

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

EDITH MARIA BARBOSA RAMOS

JANAÍNA RIGO SANTIN

JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito administrativo e gestão pública II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Edith Maria Barbosa Ramos; Janaína Rigo Santin; José Sérgio da Silva Cristóvam – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-090-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

O Grupo de Trabalho Direito Administrativo e Gestão Pública II reuniu-se no Encontro Virtual do CONPEDI, que aconteceu de maneira totalmente virtual e síncrona entre os dias 23 e 30 de junho de 2020, sob a temática “Constituição, Cidades e Crise”.

Em plena pandemia da Covid-19, a qual determinou a adoção de medidas de afastamento social para conter a disseminação do vírus, o CONPEDI reinventou-se. Contornando todas as adversidades deste momento tão difícil para a humanidade, fomos premiados com conferências, painéis e grupos de trabalho de excelência. Presentes, mesmo que fisicamente distantes, a alegria do reencontro ficou evidente nos debates, trocas e contribuições dos participantes do Grupo de Trabalho Direito Administrativo e Gestão Pública II.

Os trabalhos e debates desenvolvidos no GT produziram grande empatia entre os participantes, especialmente porque retrataram, de forma fidedigna, as grandes preocupações da sociedade brasileira contemporânea e sua agudização neste momento grave de pandemia. São elas: a) combate à corrupção e à improbidade administrativa; b) regulação e controle; e c) transparência e eficiência administrativa.

Os artigos deste ebook gravitam em torno das seguintes temáticas:

1. PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE E RELIGIÃO: NECESSIDADE EM DELIMITAR A ATUAÇÃO DO GESTOR PÚBLICO OU MERA PERFUMARIA?
2. O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO À LUZ DO POSICIONAMENTO CONTEMPORÂNEO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
3. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ORIENTADA POR DADOS: GOVERNO ABERTO E INFRAESTRUTURA NACIONAL DE DADOS ABERTOS
4. O PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA COMO INSTRUMENTO DAS GARANTIAS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

5. O PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A FLEXIBILIZAÇÃO INTERPRETATIVA DA SÚMULA VINCULANTE 13 DO STF
6. REFLEXÕES INICIAIS SOBRE POSSÍVEIS EXCESSOS DO PODER NORMATIVO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM TEMPOS DE PANDEMIA (COVID-19)
7. REFORMA ADMINISTRATIVA GERENCIAL E A (RE)INTERPRETAÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE EMPRESARIAL FRENTE AO SIGILO FISCAL
8. INOVAÇÕES DO TERCEIRO SETOR BRASILEIRO: O PRINCÍPIO DA CIDADANIA E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES PÚBLICO-PRIVADAS
9. MP 902/2019: RISCOS RELATIVOS AO FIM DA EXCLUSIVIDADE DA CASA DA MOEDA DO BRASIL NA FABRICAÇÃO DE MOEDA E PAPEL MOEDA
10. PROCESSO OU PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO: A PROCESSUALIDADE AMPLA COM RESPALDO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988
11. EXIGÊNCIA DE IMPLANTAÇÃO DE PROGRAMAS DE INTEGRIDADE NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: PROPOSIÇÕES DE UMA ANÁLISE JURÍDICO ECONÔMICA
12. COMBATE A CORRUPÇÃO NO BRASIL: A CIDADANIA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DA DEMOCRACIA E DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS
13. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO BRASIL: UM BREVE ESTUDO SOBRE A SUFICIÊNCIA DAS INOVAÇÕES DA LEI Nº 8.429/1992 A PARTIR DA ORIGEM E DAS ESPECIFICIDADES DO FENÔMENO
14. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: REFLEXÕES À LUZ DA LEI Nº 13.964/2019
15. UM ENSAIO DOGMÁTICO SOBRE O § 1º DO ARTIGO 22 DA LINDB. A RESPONSABILIDADE DO GESTOR PÚBLICO EM CASOS DE TRAGÉDIAS ANUNCIADAS

16. UM OLHAR SOBRE A LEI MUNICIPAL Nº 8.583/2019 QUE INSTITUI A OBRIGATORIEDADE DE GARANTIA EM LICITAÇÕES NO ÂMBITO DA CIDADE DE DIVINÓPOLIS-MG, AVANÇAMOS?

17. DISCUSSÃO SOBRE AS RELAÇÕES ENTRE PODER PÚBLICO, CONCESSIONÁRIAS E USUÁRIOS NOS SERVIÇOS DE TELEFONIA

18. ANÁLISE CONTEXTUALIZADA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS EM FACE DA LEI Nº 13.460 DE 2017

19. A IMPRESCINDIBILIDADE DE EFICIÊNCIA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO E O DIREITO AO HORÁRIO ESPECIAL PRATICADO POR SERVIDOR PÚBLICO QUE DESENVOLVE OUTRAS ATIVIDADES LABORAIS.

