

Artigo

A proteção contra o risco de dano reverso como parâmetro de aplicação da regra de proporcionalidade nas atividades de controle administrativo

Protection against the risk of reverse damage as a parameter for the application of the proportionality rule in administrative control activities

Rafael Fernandes de Santa Cruz Oliveira¹

¹Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil. Especialista em Direito Tributário pela Universidade Estácio de Sá. Bacharel em Direito pela Faculdade Marista do Recife.

Submetido em: 28/05/2024, revisado em: 15/06/2024 e aceito para publicação em: 29 /06/2024.

Resumo: O presente texto aborda a importância da proteção contra o risco de dano reverso como parâmetro para aplicação da regra de proporcionalidade nas atividades de controle administrativo. Destaca a complexidade da gestão pública e a necessidade de equilibrar a observância das normas procedimentais com a efetividade das ações voltadas às finalidades do Estado, notadamente quanto à concretização de direitos fundamentais. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro é mencionada como um instrumento que busca limitar o impacto das decisões judiciais e administrativas, levando em consideração suas consequências práticas. Ressalta-se a necessidade de avaliação da proporcionalidade em casos de conflito entre direitos fundamentais e a integridade das contratações públicas, enfatizando a proteção dos direitos fundamentais como prioridade, devendo a autoridade decisória ter como parâmetro de sopesamento o cuidado para não ocasionar a inversão do dano a partir da medida adotada. Valeu-se de uma revisão bibliográfica como metodologia, analisando-se a conjuntura literária sobre o tema, a legislação pátria e a jurisprudência correlata.

Palavras-chave: Controle administrativo; Dano reverso; Proporcionalidade.

Abstract: This text addresses the importance of protection against the risk of reverse damage as a parameter for applying the rule of proportionality in administrative control activities. It highlights the complexity of public management and the need to balance compliance with the rules with the effectiveness of actions aimed at achieving the state's goals, especially in terms of the realization of fundamental rights. The Law of Introduction to the Rules of Brazilian Law is mentioned as an instrument that seeks to limit the impact of judicial and administrative decisions, taking into account their practical consequences. The need to assess proportionality in cases of conflict between fundamental rights and the integrity of public procurement is highlighted, emphasizing the protection of fundamental rights as a priority, with the decision-making authority having to take care not to reverse the damage caused by the measure adopted.

Key words: Administrative control; Reverse damage; Proportionality.

1 INTRODUÇÃO

O desenvolvimento de uma sociedade fundada na justiça social exige uma estrutura estatal robusta, a possibilitar a prestação de serviços de modo eficiente, sobretudo no que tange à concretização dos direitos sociais consagrados no sistema constitucional. Paralelamente, o Estado precisa estar munido de instrumentos de controle da gestão da máquina administrativa, com vistas à garantia dessa almejada eficiência na prestação dos serviços públicos. Na atuação dessa atividade de controle, autoridades públicas detêm poderes para decidir sobre a manutenção ou não de atos e contratos, o que repercute diretamente no alcance do interesse público subjacente ao caso posto à apreciação do julgador.

Entretanto, esse poder decisório não pode ser exercido à revelia de uma análise de proporcionalidade, sopesando-se os efeitos da medida a ser adotada em face dos interesses gerais por ela atingidos. A proporcionalidade é, pois, elemento central no exercício do poder de decisão em sede de controle administrativo.

O objetivo do presente trabalho é demonstrar que a aplicação da regra de proporcionalidade, quando da

apreciação de determinado ato ou contrato público suscetível de sofrer interferências a partir da prolação de decisões administrativas, judiciais ou de controle, perpassa a consideração sobre o risco de ocorrência de dano reverso, traduzido naquele que apresenta mais prejuízos, decorrentes dos efeitos da medida adotada, do que os ocasionados pelo fato que se pretendia combater.

2 A PROTEÇÃO CONTRA O RISCO DE DANO REVERSO COMO PARÂMETRO DE APLICAÇÃO DA REGRA DE PROPORCIONALIDADE NAS ATIVIDADES DE CONTROLE ADMINISTRATIVO

Para o regular cumprimento de suas finalidades institucionais e, assim, alcançar os objetivos republicanos estampados no artigo 3º da Constituição, a Administração Pública precisa gerir um complexo maquinário burocrático voltado à consecução do interesse público, o que envolve a gestão de recursos financeiros e humanos, celebração de contratos, convênios e parcerias, regulação de atividades

desempenhadas por agentes do setor privado e fiscalização da observância do ordenamento jurídico.

