristas)?

Por esses e outros aspectos, todo cuidado é pouco no apontamento da norma violada. Nestes termos, ao responder o Passo nº 3, o julgador deverá, por meio de um encadeamento lógico e congruente aos fatos e aos princípios demonstrar que o agente: i) adotou uma conduta que determinada norma prévia definia expressamente como proibida; ii) que deixou de adotar conduta previamente considerada obrigatória por determinada norma; ou iii) que adotou conduta que não era nem obrigatória, nem permitida. Nesta última hipótese, o julgador estará diante de conduta *proibida por exclusão* e a resposta ao Passo nº 3 deverá ser a própria máxima da *legalidade administrativa de vinculação positiva*. Consignando seu raciocínio nestes termos, o julgador estará atendendo os *elementos* da decisão racional, em especial, à acessibilidade e aos critérios da consistência, da coerência e da universalidade retrospectiva.

E quando o julgador pretende emanar uma decisão inovadora, quais cuidados deverá tomar, além dos que foram mencionados?

Os cuidados mudam um pouco, a depender da forma da inovação, vale dizer, se por *redefinição* ou *criação* de norma. Tratando primeiro da inovação que ocorre pela *redefinição* de uma norma, deve-se ter em mente que, à luz das exigências de uma decisão racional, nos termos que estamos tratando neste artigo, quanto mais peremptório for o sentido atribuído a um texto normativo pela prática social da linguagem (sentido ordinário) ou por órgão julgador, maior deve ser o esforço argumentativo do julgador que pretenda problematizar a aplicação desse texto. Em outras palavras, o esforço que o julgador deverá despender para justificar a ampliação ou redução do sentido de um texto normativo, portanto inovando por meio de redefinição da norma, será diretamente proporcional ao nível de peremptoriedade desse texto. Por exemplo, textos normativos que contenham CJI em sua estrutura e que estejam sendo aplicados com um sentido de permissão – que, como sabemos, oferecem mais de uma opção de atuação no seu consequente (pelo menos duas: fazer ou não fazer algo) - tendem a exigir menos esforço do julgador que pretenda inovar, se comparados a textos constituídos por termos precisos, que estejam sendo aplicados com sentido de obrigação ou proibição.

Razões de ordem principiológica, teleológica, histórica, fática e tantas outras podem ser argumentativamente atreladas à letra do texto normativo nesse empreendimento de redução ou ampliação do seu sentido. Seja como for, o que se deve ter em mente é que o julgador, ao justificar sua decisão, deve buscar desalinhar-se o mínimo possível do sentido até então atribuído ao texto normativo. E, naquilo que inovar, redefinindo a norma, deve empreender um esforço argumentativo à altura da peremptoriedade do sentido do texto que está se afastando.

Nestes termos, a autoridade julgadora deve, à luz da universalidade prospectiva, universalidade retrospectiva e da adequação das consequências, constantes da Nova LINDB, justificar sua decisão inovadora, informando as razões do seu afastamento em relação à norma anterior, bem como apontar a nova norma, evitando imprecisões e guiando-se por objetivos legislativos. Os aspectos mais gerais das premissas fáticas do caso concreto deverão ser transportados para a fundamentação da decisão, na forma de “enunciados de tipo universal”, como destaca Atienza (2017, p. 132). Deste modo, a preocupação que deve guiar a autoridade decisora na universalização de casos particulares exige dela, além da busca pela justeza terminológica, o discernimento ao selecionar, entre a complexidade de elementos que permeiam os fatos concretos, aqueles capazes de precisar os limites do permitido, proibido ou obrigatório, sem, contudo, estabelecer um detalhamento tão caótico que prejudique o objetivo legislativo da norma jurisprudencial.