20. A CRISE ECONÔMICA DO FUNDO SETORIAL AUDIOVISUAL - FSA. POSSÍVEIS ESTRATÉGIAS REGULATÓRIAS PARA O SETOR AUDIOVISUAL NO BRASIL.

21. A ATUAÇÃO DO CONTROLE EXTERNO SOBRE LICITAÇÕES PARA AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS E A IDENTIFICAÇÃO DE DESVIOS MEDIANTE SIMULAÇÃO DE DESONERAÇÃO DO ICMS

Com 22 (vinte e dois) artigos aprovados e 21 (vinte e um) efetivamente apresentados no GT, é possível constatar a presença quase que maciça dos inscritos no evento, o que demonstra que este formato de CONPEDI Virtual veio para ficar, como mais uma modalidade possível ao lado dos eventos presenciais.

Assim, por meio de novas formas de interação social proporcionadas pelas novas tecnologias de informação e comunicação, foi possível socializar os resultados das pesquisas desenvolvidas pela área de direito administrativo. Como resultado, será possível conferir neste ebook artigos científicos de elevada qualidade e pertinência acadêmica, com uma pluralidade de abordagens bastante originais e com indubitável relevo prático.

Registramos os efusivos cumprimentos ao CONPEDI, pelo destacado empenho e a qualidade da organização desse primeiro encontro virtual - um espaço que proporcionou relevante momento de divulgação da pesquisa científica na área do Direito!

Assim, é com grande satisfação que apresentamos a comunidade jurídica a presente obra. Que todos possam se valer dos valiosos ensinamentos aqui presentes.

De Florianópolis (SC), de Passo Fundo (RS) e de São Luiz (MA), junho de 2020.

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam – Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Profa. Dra. Janaína Rigo Santin – Universidade de Passo Fundo (UPF)

Profa. Dra. Edith Maria Barbosa Ramos – Universidade Federal do Maranhão (UFMA)

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Administrativo e Gestão Pública II apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

UM ENSAIO DOGMÁTICO SOBRE O § 1º DO ARTIGO 22 DA LINDB. A RESPONSABILIDADE DO GESTOR PÚBLICO EM CASOS DE TRAGÉDIAS ANUNCIADAS

A DOGMATIC TEST ON ARTICLE 22 (1) OF LINDB. THE RESPONSIBILITY OF THE PUBLIC MANAGER IN CASES OF ANNOUNCED TRAGEDIES

Alexander Leonard Martins Kellner ¹

Resumo

O presente artigo busca investigar se a norma ou normas que podem ser extraídas da interpretação dogmática do § 1º do artigo 22 da LINDB possui ou possuem algum tipo de impacto na responsabilidade do gestor público em casos de tragédias anunciadas, onde, muitas vezes a origem da catástrofe se consolidou em gestões anteriores.

Palavras-chave: Lindb, Responsabilidade, Dogmática, Gestor público, Administrativo

Abstract/Resumen/Résumé

The present article seeks to investigate whether the norm or norms that can be extracted from the dogmatic interpretation of paragraph 1 of article 22 of LINDB have or have some kind of impact on the responsibility of the public manager in cases of tragedies announced, where, often, the origin of the catastrophe was consolidated in previous administrations.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Lindb, Responsibility, Dogmatic, Public manager, Administrative

¹ Doutorando em Direito Regulatório e Mestre em Direito Regulatório pela Fundação Getúlio Vargas/RJ

1. INTRODUÇÃO

No ano de 2018 foi promulgada a Lei nº 13.655 de 25 de Abril de 2018 que incluiu no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Entre inúmeras alterações, a literalidade do parágrafo 1º do artigo 22 parece tempestiva e atual em face de grandes tragédias e catástrofes, a exemplo do incêndio do Museu Nacional em 02 setembro de 2018, o rompimento da barragem de Brumadinho em 25 de janeiro de 2019 e a forte chuva que assolou o Município do Rio de Janeiro, em 08 de abril de 2019.