Sem dúvidas, o dia a dia do administrador público não é fácil, e ele ainda se sujeita aos riscos da atividade, podendo responder nas esferas civil, administrativa e criminal por atos praticados, muitas vezes, direcionados ao alcance das finalidades públicas, mas que, em razão da complexidade do sistema, podem conter algum vício de legalidade e gerar danos aos cofres públicos.

A burocracia é um sistema criado para estabelecer ordem, eficiência e previsibilidade na gestão da coisa pública, consistindo, portanto, em elemento próprio do sistema republicano.

Segundo Weber (1982, p. 229), a burocracia moderna funciona sob formas específicas. A burocracia está sob a regência de áreas de jurisdição fixas e oficiais, ordenadas por leis e normas administrativas. Ela estabelece relações de autoridade, delimitada por normas relativas aos meios de coerção e de consenso. Uma relação hierárquica se estabelece, definindo postos e níveis de autoridades, além de um sistema de mando e subordinação com gerência das atividades e tarefas delegadas por autoridade. Nesse contexto, a administração é formalizada por meio de documentos, que acabam por regular a conduta e as atividades das pessoas. O treinamento é fundamental nas burocracias especializadas devido às especificações das atividades e dos trabalhos. O treinamento especializado volta-se para generalizar o cargo e transformá-lo em profissão. As atividades e tarefas de um trabalho transformado em profissão, que podem ser apreendidas por qualquer trabalhador, são descritas e delimitadas pela criação de cargos mais ou menos estáveis. A ocupação de um cargo configura uma profissão de ordem impessoal e transitória. A posição pessoal de um funcionário é desfrutada e estimada em um contexto social específico, sempre em comparação aos demais funcionários e em relação à estrutura social. Os funcionários recebem salários (compensação pecuniária) regulares, criando-se certa segurança social em troca das atividades exercidas por ele. Esse salário é definido pela tarefa realizada, por suas particularidades e pela posição hierárquica do funcionário. A burocracia cria uma carreira dentro da ordem hierárquica estabelecida.

Para Weber (1974), o cumprimento dos objetivos efetiva-se por tarefas definidas, que devem ser calculadas e precisam ser realizadas independentemente das características das pessoas, ou seja, o cumprimento das mesmas deve se revestir de impessoalidade.

Se, por um lado, o modelo burocrático de administração pode oferecer impessoalidade, previsibilidade e eficiência, por outro, quando mal operacionalizado, pode impor obstáculos à consecução do interesse público. Com efeito, é comum observar, no âmbito das atividades desempenhadas para formalizar os contratos destinados à aquisição de bens e serviços pela Administração, inúmeras discussões a respeito do correto desenvolvimento dos procedimentos formais que precedem à instituição do vínculo jurídico com os fornecedores do Poder Público. Nessa senda, as licitações e contratos públicos são temas recorrentes nos processos desenvolvidos no âmbito dos órgãos de controle e

fiscalização da atividade administrativa, sendo comum observar a proliferação de decisões de anulação de contratos e imposição de penalidades ao gestor público responsável pela prática dos atos tidos por viciados sob o ponto de vista do regular cumprimento dos requisitos de legalidade e legitimidade.

No entanto, não se pode deixar de asseverar que as travas do sistema burocrático da administração pública não podem desaguara no descumprimento dos deveres positivos constitucionalmente atribuídos ao Estado na busca pela concretização de direitos fundamentais. É preciso, sempre, encontrar o equilíbrio entre a exigência de observância das normas que regulam a atividade administrativa e a garantia de efetividade das ações e programas voltados à consecução das finalidades institucionais do Estado Social de Direito.

O Supremo Tribunal Federal, há muito, vem refutando a arguição da cláusula de reserva do possível como subterfúgio para se justificar a omissão da Administração na implementação de políticas públicas delineadas pela Constituição, a exemplo do que consta no seguinte precedente:

A cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo poder público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição – encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. (...) A noção de "mínimo existencial", que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o

direito à segurança.
Declaração Universal dos
Direitos da Pessoa Humana,
de 1948

71 da CF/88:

Essa cláusula da reserva do possível nada mais é do que o apontamento de limitações de ordem orçamentária e burocrática como forma de justificar a omissão na execução de determinada política pública, que constantemente é suscitada pela Fazenda Pública quando sujeita ao controle judicial e administrativo das ações do gestor. Trata-se de questão que se relaciona com a eficiência na gestão da coisa pública, sem dúvidas um dos principais elementos abordados no âmbito da fiscalização e controle da atuação estatal.

Sabe-se que o controle administrativo é atividade destinada a guiar a atuação do administrador público para o regular cumprimento do ordenamento jurídico, evitando-se a prática de atos em descompasso com as finalidades republicanas.