Destaca-se o já mencionado “regime de transição”, tratado pelo art. 23, da Nova LINDB (ver Subseção nº 5.6 deste artigo). Com clara inspiração no art. 2º, Inc XIII, da Lei 9784/99, é possível admitir que o art. 23 em tela possa também - além de diversos outros aspectos - estar se referindo às *consequências responsabilizatórias* que pesariam sobre o agente público. Se estivermos certos, a mensagem do art. 23, da Nova LINDB, estaria nos dizendo, entre outras coisas, que caso a conduta do agente público passe a ser vista como reprovável por uma decisão inovadora que tenha por objeto norma de sentido vago, não deve pesar sobre o agente nenhuma responsabilização, inclusive a reparatória. Este entendimento valeria inclusive para as decisões *esclarecedoras*, caso estas, além de contribuir para a identificação dos limites estabelecidos pela norma, classifique como reprovável conduta do agente. Este entendimento se insere na tese que esboçamos na Subseção 5.4, sobre os papéis das decisões *esclarecedoras* e *inovadoras* para o cenário de insegurança do Direito contemporâneo.

Mencionamos que as decisões *esclarecedoras* tendem a contribuir menos com essa insegurança, já que redundariam em menos casos de responsabilização, em face de uma possível cautela dos agentes públicos em adotar condutas baseadas em normas vagas e/ou ininteligíveis. Pois bem, se estivermos certos quanto a isto e se o “regime de transição” do art. 23, da Nova LINDB, realmente se aplicar às consequências responsabilizatórias, isto reduziria ainda mais a contribuição das decisões *esclarecedoras* para o cenário de insegurança do Direito contemporâneo. Entretanto, como

dissemos, isso precisa ser melhor investigado em trabalhos futuros. Por ora, não passa de uma hipótese.

Além deste aspecto do “regime de transição”, tudo o que foi dito para as decisões inovadoras valem também para as esclarecedoras, quando estas julgam um agente que adotou conduta a partir dela.

Antes de tratarmos sobre os cuidados que se deve tomar em relação às decisões que inovam, *criando* normas sem partir de uma norma já existente, é importante que se atente a algumas nuances que estão presentes neste tipo de decisão. Vejam. Se não há norma obrigando a adoção de uma conduta; se não há norma proibindo expressamente uma conduta; e se não há norma permitindo uma conduta; significa que a conduta adotada pelo agente público é *proibida por exclusão*. Portanto, as decisões que inovam, *criando* normas sem partir de uma norma já existente, o fazem, tornando obrigatória ou permitida uma conduta que, até aquele momento, era *proibida por exclusão*. O julgador, portanto, a partir desta *inovação por criação*, caso decida por responsabilizar o agente público, o fará acusando-o de ter deixado de adotar determinada conduta, apesar de não existir norma que lhe obrigasse ou permitisse adotá-la. A reprovabilidade apontada pelo julgador é, deste modo, pela conduta omissiva do agente público.

Nestes termos, os cuidados em relação às decisões que *criam* normas, sem partir de uma norma já existente, não são muito diferentes da inovação por *redefinição* de norma. A ressalva mais óbvia é quanto à universalidade retrospectiva e à acessibilidade em relação à norma violada, que não se aplicariam neste caso. Por outro lado, os demais elementos, em especial o da universalidade prospectiva, associada à adequação das consequências, devem ser potencializados. Afinal, estamos diante de relativização extrema do ideal de previsibilidade, algo que precisa ser muito bem compensado para preservar os direitos de igualdade e liberdade que fundamentam o Estado de Direito. A tese que defendemos linhas acima para o *regime de transição* do art. 23, da Nova LINDB, mais do que nunca precisa ser aplicado diante da decisão que *cria* normas. Se, diante da *redefinição* de normas de conteúdo indeterminado, defendemos que o agente que tenha adotado conduta a partir delas não deveria ser responsabilizado, que dirá o agente que deixa de adotar conduta pela inexistência de norma anterior que o obrigasse ou o permitisse.

Com isso, podemos seguir ao próximo Passo.

### 6.3 Passo nº 4 – Qual a relação de causa e efeito entre o dano e a violação da norma?

Este Passo trata do *nexo de causalidade* que, como diz o Sílvio de Salvo Venosa (VENOSA, 2013, p. 54), “deriva das leis naturais” e consiste no “liame que une a conduta do agente ao dano”. Portanto, sob a perspectiva que estamos tratando, o agente público será obrigado a ressarcir o erário, somente se houver uma relação de causa e efeito entre o dano e a violação da norma por ele perpetrada.