O presente artigo busca investigar se a norma ou normas que podem ser extraídas da interpretação dogmática do § 1º do artigo 22 da LINDB possui ou possuem algum tipo de impacto na responsabilidade do gestor público em casos de tragédias anunciadas, onde, muitas vezes a origem da catástrofe se consolidou em gestões anteriores. Sem qualquer pretensão de exaurir o tema, o artigo busca a existência de um ponto de partida inicial, talvez um núcleo duro da norma contida no § 1º do artigo 22 da LINDB. Trata-se de um ensaio que se vale da interpretação jurídica, como tarefa dogmática, para “alcançar um *sentido* supostamente válido não meramente para o texto normativo (relato) mas para a *relação normativa* (relação de autoridade)”. (FERRAZ JR., 2011, p. 106)

O objetivo de menção a dogmática jurídica é ressaltar que o que se busca não é um interpretação correta, única, verdadeira, mas sim a interpretação com a melhor justificativa racional diante das evidências dadas pela literalidade do texto normativo aqui em análise.

O artigo será dividido basicamente em 3 (três) seções. Uma primeira destinada a análise da literalidade e dos elementos gramaticais § 1º do artigo 22 da LINDB.

Uma segunda seção destinada à análise dos possíveis destinatários da norma que podem ser extraídos do referido dispositivo.

Uma terceira seção será destinada a analisar o que podem ser consideradas “circunstâncias práticas”, nos termos da redação do § 1º do artigo 22 da LINDB.

Ainda, uma quarta seção será responsável por avaliar a relação entre as chamadas “circunstâncias práticas” que podem ser extraídas do referido dispositivo e a responsabilidade do gestor público em casos de tragédias anunciadas. A metodologia do trabalho será baseada em uma breve revisão bibliográfica com aspecto predominantemente descritivo. No entanto, o artigo assume um tom prescritivo no que se refere a utilização pelo legislador da forma

conjugada do verbo ser na 3ª pessoa do plural do futuro do presente do indicativo e sua falta de maleabilidade interpretativa.

Por fim, destaca-se que o emprego da expressão “tragédia anunciada” objetiva simplesmente exemplificar casos de catástrofes e acidentes que possuem origem difusa na linha do tempo, como resultado de longos anos de deterioração. O presente artigo não se refere a nenhum tipo de caso concreto específico, no entanto, se refere a noção de responsabilização de novas gestões que pouco ou nada podiam fazer para prevenir desgraças.

2. O PARÁGRAFO 1º DO ARTIGO 22 DA LINDB

O parágrafo § 1º do artigo 22 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) possui a seguinte literalidade:

Art. 22 § 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

A literalidade do referido dispositivo deve ser levada em consideração quando de sua interpretação. Ocorre que por ser um dispositivo legal do qual se busca extrair por meio da interpretação uma norma jurídica, a simples literalidade não parece ser suficiente para a extração da referida norma. A razão é simples: A lógica da interpretação jurídica “não se limita à lógica interpretativa da conversação ordinária, na medida em que é organizada em torno do valor *justiça*, ou seja, tem o compromisso de expressar uma escolha capaz de separar o certo do errado, o justo do injusto”. (FERRAZ JR., 2011, p. 105)

Por outro lado, preceitos básicos de qualquer processo comunicativo são aplicados com adaptações ao processo de interpretação jurídica. Assim, o legislador codifica uma mensagem por meio da literalidade de um dispositivo legal, a exemplo do dispositivo em análise. Como o direito se constrói em torno do valor *justiça*, a codificação normativa realizada pelo legislador trabalha com esquematismos binários. Porque binários? O legislador tem autoridade para dizer o que é certo e o que é errado, o que é permitido e o que é proibido. A norma supõe um código que visa ao cumprimento da mensagem, razão pela qual, existe, sob a perspectiva do emissor, uma assimetria entre ele e o receptor da mensagem.

Do lado dos receptores, a situação é distinta. Confira-se:

Do lado dos receptores, a significação é decodificada, de modo a criar espaço para a indiferença e outras alternativas de agir. Exige esquematismos trinários: proibido/permitido/lacunoso, lícito/ilícito/legítimo. Às vezes as codificações se invertem, o que é mais raro. O emissor normativo codifica para abrir espaço para a discricionariedade e o receptor decodifica para impor-lhe limites. (FERRAZ JR., 2011, p. 105)

Assim, chega-se a uma forma inicial de analisar a literalidade do parágrafo § 1º do artigo 22 e sua codificação. Trata-se de uma codificação forte ou débil? O legislador restringe ou abre espaço para restrições por parte do intérprete? Não é tarefa fácil responder as indagações apresentadas, até porque existem “variações intersubjetivas, em termos de como

se codifica a significação normativa (código forte/código débil).”(FERRAZ JR., 2011, p. 106).