Para Celso Antônio Bandeira de Melo,

No Estado de Direito, a Administração Pública assujeita-se a múltiplos controles, no afã de impedir-se que desgarre de seus objetivos, que desatenda as balizas legais e ofenda interesses públicos ou dos particulares. Assim, são concebidos diversos mecanismos para mantê-la dentro das trilhas a que está assujeitada. Tanto são impostos controles que ela própria deve exercitar, em sua intimidade, para obstar ou corrigir comportamentos indevidos praticados nos diversos escalões administrativos de seu corpo orgânico central, como controles que este mesmo corpo orgânico exercita em relação às pessoas jurídicas auxiliares do Estado (autarquias, empresas públicas, sociedades mistas e fundações governamentais). Tais controles envolvem quer aspectos de conveniência e oportunidade quer aspectos de legitimidade.

Foi com base nisso que a Constituição Federal erigiu um sistema de fiscalização contábil, financeira e orçamentária dos entes políticos, conferindo aos chamados órgãos de controle uma série de atribuições essenciais à garantia do alcance de suas finalidades institucionais, que se traduzem, basicamente, na salvaguarda do patrimônio e finalidade públicos. Eis o que prescrevem os artigos 70 e

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumira obrigações de natureza pecuniária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório:

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de

forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

A partir dos poderes conferidos pelo texto constitucional aos órgãos de controle externo, vê-se que é possível a determinação para a promoção, por parte do gestor público, da anulação de contratos e dos procedimentos que precederam à sua formalização. Tal regra de competência já recebeu o aval da Corte Suprema, tendo ela se manifestado do seguinte modo nos autos do Mandado de Segurança 26.000:

Mandado de segurança. Ato do Tribunal de Contas da União. Competência prevista no art. 71, IX, da Constituição Federal. Termo de sub-rogação e rerratificação derivado de contrato de concessão anulado. Nulidade.

Não configuração de violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Segurança denegada.

1. De acordo com a jurisprudência do STF, "o Tribunal de Contas da União, embora não tenha poder para anular ou sustar contratos administrativos, tem competência, conforme o art. 71, IX, para determinar à autoridade administrativa que promova a anulação do contrato e, se for o caso, da licitação de que se originou" (MS 23.550, redator do acórdão o Ministro Sepúlveda Pertence, Plenário, DJ de 31/10/01).

Assim, perfeitamente legal a atuação da Corte de Contas ao assinar prazo ao Ministério dos Transportes para garantir o exato cumprimento da lei. 2. Contrato de concessão anulado em decorrência de vícios insanáveis praticados no procedimento licitatório. Ato que não podem ser convalidados pela Administração Federal. Não pode subsistir subrogação se o contrato do qual derivou é inexistente. 3. Não ocorrência de violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa. A teor do art. 250, V, do RITCU, participaram do processo tanto a entidade solicitante do exame de legalidade, neste caso a ANTT, órgão competente para tanto, como a empresa interessada, a impetrante (Ecovale S.A.). 4. Segurança denegada.

O problema é que a determinação para a anulação de contratos administrativos ou a decretação cautelar de suspensão de seus efeitos, embora caracterizando medidas tendentes a buscar a correta aplicação do texto legal, no que se refere à observância dos requisitos de legalidade e legitimidade dos atos administrativos, muitas vezes, acaba por gerar um efeito inverso: o de prejudicar o alcance do interesse público subjacente à contratação.

A questão pode ser analisada na perspectiva de uma ideia de proteção contra o risco de dano reverso decorrente da suspensão ou anulação de atos e contratos administrativos. Esse prejuízo invertido ocorre quando as consequências da retirada do ato ou contrato do mundo dos

fatos e do direito são mais danosas ao interesse público do que o vício que os inquinara. Cita-se como exemplo um pacto administrativo destinado à contratação de serviços de hemodiálise em beira de leito em hospitais da rede pública de saúde. Eventuais vícios formais, ou até mesmo substanciais, no processo de formalização da avença, certamente, não podem ter por consequência a paralisação dos serviços, pois tal fato poderia ocasionar a morte de usuários do Sistema Único de Saúde, caracterizando grave descumprimento das políticas públicas destinadas a garantir a concretização de um dos mais célebres direitos sociais previstos no catálogo constitucional de bens jurídicos fundamentais.

Foi nessa ótica que se construiu uma nova hermenêutica no Direito Administrativo brasileiro, trazendo-se à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro disposições tendentes a delimitar o espaço interventivo das decisões judiciais, administrativas e de controle, proferidas quando da apreciação da legalidade e legitimidade de atos e contratos administrativos. Está-se falando do advento da Lei 13.655, de 2018, encarregada de incluir, 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.