Diversas teorias se apresentam para guiar o raciocínio do julgador na busca por decifrar o nexos causal. Entretanto, como alerta Cavalieri Filho (2014, p. 64) “não há, a rigor, diferenças substanciais entre as várias teorias” e complementa dizendo que a jurisprudência não tem enfrentado o nexos causal, guiando-se por uma ou outra teoria de forma exclusiva e rígida, “mas adotando em cada caso o entendimento mais justo para a solução do problema”, o que nos parece correto.

#### 6.4 Passo nº 5 – Quem violou a norma teria como evitar o dano?

Ao responder esta pergunta, o julgador inclui na justificativa da sua decisão uma noção indispensável para configuração da responsabilidade civil do agente público: a *evitabilidade* do dano.

A reparação de dano sofrido pelo erário só pode ser exigida do agente público, se ele – o agente - reunisse condições para evitar o referido dano. É esta a decorrência da noção de *evitabilidade* que faz parte do regime da responsabilidade civil aquiliana subjetiva. Indo mais além, pode-se dizer que, mesmo que a conduta do agente público (omissiva ou comissiva) configure uma violação de norma acessível e que guarde relação de causa e efeito com o dano, ainda assim, é possível que ele - o agente - não seja obrigado a ressarcir o erário, caso fique evidente que não teria meios para evitar a materialização do dano.

Neste sentido, podemos dizer que o agente público que assume uma conduta omissiva ou comissiva com a intenção exclusiva de provocar dano ao erário - portanto dolosa - tem condições de antever o resultado danoso de sua conduta e se utiliza justamente disso para materializá-lo. Portanto, embora pudesse impedir o dano, o agente, pelo contrário, intencionalmente o provoca. Nesse caso, por óbvio, responderá pelo dano.

Na culpa *stricto sensu*, o agente público também pratica uma conduta omissiva ou comissiva que enseja um dano ao erário. A diferença em relação ao dolo é que, na culpa, ele, por negligência, imprudência ou imperícia, não evita o dano, seja porque, embora reunisse condições para tal, não previu que sua conduta poderia gerá-lo ou se previu, não o evitou. Se fosse diligente, cauteloso ou contasse com as habilidades necessárias, o agente público poderia evitar o dano. Nesse caso, portanto, assim como no dolo, o agente também responderá.

A *evitabilidade* do dano deve ser avaliada pelo julgador, considerando as condições do caso concreto. É a mesma noção trazida pelo art. 22, da Nova LINDB, quando menciona “os obstáculos e as dificuldades reais” e as “circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente” no exercício da sua atividade. Vale dizer ser possível que o agente público conte com a perícia necessária para determinada atividade, empenhe-se de forma diligente e cautelosa na sua execução, mas, em face das circunstâncias fáticas nas quais estava imerso, não lhe foi possível evitar o dano, ainda que lhe fosse possível prevê-lo. Neste sentido, bem

antes da Lei 13655/18, no Acórdão nº 839/2011, do Plenário do TCU (BRASIL, 2011a), o Ministro Raimundo Carreiro, em seu Voto, afastou a obrigação de ressarcir o erário por parte de uma agente pública, com atribuições de fiscalização de contrato, por entender “ser perceptível a impossibilidade de uma única pessoa cumprir todas as funções que lhe foram atribuídas, considerando-se a magnitude dos contratos”.

Explorando um pouco mais o sobredito caso, seria possível dizer que, na verdade, o afastamento da responsabilidade da agente se deu pelo reconhecimento, por parte da Corte, de que a causa do dano não foi a sua conduta, mas a da autoridade que a nomeou, o que, a partir desta perspectiva, teria sido a análise do nexo de causalidade que teria determinado o posicionamento da Corte. Entendemos que a noção da evitabilidade perpassa o nexo de causalidade e a análise da culpa. Cavalieri Filho (2014, p. 88 a 90) trata da noção da (in)evitabilidade do dano como excludente do nexo causal, configurando-a no caso fortuito e na força maior. Por outro lado, Cavalieri Filho (2014, p. 90) menciona que para alguns autores a noção de “imprevisibilidade”, presente no caso fortuito, pode se confundir com a noção de culpa.