Agora o objetivo do trabalho é tentar. A codificação do dispositivo parece débil em alguns pontos e forte em um ponto crucial. Confira-se a tabela exemplificativa:

TRECHOS DA LITERALIDADE DA CODIFICAÇÃO	CÓDIGO FORTE	CÓDIGO DÉBIL	JUSTIFICATIVA
Em decisão		X	Qual tipo de decisão?
sobre regularidade de conduta		X	Qual o significado de regularidade? Conduta de quem?
ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa		X	Qual o significado de validade? ajuste? processo? norma?
serão consideradas	X		Caráter impositivo e autoritário de “serão”.
as circunstâncias práticas que		X	Qual o significado de circunstâncias práticas?
houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.		X	Qual o significado de limitar? Quantitativo? Qualitativo?

A única conclusão inicial possível, mesmo em uma análise superficial e preliminar, é que existe um comando normativo forte com a utilização pelo legislador da forma conjugada do verbo ser na 3ª pessoa do plural do futuro do presente do indicativo: “serão”. O legislador não parece dar qualquer margem de liberdade ao intérprete. Aqui talvez, pode-se fazer um paralelo com as noções Kelsenianas sobre estados intencionais.

Na concepção de Kelsen, normas jurídicas são um “sentido” (“Sinn”) específico atribuídos à determinados atos humanos intencionalmente dirigidos à conduta de outros seres humanos. (SCHUARTZ, 2005, p. 3) Nesse sentido, dentre a totalidade de fatos existentes no mundo, existe um subconjunto de fatos intencionais, fatos que refletem a referida intencionalidade. Normas jurídicas seriam então um subconjunto dentro do subconjunto de fatos intencionais. O que promove essa delimitação e classificação entre os fatos é sua “diferente “consistência ontológica”. (SCHUARTZ, 2005, p. 4)

Outra forma de analisar os fatos decorre de sua dependência/independência em relação às contribuições simbolicamente estruturadas, como a linguagem escrita, para fins de sua constituição. Assim, pode-se pensar em um fato que depende de uma aplicação de conceitos para sua instituição, a exemplo de uma sentença constitutiva que aplica conceitos e códigos linguísticos, ou um fato que não depende de qualquer aplicação de códigos e conceitos e que pode ou não posteriormente ser descrito por uma sentença, por uma linguagem.

Dentro do conjunto de fatos que dependem de uma operação de aplicação de conceitos para existirem, “destacam-se aqueles fatos cuja expressão ou descrição exigem como parte essencial desta expressão ou descrição o recurso a um vocabulário que contenha termos para a atribuição ou o reconhecimento de estados intencionais.” (SCHUARTZ, 2005, p. 6)

Estados intencionais possuem um conteúdo conceitual que pode ser proposicional¹ ou objetual². A concepção kelseniana acerca da norma jurídica trabalha com estados intencionais de conteúdo proposicional. Confira-se:

Estados que sejam reconhecíveis como intencionais possuem, essencialmente, uma dimensão que é normativa em um sentido específico. (...) Esse caráter normativo que é constitutivo de estados intencionais se explica pelo caráter normativo que é constitutivo do uso dos conceitos que formam os conteúdos proposicionais destes estados. Usar um termo com um determinado sentido, aplicar um determinado conceito a um caso particular sob a forma de um juízo (“classificar” o particular sob o conceito) é vincular-se a uma regra (uma norma) que governa o uso correto deste termo ou a aplicação correta desse conceito. (SCHUARTZ, 2005, p. 7)

O legislador está assim vinculado à regra gramatical de correta utilização do vernáculo para fins de codificação da norma. Assim, a interpretação literal não é por si só suficiente para a extração da norma jurídica. Por outro lado, no caso do parágrafo § 1º do artigo 22 da LINDB, a interpretação literal e gramatical da forma conjugada do verbo ser na 3ª pessoa do plural do futuro do presente do indicativo parece ser suficiente para fixar um ponto de partida delimitado: “serão” transmite um sentido de obrigatoriedade. “serão” não transmite um sentido de facultatividade.

¹ Para fins de facilitar na compreensão da referida distinção, estados intencionais, aos quais correspondem atitudes como “estar convicto que r”, “acreditar que s”, “esperar que u”, são estados intencionais cuja principal propriedade é a de estarem dotados de conteúdo conceitual proposicional. As variáveis que acompanham esses exemplos de atitudes proposicionais apenas marcam um lugar vazio a ser gramaticalmente ocupado por enunciados que podem ser expressos por meio de sentenças declarativas. (SCHUARTZ, 2005, p. 6)