De acordo com Luiza Szczerbacki Castello Branco, “as novas normas de hermenêutica jurídica inseridas na LINDB buscam fixar critérios que deverão orientar a interpretação e aplicação das normas públicas, norteando tanto o exercício dos operadores do direito, como o proceder dos próprios gestores públicos.”

Fredie Didier Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira, analisando a norma prescrita no artigo 20 da LINDB, manifestaram preocupação com sua aplicabilidade prática no dia a dia da atividade decisória:

Do ponto de vista normativo, já vimos que o art. 20 da LINDB inseriu no sistema vigente o postulado do pragmatismo, por meio do qual o julgador tem o dever de considerar as consequências práticas da sua decisão como elemento para a própria tomada de decisão.

Isso confere à atividade decisória, de certa forma, um caráter preditivo: exige-se que o julgador antecipe os efeitos da decisão antes de tomá-la.

O risco desse tipo de atividade é que ela transforma a consequência prática no protagonista do processo decisório, permitindo, numa espécie de contramão lógica, que o sentido do texto normativo seja construído em razão da consequência considerada ótima pelo julgador. Isso pode conferir ao

magistrado uma (sensação de) liberdade incompatível com os postulados de coerência e integridade do direito, já que pode estimulá-lo a querer dissociar-se das normas existentes (legislação) e da forma como elas vêm sendo aplicadas (precedentes) para proferir uma decisão que considere apenas uma utilidade contemporânea à própria decisão.

A preocupação é genuína, notadamente porque esse novo regime consagrado na LINDB recai sobre a motivação das decisões, exigindo-se do julgador a construção de uma carga de justificação robusta quando da prolação de decisões que possam repercutir na consecução do interesse público. Trata-se de um debate que atrai a ideia de filtragem constitucional, sendo que não apenas a construção e aplicação do direito infraconstitucional, mas também a análise dos fatos jurídicos deve ser feita sob o manto da força normativa da constituição. A respeito do tema, interessantes são os ensinamentos de Paulo Ricardo Schier:

Não basta afirmar que uma decisão é tomada em nome do princípio da isonomia, da moralidade ou da liberdade de expressão; é preciso explicitar, mediante carga de justificação forte, qual é a compreensão deles e como essa compreensão se sustenta. Somente assim será possível colocar em debate, no plano intersubjetivo, as justificações das decisões e concretizações do direito, impedindo a perpetuação de eventuais tradições autoritárias ou mesmo de inovações de sentido normativo movidas por razões nem sempre compatíveis com a integridade do direito. É necessário, em conclusão, colocar em efetivo debate os novos “projetos de sentido” que se pretende construir no plano da constitucionalização do direito infraconstitucional brasileiro.

O objetivo desta proposta de aprofundamento do processo de constitucionalização pela via da exigência de uma carga de justificação mais forte das decisões e/ou concretizações

do direito não intenta defender nenhum específico método de argumentação ou de construção de verdades. Note-se, por tudo o que já se afirmou, que nenhum método específico é capaz de garantir a “verdade” de uma decisão. Nenhum método, igualmente, pode garantir, no caso concreto, que se chegará a uma única decisão correta. O papel da justificação – e não propriamente do método ou de um método específico – é o de possibilitar a construção de uma racionalidade, ainda que fraca, para os sentidos construídos no momento da aplicação do direito infraconstitucional na perspectiva da constitucionalização.

É inegável que a modificação legislativa ora analisada sofreu forte influência da identificação da necessidade de se impor à autoridade dotada de poderes para decidir uma análise consequencialista dos fatos e dos efeitos da decisão a ser proferida, sendo interessantes os dizeres do Relator do Projeto de Lei 7.448, de 2017, que resultou na promulgação da já citada Lei 13.665, veja-se:

Em relação ao mérito, o projeto, em seus arts. 20 e 21, confere maior concretude ao princípio da motivação, pois determina que as decisões nas esferas administrativa, controladora e judicial sejam tomadas não apenas com fundamentos rincipiológicos, mas considerando suas consequências práticas e, sobretudo, ponderando as alternativas possíveis. Exige, ainda, a prolação de decisões razoáveis e proporcionais, de forma que os danos delas decorrentes sejam de extensão e intensidade adequadas ao caso concreto.

Com essas disposições, caminhamos para ter decisões devidamente motivadas, com o detalhamento e a especificidade necessárias, de modo a não restarem dúvidas

do respeito do seu conteúdo à legalidade e à proporcionalidade.

