

## **A LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO E OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

**Guilherme F. Dias Reisdorfer**

Mestre em Direito do Estado pela USP

Advogado da Justen, Pereira, Oliveira e Talamini

Vivem-se tempos que demandam legislação sobre o óbvio – porque o óbvio, por vezes, é ignorado na prática. As respostas a essas demandas podem ser identificadas em diplomas como a Lei 9.784/99 (que disciplina o processo administrativo federal), o novo Código de Processo Civil (em relação, por exemplo, ao art. 489, § 1º, que enuncia *o que não constitui fundamentação*) e, agora, com a Lei 13.655/18. Esses diplomas têm – estima-se que a Lei 13.655/18 também terá – papel fundamental para o amadurecimento institucional e das práticas administrativas.

O novo regramento estabelece importantes marcos à atividade decisória e à governança estatal, que são aptos a produzir avanços para a prática nos contratos administrativos e merecem destaque.

### **A motivação dos atos em ambiente contratual para além das boas intenções**

Para enfrentar a difusão de decisões administrativas pautadas em conceitos abstratos, o *caput* e o parágrafo único do artigo 20 da Lei 13.655/18 estabelecem que a motivação deve demonstrar a necessidade e a adequação da deliberação, a ponderação das consequências práticas e a demonstração de que a medida adotada é a melhor diante de possíveis alternativas.

Tais normas são relevantes tanto na estruturação das contratações quanto no tocante às decisões adotadas no curso dos contratos.

Uma das situações recorrentes na prática diz respeito à decisão administrativa que interfere nas condições contratuais econômico-financeiras. É o que ocorre quando a esfera estatal modifica a sistemática de reajuste tarifário de concessões de serviço público, por exemplo. A decisão normalmente alude ao princípio da modicidade tarifária e ao objetivo de atender os interesses da população usuária do serviço.

Mas essa fundamentação, apesar de baseada em valores jurídicos legítimos, é insuficiente, porque é unidirecional e ignora o outro lado da moeda, isto é: que os custos advindos da decisão a longo prazo em regra superam os benefícios imediatos pretendidos. Trata-se de medida que, se não for acompanhada do concomitante e necessário reequilíbrio, produz prejuízos ao operador do serviço e enormes passivos ao erário, suportados pelos contribuintes e, normalmente, pelas gestões políticas que se seguem. Na realidade, a limitação da receita tende a resultar inclusive na redução dos investimentos no serviço, de modo que os próprios usuários acabam diretamente prejudicados.

Exemplos como esse demonstram a insuficiência da motivação pautada apenas pelas boas intenções do administrador público. A nova Lei esclarece que o responsável tem a obrigação de demonstrar que considerou todos os elementos relativos à tomada da decisão – e de esclarecer o seu posicionamento, se provocado. Trata-se de deveres inerentes à função de administrar recursos escassos.

Quem ganha com uma decisão mais transparente e apta a demonstrar a sua racionalidade não são só os sujeitos diretamente afetados, mas o próprio gestor público, que assim demonstra a correção de sua atuação de forma mais eficaz.

### **As consequências práticas e a insuficiência da retórica consequencialista**

Embora o gestor não tenha condições de assegurar a materialização dos cenários considerados no momento da tomada da decisão, cabe a ele demonstrar, em autêntico dever de emprender melhores esforços, pelo menos: **(1)** que desenvolveu análise efetiva e abrangente dos efeitos possíveis (não apenas dos efeitos positivos pretendidos, mas dos custos e ônus produzidos ao Estado e a terceiros), **(2)** que buscou dados objetivos, e sempre que possível técnicos, para dar suporte à decisão, **(3)** como está medindo, valorando, o conjunto de elementos que colheu e **(4)** quais são os interesses priorizados com a tomada da decisão. Em outras palavras, a Lei estabelece ao responsável o ônus de demonstrar que não se pautou em meras especulações ao estimar os resultados de sua atuação.

A simples enunciação de consequências em tese – em outras palavras, uma mera retórica consequencialista – é insuficiente para o desempenho dessa tarefa.

Tome-se como exemplo célebre decisão tomada pelo TCU a respeito de alterações contratuais. Uma das determinações ali contidas é a de que, para

promover alteração em valor superior ao percentual previsto no art. 65 da Lei 8.666/93, é necessário demonstrar que “as consequências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço...” (acórdão 215/99 - Plenário, Rel. Min. Adhemar Paladini Ghisi, j. 12.5.1999).

A decisão tem o mérito de apontar a necessidade da análise consequencialista. Porém, não responde a principal indagação, consistente em definir quando a alternativa da alteração contratual poderá ou deverá ser priorizada em face das demais opções. A afirmação do dever de considerar as consequências segundo conceitos genéricos e totalizantes (“interesse público”/“interesse coletivo”) não permite identificar os parâmetros concretos a serem considerados.

Do mesmo modo, o regramento da Lei 13.655/18, tendo vocação normativa geral, não resolve essa indeterminação e não é suficiente para garantir a qualidade das decisões adotadas. A virtude de apontar o problema não é suficiente para resolvê-lo – este será um ônus próprio do responsável pela deliberação, a ser exercido e verificado caso a caso.

### **Orientações novas e regimes de transição**

Os artigos 23 e 24 incorporam regras fundamentais, em particular, para o exercício do controle sobre a atuação administrativa.

Recentemente, a 2ª Câmara do TCU enunciou que “não há direito adquirido a determinado entendimento ou à aplicação de determinada jurisprudência do TCU, devendo prevalecer, em cada julgamento, a livre convicção dos julgadores acerca da matéria” (acórdão 2375/2018, Rel. José Múcio Monteiro, j. 10/04/2018).

As novas regras legais não definem que há direito adquirido ao entendimento dos órgãos de controle, mas determinam que também essas instâncias devem observar a segurança jurídica relativamente aos efeitos já constituídos das relações controladas.

Um exemplo de situação para a qual as novas regras são relevantes diz respeito ao exame da economicidade de contratos já firmados. Tornou-se frequente a utilização de critérios de controle de preços supervenientes (v.g., novas edições do SICRO ou do SINAPI) para controlar preços já propostos, avaliados ou contratados. Ou seja, aplicam-se parâmetros inexistentes na época de edição do ato – e que, portanto, nem sequer poderiam ter sido

considerados pelas partes contratantes – para aferir a sua validade e a correção da conduta dos sujeitos envolvidos.

Essa abordagem já era questionável tanto em razão da impossibilidade de modificação dos preços contratados sem consenso dos contratantes, quanto pelo descabimento de aplicar retroativamente tabelas referenciais de preços para atingir atos jurídicos a elas anteriores. A Lei 13.655/18 vem reforçar essa conclusão, ao determinar – para as “esferas administrativa, controladora ou judicial” – ser “vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas” (art. 24).

**Informação bibliográfica do texto:**

REISDORFER, Guilherme F. Dias. A lei de introdução às normas do direito brasileiro e os contratos administrativos. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n.º 135, maio de 2018, disponível em [www.justen.com.br/informativo](http://www.justen.com.br/informativo), acesso em [data].