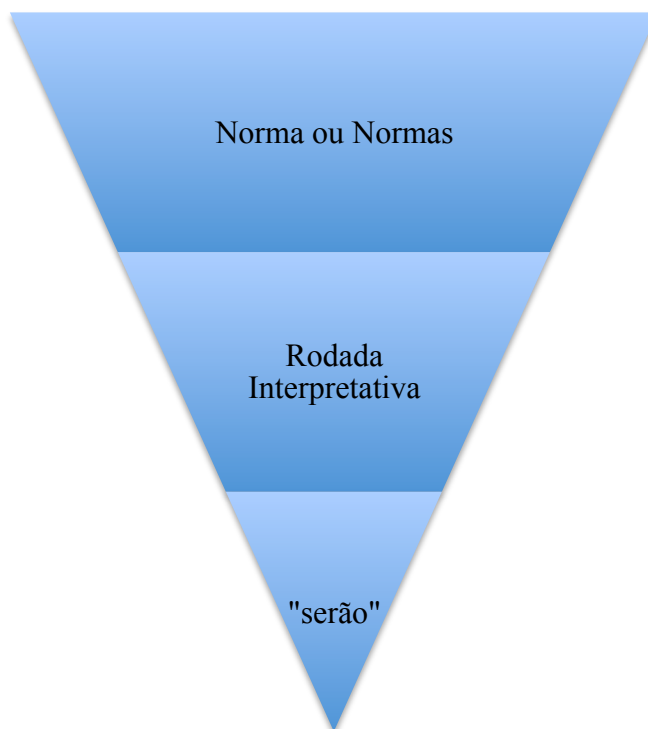
² Por outro lado, estados intencionais aos quais correspondem atitudes como “amar x”, “desejar y”, são estados intencionais cuja principal propriedade é de estarem dotados de conteúdo conceitual objetual. As variáveis que acompanham esses exemplos de atitudes apenas marcam um lugar vazio a ser gramaticalmente ocupado por termos singulares como objetos diretos ou indiretos.

Trata-se da vinculação à uma norma conceitual. Então se a lei se vale da expressão “serão consideradas” o legislador e o intérprete estão vinculados a uma norma conceitual que governa o uso correto destes termos ou a aplicação correta desses conceitos. No caso, a própria gramática e semântica da língua portuguesa. Sobre a referida vinculação, confira-se:

A idéia é que o esforço interpretativo resista o quanto possível a uma atribuição de um sem sentido, buscando-se fazer com que a fala do outro *faça sentido*. Isso envolve uma conceptualização do emissor, a partir do compartilhamento de determinados padrões de racionalidade (além das regras semânticas convencionadas na comunidade linguística). A ausência desses padrões mínimos simplesmente mina a capacidade de entendimento(...)

O ponto é que a interpretação literal parece ser sempre o ponto de partida quando se busca uma interpretação jurídica de algum dispositivo. Assim, talvez a interpretação literal acaba por funcionar como uma espécie de balizador inicial para fins de estabelecer o ponto de partida para eventuais rodadas posteriores de interpretação baseadas em hermenêutica, princípios e dogmática.

No caso do parágrafo § 1º do artigo 22 da LINDB, o chamado *threshold* pode ser exemplificado pelo seguinte gráfico:



Essa parece ser a melhor forma de iniciar a interpretação do dispositivo, para se ter acesso ao que se *quis dizer* a partir do que se *disse*. (GRICE, 1991, p. 22) Trata-se de um processo de inferência, não dedutiva, que é conhecido como implicatura. No ponto:

A noção de uma relação de implicatura a partir de uma conceitualização do agente interpretado guarda paralelos próximos com a atividade de interpretação jurídica, nos moldes da dogmática alemã do séc. XIX, como forma de se ampliar a base de informações disponíveis acerca do sentido da lei. (FERRAZ JR., 2011, p. 106).

Assim, a busca pelo sentido que o próprio legislador quis dar ao verbo “ser” no parágrafo 1º aludido é um instrumento interpretativo à disposição da dogmática jurídica. Nesse sentido, parece racional e válido o argumento aqui formulado, a despeito de variações intersubjetivas. Em suma, “serão consideradas” é um código dogmático que exprime como as reais circunstâncias práticas do gestor devem valoradas para que o mesmo possa ou não ser responsabilizado.

3. DESTINATÁRIO DA NORMA

Em um primeiro momento, parte-se do texto para analisar quem é o destinatário da norma contida no referido parágrafo primeiro. O interessante é que a interpretação literal isolada do dispositivo não será suficiente para extrair o destinatário. Com uma interpretação literal, “o parágrafo primeiro parece ser destinado às instâncias controladora e judicial, na medida em que fazem referência a “decisão sobre regularidade de conduta ou validade” de uma série de ações administrativas – manifestação típica dos controladores”. (JORDÃO, 2018, p. 71).

