

AS NORMAS DE TRANSIÇÃO NO DIREITO ADMINISTRATIVO

possibilidades, parâmetros de
aplicabilidade e limites do artigo
23 da LINDB

Dante Tomaz

Apresentação:

Fernando Dias Menezes de Almeida

Prefácio:

Gustavo Binenbojm

EDITORA LUMEN JURIS

RIO DE JANEIRO

2022

Copyright © 2022 by Dante Tomaz

Categoria: Direito Administrativo

PRODUÇÃO EDITORIAL
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Diagramação: Rômulo Lentini

A LIVRARIA E EDITORA LUMEN JURIS LTDA.
não se responsabiliza pelas opiniões
emitidas nesta obra por seu Autor.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer
meio ou processo, inclusive quanto às características
gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais
constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 6.895,
de 17/12/1980), sujeitando-se a busca e apreensão e
indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE

T655n

Tomaz, Dante

As normas de transição no direito administrativo : possibilidades,
parâmetros de aplicabilidade e limites do artigo 23 da LINDB / Dante
Tomaz. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2022.
288 p. ; 23 cm.

Inclui bibliografia.

ISBN 978-85-519-2114-2

1. Direito administrativo. 2. Segurança jurídica. 3. Normas de
transição. 4. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
(LINDB). 5. Normas temporárias. I. Título.

CDD 342.8106

Ficha catalográfica elaborada por Ellen Tuzi CRB-7: 6927

Sumário

Introdução	1
1 A insegurança e os novos paradigmas do direito administrativo: por um redescobrimto da dimensão temporal das normas como um instrumento da segurança jurídica e da eficiência	9
1.1 O paradoxo da demanda concomitante por segurança jurídica e flexibilidade: o tempo como um aliado na busca pelo ponto ótimo entre mudança e estabilidade.....	9
1.2 As normas temporárias e de transição na teoria das normas.....	13
1.3 O atual estado da arte do direito administrativo e da segurança jurídica	22
1.3.1 O princípio da segurança jurídica no Brasil	22
1.3.2 A teoria do direito administrativo e os novos desafios à segurança jurídica.....	29
1.4 Conclusão parcial: as normas temporárias e de transição como fronteiras a serem exploradas na defesa da segurança jurídica dos administrados	34
2 A dimensão temporal das normas: balizas teóricas das normas temporárias	37
2.1 A relação de mútua influência entre o tempo e o direito e a temporalidade como nova expressão normativa.....	37
2.2 A importância do relacionamento entre o tempo e o direito: exemplos, regras de tempo e a necessidade de adaptação dos instrumentos normativos de ação	39

2.3 Características fundamentais das normas temporárias: conceito, distintas funções em relação às normas de vigência indeterminada, possibilidades e limites	45
2.4 Adendo necessário: as normas temporárias e as <i>sunset clauses</i>	59
2.5 Espécies de normas temporárias	62
2.5.1 Normas temporárias por sua própria natureza: determinação jurídica ou objeto episódico	63
2.5.2 Normas temporárias de emergência.....	63
2.5.3 Normas experimentais	66
2.5.4 Normas de transição.....	71
2.6 Conclusão parcial: a temporalidade das normas e atos administrativos como fronteira a ser explorada pela administração pública brasileira	72
3 Apontamentos teóricos sobre as normas de transição no direito administrativo.....	75
3.1 Linhas mestras sobre as normas de transição. Distinção entre medidas, normas, regras e regimes de transição	75
3.2 Transição contra o que? Sugestão de definição de mudanças normativas	79
3.3 Transição por quê e para quê? Fundamentos e justificativas	83
3.3.1 As normas transitórias como expressão de defesa dos direitos de propriedade.....	84
3.3.1.1 A teoria libertária como fundamento das normas de transição	85
3.3.1.2 A teoria liberal clássica como fundamento das normas de transição	87