Vai ficando claro que esse novo paradigma das decisões de controle administrativo é lastreado em duas ideias que se relacionam intrinsecamente: a de que a autoridade decisória deve tomar as cautelas para não incorrer em dano reverso; e a de que a questão é pertinente a uma análise de proporcionalidade da medida adotada no caso concreto.

Isso resta nítido a partir da análise dos termos e mandamentos de que se valeram os artigos incluídos na LINDB, a exemplo dos seguintes:

- (i) Não decidir com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão;
- (ii) Exigência de motivação no sentido de demonstrar a necessidade e adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas;
- (iii) Obrigatoriedade de se indicarem, de modo expresse, as consequências jurídicas e administrativas na decisão que decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa;
- i. Necessidade de a decisão indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos;
- ii. Dever de, na aplicação de sanções, serem consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente;
- iii. Necessidade de estabelecimento de regime de transição quando da inovação de entendimentos;

- iv. Respeito às orientações gerais vigentes à época da prática dos atos;
- v. Possibilidade de celebração de compromisso de ajustamento de conduta, para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, buscando-se solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;
- vi. Possibilidade de estabelecimento de regime de compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos.

A interpretação sistemática do regime instituído pela norma esquematizada acima evidencia o intuito do legislador em conduzir as decisões prolatadas em casos de avaliação da legalidade da conduta do gestor público sob uma nova perspectiva: a de proteger o interesse público de sofrer efeitos mais danosos, pela derrocada de ato, contrato ou norma, do que aqueles experimentados a partir dos vícios que macularam aquele ato, contrato ou norma. Trata-se, portanto, de uma proteção contra o risco de dano reverso, e isso consiste num parâmetro de aplicação da regra da proporcionalidade.

A proteção contra o risco de dano reverso já é, há muito, consagrada na jurisprudência do Tribunal de Contas da União, conforme consta no Acórdão 3126, de 2013, Segunda Câmara:

O dano reverso decorrente da falta de produto ou serviço que possa colocar em risco a saúde de pessoas se mostra muito mais gravoso do que o potencial dano ao erário decorrente da aquisição direta para remediar a situação, não podendo ser cobrada do gestor a prática de conduta diversa.

Vale a pena trazer à baila ainda as pedagógicas colocações do Relator Walton Alencar Rodrigues no Acórdão 4574, de 2018, Primeira Câmara:

51. Quanto a este tema, registro que, em regra, o ato eivado de ilegalidade deve ser excluído da ordem jurídica, por ser com ela incompatível. A moderna doutrina administrativista em torno da teoria das nulidades, no entanto, tem admitido a

preservação dos efeitos de atos administrativos ilegais quando o seu desfazimento estiver em desacordo com o interesse público subjacente à prática do ato. Veja-se, a propósito, o seguinte trecho de artigo escrito por Adilson Abreu Dallari já mencionado no presente voto, que, por mencionar importantes doutrinadores nacionais, mostra-se digno de registro:

"A doutrina nacional no mesmo sentido é copiosa, conforme se passa a demonstrar, a começar pelo magistério de SEABRA FAGUNDES, do alto de sua reconhecida autoridade jurídica e moral: 'A infringência legal no ato administrativo, se considerada abstratamente, aparecerá sempre como prejudicial ao interesse público. Mas, por outro lado, vista em face de algum caso concreto, pode acontecer que a situação resultante do ato, embora nascida irregularmente, torne-se útil àquele mesmo interesse.' SEABRA FAGUNDES ('O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário', 6ª ed., Editora Saraiva, 1994, pág. 39 e 40).

Obviamente, nem sempre um ato viciado pode ser mantido. A regra é no sentido de que não o seja. Mas, diante de certas circunstâncias, atendidas determinadas condições, que são expostas por MARCIA WALQUIRIA BATISTA DOS SANTOS ('Revogação e anulação no procedimento licitatório', in 'Estudos sobre a Lei de Licitações e Contratos', Forense Universitária, São Paulo, 1995, p. 139), não há razão para, inexoravelmente, automaticamente, desconstituir o ato praticado: 'Convém observar, por fim, que os conceitos de atos nulos e anuláveis extraídos do direito civil não se aplicam, na íntegra, ao direito administrativo. Em razão de

tal circunstância, um ato mesmo ilegal, poderá ser mantido se: a) a sua anulação for mais prejudicial ao interesse público que sua manutenção (ou convalidação); e b) não decorrer de dolo, nem causar prejuízo ao erário ou a terceiros'.