De um jeito ou de outro, o importante é que as condições reais enfrentadas pelo agente público são aspectos considerados na atribuição do dano.

## **7. Conclusão**

Ao longo do presente artigo, vimos que há boas razões para acreditar que agentes públicos conduzem sua rotina profissional amedrontados pela insegurança jurídica. Mais especificamente, pelo receio de virem a ser responsabilizados por condutas que lhes pareciam conforme às leis. Tal cenário tem potencial para comprometer a qualidade dos serviços públicos.

Verificamos que a plasticidade e a imprecisão do Direito contemporâneo estão no centro gravitacional deste temor e que esse cenário de insegurança jurídica é o resultado de uma tensão constante entre dois ideais do Estado de Direito contemporâneo, a previsibilidade e a argumentatividade. Esses dois ideais, como demonstramos, gozam do mesmo nível de importância, na preservação dos direitos fundamentais de liberdade e igualdade, portanto o equilíbrio entre eles é condição de existência do próprio Estado de Direito.

Vimos que esse equilíbrio é alcançado por meio de decisões racionais, estas, defendidas neste artigo, como sendo deliberações acessíveis e que atendam aos critérios da universalidade, da coerência, da consistência e adequação das consequências.

Acreditamos que a Nova LINDB tem enorme potencial para mitigar esse cenário, pois nasceu, há cinco anos, com um viés pragmático e realístico, identificando as causas da insegurança jurídica e reconhecendo a importância das decisões emana-

das pelas instâncias judiciais, controladoras e administrativas na construção do Direito. Sem dúvida, qualidades admiráveis (se não inéditas) para uma lei, dada a complexidade natural da atividade legiferante. Demonstramos que a Nova LINDB evoca os julgadores a emitirem decisões racionais; e, mais do que isso, identificamos, no corpo da lei, os sobreditos critérios que balizam uma decisão racional.

Destacamos ser possível dizer que agentes públicos temem muito mais o ressarcimento ao Erário, se comparadas as sanções que poderiam decorrer do descumprimento de normas. Buscando dar contribuições para mitigar este cenário de medo, apresentamos tese, formulamos tipologia de decisões e propusemos roteiro de raciocínio responsabilizatório. Tudo, a partir dos parâmetros, critérios e espírito trazidos pela Nova LINDB. A tese buscou harmonizar o regime da reponsabilidade civil com a legalidade administrativa de vinculação positiva. A tipologia organizou as decisões jurídicas conforme o seu papel da construção do Direito (confirmação; esclarecimento; e inovação por redefinição ou criação), de modo a evidenciar o grau de exigência de racionalidade de cada uma delas.

O roteiro proposto serve aos julgadores (judiciais, controladores e administrativos), aos acusadores, aos agentes públicos acusados de dano ao erário e aos agentes públicos em geral. Aos julgadores, o roteiro pode contribuir na elaboração de decisão que se pretenda racional, portanto conforme às exigências do Estado de Direito. Aos acusadores e acusados, o roteiro serve para evidenciar como a decisão foi - ou deveria ser - construída, colaborando na identificação de vulnerabilidades e na qualidade das peças acusatórias e de defesa. Aos agentes em geral, o roteiro pode contribuir na identificação, por meio das decisões prolatas, das condutas que os julgadores vêm entendendo como permitidas, proibidas ou obrigadas.

Encerrando o presente artigo, esperamos ter contribuído com os esforços da Nova LINDB na conformação de um ambiente de mais segurança jurídica para a atuação dos agentes públicos. Segurança na rotina de trabalho destes profissionais significa maior qualidade dos serviços públicos, por decorrência, sociedade mais satisfeita e uma maior otimização dos trabalhos das instâncias judiciais, controladoras e administrativas. Todos ganham com isso!