Ocorre que o próprio gestor que emitiu um ato ou exteriorizou uma conduta pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, ou revoga-los, por motivo de conveniência ou oportunidade.³ Assim, o próprio gestor ou administrador também pode ser considerado destinatário da referida norma. Ainda, outros dispositivos da LINDB que foram inseridos pela Lei nº 13.655/18 fazem expressa menção de aplicabilidade às esferas administrativas, controladora e judicial. O caput do art. 22 e seu parágrafo § 1º podem ser aplicados às referidas esferas com base em uma interpretação conjunta com os demais dispositivos da LINDB.

Um outro ponto interessante diz respeito a possibilidade de aplicação das disposições introduzidas pela lei 13.655/18 ao chamado microssistema de tutela coletiva. A lei de improbidade administrativa por exemplo, sofre ou não sofre influência dos novos dispositivos? A resposta parece ser afirmativa. A lei 13.655/18, ou de forma mais precisa, a LINDB nos pontos alterados “como lei posterior e de mesma hierarquia que a Lei de Improbidade Administrativa, opera a sua derrogação parcial”. (BINENBOJM, CYRINO, 2018, p. 219)

Alguns autores inclusive sustentam que a Lei 13.655/18 que acrescentou 10 novos artigos ao Decreto-Lei nº 4.657/1942 “instalou novas condições de validade às decisões em temas de Direito Público (Constitucional, Administrativo, Econômico, Tributário, Urbanístico, Ambiental etc.).” (BOCKMANN, PEREIRA, 2018, p. 246).

Parece mais proveitoso então interpretar os destinatários da norma com um ator em mente, quando de um caso concreto. Assim, o controle externo efetuado pelo Tribunal de Contas da União parece se enquadrar no dispositivo sem maiores dificuldades. Da mesma

³ Trata-se do chamado Princípio da Autotutela que estabelece que a Administração Pública possui o poder de controlar os próprios atos, anulando-os quando ilegais ou revogando-os quando inconvenientes ou inoportunos.

forma, atores envolvidos no julgamento de uma ação de improbidade administrativa, igualmente.

Mais interessante seria pensar no papel do Ministério Público na Ação Civil Pública que têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar, com base no artigo 5º, I da Lei 7347 de 24 de julho de 1985. Teria o Ministério Público que considerar as circunstâncias práticas quando da instauração de um inquérito civil? Parece afirmativa a resposta. Porém, quando se pensa na petição inicial de uma ação? Alguns podem defender igualmente que sim, outros podem defender que o dispositivo se direciona a autoridade judicante nesse caso.

Igualmente instigante seria o caso da ação popular e o papel do cidadão em sua propositura. Com base no artigo 1º da lei nº 4.717 de 29 de junho de 1956, qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio. Será que o cidadão se encontra obrigado a considerar as reais circunstâncias do gestor público quando ingressar com uma ação popular? A resposta aqui não é tão óbvia.

Como já visto, o código utilizado na codificação dos destinatários do dispositivo parece perene, suscetível a diversas interpretações. Tal fato inclusive restou evidenciado na tabela acima.

Pensando no polo passivo da decisão, os gestores em casos de tragédias anunciadas se enquadram no conceito de agente utilizado pelo parágrafo primeiro? O interessante é que o dispositivo em questão não se vale do termo “agente público”, mas simplesmente mencionada “agente”. Assim:

Não parece adequado supor que se trate de “agente público”, porque (i) quando a lei assim quis dizer ela o fez por completo, como no caso do art. 28, e também porque (ii) no próprio caput, a expressão utilizada foi outra (“gestor público”). A melhor interpretação é a de que “agente” foi a expressão genérica de que o projeto se valeu para tratar indistintamente de “gestores públicos” e “administrados”, mencionados separadamente no *caput*.

Assim, gestores públicos em caso de tragédias anunciadas parecem estar englobados no termo “agente” utilizado na parte final do referido parágrafo § 1º. Tal fato se afirma mesmo se for adota a interpretação de que o legislador ao utilizar o termo “agente” quis se referir ao agente público.

4. O QUE SÃO CIRCUNSTÂNCIAS PRÁTICAS?

Na primeira secção, em uma breve exposição sobre estados intencionais de Kelsen, fizemos menção a totalidade de fatos existentes no mundo, dentro do qual existe um subconjunto de fatos intencionais. Pois bem, o termo “circunstâncias práticas” parece se referir a todo e qualquer fato existente no mundo.