Na verdade, a decisão de anular ou manter o ato maculado por vício formal vai depender do exame aprofundado de cada caso concreto, mas, sempre, em função da melhor forma de satisfazer o interesse público: 'Embora o poder e dever de anular permaneçam plenos para qualquer ato eivado de ilegalidade, é possível que em determinadas circunstâncias e ante a pequena gravidade do vício, a autoridade administrativa deixe de exercê-lo, em benefício do interesse público, para que as consequências do desfazimento em si e sua repercussão não acarretem maior prejuízo que a subsistência do ato; em tais casos, a autoridade deverá sopesar as circunstâncias e as repercussões, até mesmo sociais, do desfazimento, no caso concreto, para decidir se o efetua ou se mantém o ato'. (ODETE MEDAUAR, 'Direito Administrativo Moderno', RT, São Paulo, 1996, pág. 180).

Até mesmo CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO ('Curso de direito Administrativo', 13ª ed., 2001, Malheiros Editores, p. 419), cuja reverência ao princípio da legalidade é deveras conhecida, não hesita em afirmar que, em certas circunstâncias, é a manutenção do ato viciado que serve para dar aplicação concreta a esse princípio:

'Não brigam com o princípio da legalidade, antes atendem-lhe ao espírito, as soluções que se inspirem na tranquilização das relações que não comprometem

insuprivelmente o interesse público, conquanto tenham sido produzidas de maneira inválida. É que a convalidação é uma forma de recomposição da legalidade ferida.

Portanto, não é repugnante ao direito administrativo a hipótese de convalidamento dos atos inválidos'.

Uma das primeiras e mais vigorosas manifestações nesse sentido, e que já se tornou clássica, também pela reconhecida autoridade de seu eminente autor, que soube magistralmente proceder a um contemperamento de princípios jurídicos, extraindo daí um dever de não anular, é a seguinte:

É importante que se deixe bem claro, entretanto, que o dever (e não o poder) de anular os atos administrativos inválidos só existem quando no confronto entre o princípio da legalidade e o da segurança jurídica o interesse público recomende que aquele seja aplicado e este não. Todavia, se a hipótese inversa verificar-se, isto é, se o interesse público maior for de que o princípio aplicável é o da segurança jurídica e não o da legalidade da Administração Pública, então a autoridade competente terá o dever (e não o poder) de não anular, porque se deu a sanatória do inválido'. (ALMIRO DO COUTO E SILVA, 'Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo', RDP 84, outubro-dezembro de 1987, p. 61).

PAULO NEVES DE CARVALHO, ('Os atos administrativos em espécie: conteúdo, forma, revogação e anulação', Boletim de Direito Administrativo, nº 10, p. 651) de maneira direta e objetiva, salienta que o norte, para a tomada de decisão, há de ser sempre o interesse público:

'Uma das ideias mais importantes é a de que na avaliação dos fatores da

nulidade, na avaliação do ato administrativo, há que sopesar, confrontar, sempre, a situação posta por intermédio do ato que se diz viciado com a presença do interesse público, isto é, não se invalida apenas em nome de uma desconformidade do ato administrativo com a regra legal, mas ele vai se desfazer ou não em razão da presença do interesse público.'

(...) " (in Desvio de Poder na Anulação de Ato Administrativo. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 7, julho/agosto/setembro, 2006 - grifou-se).

E, por que identificamos essa almejada proteção contra o risco de dano reverso com a aplicação da regra da proporcionalidade na prolação de decisões de controle administrativo? Porque o consequencialismo ou pragmatismo identificados nessa mencionada nova hermenêutica da aplicação do Direito Administrativo exigem sempre que a autoridade competente para decidir sobre a legalidade de determinado ato, contrato ou norma, considere a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito dos efeitos da decisão a ser proferida, visando-se à construção da solução mais condizente com a concretização do interesse público, o que exige a preocupação com uma possível inversão dos danos.

Sabe-se ser árdua a tarefa de tentar delimitar os contornos da proporcionalidade. É princípio ou regra de interpretação e aplicação do direito?

Virgílio Afonso da Silva entende a proporcionalidade como uma regra de interpretação e aplicação do direito, empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais, funcionando como uma restrição às restrições.

Embora o autor tenha direcionado sua análise na perspectiva do controle judicial da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais, resta irrefutável que a proporcionalidade consiste em importante elemento no âmbito do direito sancionador, que guarda relação próxima ao controle dos atos administrativos. Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Melo aduz:

[...] as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidades proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão

atreladas. Segue-se que os atos cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade, porquanto desbordam do âmbito da competência; ou seja, superam os limites que naquele caso lhes corresponderiam. Sobremodo quando a Administração restringe situação jurídica dos administrativos além do que caberia, por imprimir às medidas tomadas uma intensidade ou extensão supérfluas, prescindendas, ressalta a ilegalidade de sua conduta. É que ninguém deve estar obrigado a suportar constringências em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis à satisfação do interesse público.