O presente artigo não encerra nossa contribuição ao tema. Registramos, ao longo deste trabalho, uma agenda de pesquisa desafiadora e que promete debates enriquecedores sobre a temática da segurança jurídica dos agentes públicos e seus reflexos para a qualidade do serviço público.

## Referências

AGUILÓ-REGLA, Josep. *La constitución del estado constitucional*. Lima-Bogotá: Palestra e Temis, 2004.0

- ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. La teoría do discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madri: Centro de Estudios Constitucionalizes, 1997.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2017.
- ARAÚJO FILHO, Raul. *Punitive damages e sua aplicabilidade no Brasil*. Doutrina: edição comemorativa, 25 anos. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2014. p. 329-345.
- ATIENZA, Manuel. Argumentación y constitucionalismo. In: AGUILÓ-REGLA, Josep; ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. *Fragmentos para una teoría de la constitución*. 1. ed. Madrid: Iustel, 2007.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teoria da argumentação jurídica*. Trad. de Maria Cristina Guimarães Copertino. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.
- ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentação jurídica*. Trad. de Claudia Roesler. 1. ed. Curitiba: Alteridade, 2017. v. 1
- BRASIL. *Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm). Acesso em: 05 out. 2022.
- BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 03 set. 2022.
- BRASIL. *Lei nº 13.015, 16 de março de 2015*. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 27 maio 2023.
- BRASIL. *Lei nº 13.655, 25 de abril de 2018a*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm#art1). Acesso em: 09 out. 2022.
- BRASIL. *Lei nº 14.133, 01 de abril de 2021*. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm). Acesso em: 02 set. 2022.
- BRASIL. *Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992a*. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8429.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm). Acesso em: 13 out. 2022.
- BRASIL. *Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992b*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8443.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8443.htm). Acesso em: 11 out. 2022.
- BRASIL. *Lei nº 9.636, de 15 de maio de 1998*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9636.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9636.htm). Acesso em: 16 out. 2022.
- BRASIL. *Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm). Acesso em: 18 out. 2022.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 2391/2018, de 17 de outubro de 2018c*. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Plenário. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-com-pleto\\*/NUMACORDAO%253A2391%2520ANOACORDAO%253A2018%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVAN](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-com-pleto*/NUMACORDAO%253A2391%2520ANOACORDAO%253A2018%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVAN)

[CIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520.](#)

Acesso em: 22 out. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n° 4424/2018, de 08 de maio de 2018b*.

Relator: Ministro Benjamim Zymler. 1ª Câmara. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-com-pleto/\\*/NUMACORDAO%253A4424%2520ANOACORDAO%253A2018%2520COLEGIADO%253A%2522Primeira%2520C%25C3%25A2mara%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-com-pleto/*/NUMACORDAO%253A4424%2520ANOACORDAO%253A2018%2520COLEGIADO%253A%2522Primeira%2520C%25C3%25A2mara%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520). Acesso em: 06 out. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n° 839/2011, de 06 de abril de 2011a*.

Relator: Ministro Raimundo Carreiro. Plenário. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-com-pleto/\\*/NUMACORDAO%253A839%2520ANOACORDAO%253A2011%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-com-pleto/*/NUMACORDAO%253A839%2520ANOACORDAO%253A2011%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520).

Acesso em: 01 mar. 2021.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionariedade administrativa na constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB. Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, edição especial, p. 63-92, nov. 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/issue/view/4255>. Acesso em: 12 mar. 2022.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Trad. de Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. 2. ed. Trad. Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: Doutrina e jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: SBDP, 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

VIDAL, Isabel Lifante. La relevancia de la previsibilidad jurídica algunas consideraciones a partir de Francisco Laporta y Liborio Hierro. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, edición especial, p. 145-151, 2017. Disponível em: <https://www.cervantesvirtual.com/obra/la-relevancia-de-la-previsibilidad-juridica-algunas-consideraciones-a-partir-de-francisco-laporta-y-liborio-hierro-876711/>. Acesso em: 02 ago. 2022.