Sob uma perspectiva prática e realista, o universo está em um estado de mundo muito definido em cada um dos momentos temporais em sucessão. As pessoas só conhecem algumas poucas características desse estado de mundo. No mesmo sentido, parece coerente afirmar que o conhecimento cumulativo das comunidades burocráticas e científicas é limitado a uma pequena fração de todo o conhecimento possível do respectivo estado. (NIDA-RÜMELIN, 1993, p. 20)

De qualquer forma, um estado de mundo não pode ser totalmente descrito, uma vez que qualquer descrição será latitudinalmente e longitudinalmente limitada pela perspectiva também limitada de quem descreve. “O que é uma descrição correta (de “excertos”) de um estado do universo, claro, depende das regras e termos da linguagem usada, mas o próprio estado é independente de linguagem e teoria”. (NIDA-RÜMELIN, 1993, p. 20)

O ponto é que o parágrafo § 1º análise demanda uma descrição do estado de mundo onde se exteriorizou uma conduta, um ato, um contrato, ajuste, processo ou norma administrativa. Isso terá que ser feito ou pelo próprio agente ou pelo indivíduo ou instituição que for responsável por prolatar eventuais decisões que versem sobre a responsabilização do gestor público. Em linha semelhante:

A melhor interpretação parece ser a de que se trata de mais uma exortação à responsabilidade na linha “pragmática” ou “realista” que perpassa todo o projeto. As políticas públicas a seu cargo devem, assim, ser implementadas considerando os obstáculos e dificuldades reais a que está submetido: dificuldades orçamentárias, de pessoal etc. (JORDÃO, 2018, p. 72).

Assim, parece seguro afirmar que o que o parágrafo primeiro requer “é que o controlador se imagine na situação do gestor, para compreender as circunstâncias que limitaram as suas escolhas e possibilidades.” (JORDÃO, 2018, p. 72).

5. TRAGÉDIAS ANUNCIADAS SÃO CIRCUNSTÂNCIAS PRÁTICAS?

Em um momento inicial, a resposta parece óbvia. Sim. Tanto as tragédias quanto seus referidos “anúncios”. O incêndio, a enchente, o rompimento da barragem são circunstâncias práticas que vão afetar o gestor público em comando e os próximos gestores que assumirem? Sim. Do mesmo modo, os anúncios, como por exemplo, problemas estruturais decorrentes de falta de manutenção provocada por inércia de gestões anteriores podem ser considerados circunstâncias práticas? Sim.

O que deve restar claro é que as circunstâncias práticas, apesar de descritas quando da aplicação do dispositivo em análise, podem e devem englobar fatos préteritos. Situações consolidadas possuem uma origem.

Com a adoção de um raciocínio determinista em seu sentido mais vulgar, ou seja, vinculado a uma causalidade reducionista (compreendida como a possibilidade de redução de todos os fenômenos do universo à mecânica ou à química), o curso do mundo passa a ter um caráter probabilístico. A definição de um curso de ação, portanto, passa a ser determinável ou ao menos influenciável por probabilidades. O tempo, então, é uma variável importante no cálculo da referida probabilidade. Relações de causalidade vão variar de acordo com o tempo.

O conceito de seta do tempo parece relevante neste ponto. Tal conceito possui origem na termodinâmica e, basicamente, se baseia na ideia de que um evento presente só pode afetar um evento futuro, ou seja, jamais poderá afetar um evento passado. Tragédias anunciadas são viabilizada por um presente que já se encontra no passado e que afetam na responsabilização de gestores que não os responsáveis originais. Essa parece ser a principal aplicabilidade do § 1º do artigo 22 da LINDB, ou seja, viabilizar que causas esquecidas e pretéritas sejam utilizadas na aferição de responsabilidade de gestores atuais.

Antes mesmo da introdução do § 1º do artigo 22 da LINDB no ordenamento jurídico brasileiro, a jurisprudência dos tribunais superiores pareceu consolidar entendimento semelhante⁴. Trata-se do chamado “Princípio da Intranscendência Subjetiva das Sanções”.⁵

O Princípio da Intranscendência Subjetiva das Sanções significa que não podem ser impostas sanções e restrições que superem a dimensão estritamente pessoal do infrator e

⁴ Nesse sentido: STF. 1ª Turma. AC 2614/PE, AC 781/PI e AC 2946/PI, Rel. Min. Luiz Fux, julgados em 23/6/2015 (Info 791).