Retomando à visão de Virgílio Afonso da Silva, sob o ponto de vista do conceito de princípios, adotado por Robert Alexy, não seria adequada a classificação da proporcionalidade nessa categoria, embora seja comum a utilização do termo "princípio da proporcionalidade". Para ele, não há como a proporcionalidade produzir efeitos em variadas medidas, sendo aplicada de forma constante; é aplicada pelo método da subsunção; não entra em conflito com outras normas-princípios; não é concretizada em vários graus ou aplicada mediante criação de regras de prevalência diante do caso concreto.

O autor critica o tratamento dado à proporcionalidade pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, entendendo que a Corte muitas vezes utiliza o termo como um topos (uma espécie de fórmula retórica), sem sistematização; sem desenvolvimento de processo racional e estruturado de controle de proporcionalidade; seria um recurso a uma expressão de alta carga semântica para afastar condutas consideradas abusivas; restringir-se-ia à aplicação da fórmula: "é proporcional aquilo que não extrapola os limites da razoabilidade".

Todavia, Virgílio busca afastar essa confusão entre proporcionalidade e razoabilidade. Para ele, a proporcionalidade não se resumiria a uma simples análise de relação meio-fim; tem uma estrutura racionalmente definida, com subelementos independentes e aplicados em ordem pré-definida: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (que o autor classifica como sub-regras).

Sobre a primeira sub-regra da proporcionalidade (adequação), o autor entende que a aceção correta é a que a considera uma aptidão da medida para fomentar o resultado pretendido. A necessidade gira em torno da ideia

de que “um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido”. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito resulta de um trabalho de sopesamento entre a intensidade da restrição e a importância da realização do direito que com ele colide, e que fundamenta a adoção da medida restritiva.

É nessa perspectiva que se insere a proteção contra o risco de dano reverso nas atividades de controle administrativo. Ela funciona como um parâmetro hermenêutico na aplicação da regra de proporcionalidade quando da prolação de decisões judiciais, administrativas ou de controle que avaliam a legalidade de determinado ato, contrato ou norma. Mais precisamente, ela integra a fase de análise da última sub-regra da proporcionalidade – a proporcionalidade em sentido estrito.

Exemplificando, consideremos que determinado contrato administrativo foi precedido de processo licitatório inquinado por certo ato eivado de vícios na fase de planejamento. Sem dúvidas, trata-se de fato indesejado no campo das atividades administrativas, pois a falta de planejamento das contratações públicas pode gerar ineficiência na prestação dos serviços públicos e danos ao patrimônio da coletividade. No entanto, em nosso exemplo hipotético, o contrato era destinado à aquisição de medicamentos do componente básico da assistência farmacêutica no âmbito do Sistema Único de Saúde, muitos deles utilizados em situações de urgência médica, sem os quais os usuários da rede podem vir a sofrer danos graves à sua saúde e até virem a óbito.

Põem-se em confronto, portanto, dois princípios básicos: o da proteção ao patrimônio público e o da máxima efetividade dos direitos fundamentais. Se, de um lado, quer-se reprimir o gestor por atos atentatórios às normas que regem as contratações públicas, doutro, precisa-se proteger direitos fundamentais. Em nosso exemplo, eventual decisão, cautelar ou final, que venha a obstar a execução de contrato de fornecimento de medicamentos, pode ocasionar o dano reverso consistente na experimentação de prejuízos mais insuportáveis à comunidade do que a convivência com um contrato celebrado em desconformidade com as liturgias burocráticas prescritas no ordenamento jurídico.

Na hipótese, o julgador teria o dever de aplicar a regra da proporcionalidade, num primeiro momento, avaliando se a decisão cautelar de suspensão dos efeitos do contrato, ou uma anulação do instrumento, seria adequada a afastar a ilicitude verificada no bojo do procedimento licitatório. A resposta seria positiva, pois que a retirada do contrato do mundo jurídico teria a aptidão de fomentar o resultado pretendido, traduzido na imposição do dever de respeito às normas procedimentais aplicáveis ao caso, visando à lisura das contratações públicas e proteção do erário.

Num segundo momento, o decisor precisaria avaliar se a decisão de suspensão ou anulação seria necessária ao fim pretendido, e a resposta, mais uma vez, parecer ser positiva, já que a manutenção do ato no mundo dos fatos e do direito preservaria também o vício.

Contudo, na última fase da aplicação da regra da

proporcionalidade, seria preciso fazer um trabalho de sopesamento entre a intensidade da medida a ser adotada e a repercussão aos interesses gerais subjacentes ao caso. Nessa ótica, é possível que a decisão cautelar suspensiva ou anulatória não se mostre proporcional, justamente porque os efeitos da interrupção do fornecimento de medicamentos são expressivamente mais danosos do que a convivência da sociedade com um contrato decorrente de procedimento licitatório eivado de vícios. Vale dizer, a prolação de uma determinada decisão, ainda que destinada a promover os princípios administrativos que regem as contratações públicas, poderia ocasionar a reversão dos danos, uma vez mais prejudicial aos interesses gerais do que o fato que pretende combater.

Nessa linha, é lícito afirmar que, quando o administrador se depara, em dado caso concreto, com o confronto entre os direitos fundamentais da mais alta estirpe e o dever de zelo pela lisura dos atos e contratos administrativos, os primeiros devem sempre prevalecer. Isso ocorre, por exemplo, quando determinado contrato apresenta um vício de forma ou substância, mas sua interrupção abrupta acarretaria mais prejuízos ao interesse público do que a simples manutenção de avença viciada ou desvantajosa aos cofres públicos.

Em tais situações, está-se diante de um risco de dano reverso, o que exige um exercício de ponderação dos prejuízos potenciais. Esse entendimento não pode ser utilizado como uma carta branca para a tolerância de irregularidades na atuação do gestor público. Dessa forma, quando o gestor se deparar com o conflito entre direitos fundamentais e a integridade das contratações públicas, deve agir em prol da salvaguarda dos primeiros, sem se descuidar da adoção das medidas necessárias ao saneamento dos vícios que inquinam os atos e contratos correlatos à questão.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os novos paradigmas da hermenêutica jurídica no direito brasileiro, consagrados na nova parte inserida na LINDB, trouxeram novos parâmetros estruturais para a motivação das decisões administrativas, judiciais e de controle que possam repercutir na eficácia de atos, contratos ou normas administrativas, especialmente aqueles que afetam diretamente os interesses gerais.

A regra da proporcionalidade é, sem dúvidas, um elemento intrínseco a esse trabalho de construção da motivação das decisões capazes de interferir no dia a dia da gestão da coisa pública. Não se admite mais a prolação de decisões genéricas, desprovidas da devida fundamentação, baseadas em conceitos indeterminados e abstratos, que redirecionem a execução de políticas públicas sem considerar os impactos à eficiência da atuação estatal. A autoridade decisória deve, portanto, considerar as consequências das medidas a serem adotadas, buscando sempre a preservação da eficácia dos atos, contratos e normas administrativas que, embora possam estar inquinadas de algum vício, são essenciais ao alcance de um determinado interesse público.

E, nesse trabalho de sopesar os efeitos das medidas interventivas e os interesses envolvidos, ainda que

se observe que determinada decisão possa ser tida por adequada e necessária a afastar uma irregularidade perpetrada no bojo de procedimento do qual resulta a prática de um ato, a celebração de um contrato ou a produção de uma norma administrativa, talvez a prolação da decisão suspensiva ou anulatória não seja recomendada, sob pena de ocorrência de um dano reverso, ocasionando à comunidade mais prejuízos do que aqueles decorrentes da manutenção do elemento viciado.

REFERÊNCIAS

BRANCO, Luiza Szczerbacki Castello. *A Nova Hermenêutica Jurídica da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. **Revista de Artigos Científicos** - v. 12, n. 1, Tomo II (J/Y), Jan./Jun. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 7.448, de 2017**. Parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Brasília, 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 26.000**. Relator: Min. Dias Toffoli. DJe 14/11/2012.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Processo 020.192/2010-0**. Acórdão 3126/2013. Segunda Câmara. Sessão em 04/06/2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Processo 034.487/2017-4**. Acórdão 4574/2018. Primeira Câmara. Sessão em 15/05/2018.

FARIA, José Henrique de; MENEGHETTI, Francis Kanashiro. **Burocracia como organização, poder e controle**. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rae/a/RVdqf5QvFkDcmKtWZcvqFFD/?lang=pt>. Acesso em 14/04/2024.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª Edição. **Malheiros Editores**. São Paulo, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Relatividade da Competência Discricionária. Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional, n. 8, 2004, Madrid: **Centro de Estudos Políticos y Constitucionales**, pp. 17-26.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988*. Direito Constitucional Brasileiro: Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, 2014.

SILVA. Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. **Revista dos Tribunais**. 798 (2002): 23-50.