⁵ Nesse sentido, “o princípio da intranscendência subjetiva das sanções inibe a aplicação de severas sanções às administrações por ato de gestão anterior à assunção dos deveres públicos.” (STF. 1ª Turma. ACO 3014 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25/05/2018).

atingam gestores públicos que não tenham sido os causadores do ato ilícito. O Superior Tribunal de Justiça chegou a editar uma súmula sobre o tema:

Súmula 615-STJ: Não pode ocorrer ou permanecer a inscrição do município em cadastros restritivos fundada em irregularidades na gestão anterior quando, na gestão sucessora, são tomadas as providências cabíveis à reparação dos danos eventualmente cometidos. STJ. 1ª Seção. Aprovada em 09/05/2018, DJe 14/05/2018.

No entanto, o referido princípio acabou se voltando para os interesses das pessoas jurídicas e não foi utilizado para lidar com a responsabilização da pessoa física do gestor público. Tal fato parece evidenciar a importância da introdução e aplicação do do § 1º do artigo 22 da LINDB.

6. CONCLUSÃO

Apesar do legislador ter se valido de uma codificação mais abstrata em alguns pontos do dispositivo com ampla margem para distintas interpretações, parece ser possível extrair por meio da interpretação literal do parágrafo 1º do artigo 22 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, alterado pela Lei nº 13.655 de 25 de Abril de 2018, um ponto de partida rígido que deve ser considerado no caso de eventuais aplicações do dispositivo.

A conclusão que se extrai da análise do dispositivo é a de que existe um comando normativo forte quando da utilização pelo legislador da forma conjugada do verbo ser na 3ª pessoa do plural do futuro do presente do indicativo: “serão”. Não existe qualquer margem de liberdade no que se refere a consideração de circunstâncias práticas pelo intérprete. O legislador não permite qualquer espaço de liberdade interpretativa.

Assim, em casos de tragédias anunciadas, a literalidade do parágrafo 1º do artigo 22 parece tempestiva e atual em face de grandes acidentes e catástrofes, a exemplo do incêndio do Museu Nacional em 02 setembro de 2018, o rompimento da barragem de Brumadinho em 25 de janeiro de 2019 e a forte chuva que assolou o Município do Rio de Janeiro, em 08 de abril de 2019.

O legislador está vinculado à regra gramatical de correta utilização do vernáculo para fins de codificação da norma. A interpretação literal pode não ser por si só suficiente para a extração da norma jurídica. No entanto, no caso do parágrafo § 1º do artigo 22 da LINDB, a interpretação literal e gramatical da forma conjugada do verbo ser na 3ª pessoa do plural do futuro do presente do indicativo parece ser suficiente para fixar um ponto de partida delimitado: “serão” transmite um sentido de obrigatoriedade. “serão” não transmite um sentido de facultatividade. Trata-se de um tipo de *Threshold* que fixa um ponto de partida não maleável para qualquer exercício interpretativo do dispositivo.

O dispositivo chega em boa hora, uma vez que mesmo no Brasil, onde um escândalo de corrupção sucede o outros, existem administradores públicos bem intencionados. A utilização do referido dispositivo para fins de responsabilização de gestores públicos pode ser o antídoto para um efeito de seleção adversa que uma responsabilização genérica e objetiva provocam. Explica-se: Qual comandante será maluco o suficiente para assumir um navio prestes a afundar se puder ser responsabilizado pelo naufrágio? Só um pirata que sopesa o risco do naufrágio com a rentabilidade de eventuais saques do mobiliário da embarcação. Pode ser até que esse gestor pirata opte pelo naufrágio se tal fato for benéfico aos seus fins escusos.

Pessoas de bem, capacitadas e interessadas devem assumir as rédeas das instituições no país. A literalidade do parágrafo 1º do artigo 22, desde que corretamente aplicada, pode servir como um mitigador de riscos para profissionais capacitados.

7. BIBLIOGRAFIA

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 203-224, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77655>>. Acesso em: 14 Abr. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77655>.

FERRAZ, JR., Tércio Sampaio. Direito, linguagem e interpretação. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). **Direito e interpretação: racionalidades e Instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011. p.103-118.

GRICE, Paul. Logic, and conversation, in *Studies in the way of words*, Harvard University Press, 1991, p. 22-41.

JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 63-92, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77650>>. Acesso em: 14 Abr. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77650>.

MOREIRA, Egon Bockmann; PEREIRA, Paula Pessoa. Art. 30 da LINDB - O dever público de incrementar a segurança jurídica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 243-274, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77657>>. Acesso em: 14 Abr. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77657>.

NIDA-RÜMELIN, Julian. **Kritik des Konsequentialismus**. München: Oldenbourg, 1993.

SCHUARTZ, Luis Fernando. **Norma, contingência e racionalidade**: estudos preparatórios para uma teoria da decisão jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.