3.3.2 Razões de justiça e equidade: normas de transição por imperativo de justiça	88
3.3.3 Segurança jurídica, legítimas expectativas e confiança legítima como possíveis alicerces das normas de transição..	92
3.3.3.1 O princípio da segurança jurídica e o fundamento das normas de transição	92
3.3.3.2 A teoria da proteção da confiança legítima como eixo central das normas de transição	93
3.3.4 A segurança jurídica na dimensão da continuidade como fundamento das normas de transição	98
3.3.5 A nova teoria da responsabilidade adaptativa: os princípios do bem-estar e da justiça como pedra de toque das normas de transição	101
3.3.6 A visão das normas de transição aos olhos da escola da análise econômica do direito: a eficiência como critério-chave para a sua fixação (ou não)	110
3.3.7 As normas de transição como ferramenta de mudanças institucionais: o fundamento consequencialista de matriz política	117
3.3.8 Conclusão parcial: os fundamentos e as finalidades das normas de transição.....	119
3.4 Normas de transição para quem? Transições pelos olhos dos perdedores e dos vencedores das inovações no direito.....	121
3.4.1 Normas de transição apenas para os perdedores? O outro lado da moeda das mudanças normativas.....	121
3.4.2 O direito deve prever normas de transição para mitigar os ganhos dos “vencedores”? Fundamentos e críticas das normas de transição redistributivas	122

3.5 Transição por quem? Dever de previsão de normas de transição pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário	127
3.5.1 A ubiquidade do poder-dever de estabelecer normas de transição. Comando dirigido aos três poderes e aos órgãos autônomos	127
3.6 Semelhanças e diferenças entre compensação, modulação e transição.....	134
3.6.1 Compensação e modulação de efeitos como figuras correlatas às normas de transição	134
3.6.2 Compensação e normas de transição	134
3.6.3 Modulação e normas de transição	137
3.7. Qual norma de transição? Sugestão de classificação e espécies	138
3.7.1 A questão das espécies das normas de transição. Vale a pena classificar normas de transição?	138
3.7.2 A classificação de Gweltaz Eveillard: normas de transição substanciais e regras de conflito	139
3.7.3 A classificação de Louis Kaplow: normas de transição compensatórias e não compensatórias.....	140
3.7.4 A classificação de Fergus Green: normas de transição conservadoras, adaptativas de caráter substantivo, adaptativas de caráter procedimental e reformativas	140
3.7.5 A nossa sugestão de classificação	142
3.7.6 Normas de transição em espécie.....	144
3.7.6.1 Compensação financeira	144
3.7.6.2 Modulação temporal de efeitos: o momento e a amplitude de aplicação de um novo cenário jurídico.....	145
3.7.6.3 Cláusulas de exceção e de opção	147

3.7.6.4 Ajuda de adaptação	149
3.7.6.5 Outras espécies de normas de transição	150
3.8 Conclusão parcial: contribuições para o delineamento teórico das normas temporárias de transição	151
4 Regimes de transição no Brasil: análise dos parâmetros de aplicabilidade, dos limites e das possibilidades do art. 23 da LINDB.....	153
4.1 O artigo 23 da LINDB como autorizativo genérico para instituição de regimes de transição no Brasil	153
4.2 Antecedentes normativos	154
4.2.1 Art. 54 e 55 da Lei federal n. 9.784/1999	155
4.2.2 Art. 27 da Lei federal n. 9.868/1999	158
4.3.3 Art. 927, § 3º, do CPC/15.....	160
4.3 Fundamentos e objetivos dos regimes de transição: proteção da segurança jurídica-continuidade com vistas à eficiência da gestão pública e à inovação	161
4.3.1 Fundamentos normativos do art. 23 da nova LINDB.....	161
4.3.2 Fundamentos teleológicos do art. 23 da nova LINDB: instrumento de eficiência na gestão pública.....	166
4.4 Destinatários e pressupostos de aplicação do artigo 23 da nova LINDB: norma dirigida a toda a administração e aplicável a toda quebra da continuidade da ordem jurídica que preencha seus requisitos de incidência	168
4.4.1 Entidades e agentes públicos com poder decisório como os destinatários diretos do art. 23 da LINDB.....	168
4.4.2 Regimes de transição e pessoas jurídicas de direito privado: estatais, parceiros da administração e particulares sem relação com o poder público	171

4.4.3	Pressupostos de aplicação do art. 23 da LINDB	176
4.4.3.1	A “decisão” como pressuposto formal	177
4.4.3.2	Pressupostos de incidência de matriz substancial.....	182
4.4.3.2.1	O caráter inovador e com repercussão na esfera jurídica de terceiros da decisão	182
4.4.3.2.2	A ponderação entre os danos infligidos pela inovação jurídica com os interesses sociais que justificaram o seu advento: o juízo de ponderação favorável como terceiro pressuposto de incidência do art. 23 da LINDB.....	185
4.5	O regime de transição do artigo 23 da LINDB: procedimento para instituição e para escolha do regime	186
4.5.1	A imprescindível procedimentalização dos regimes de transição	186
4.5.2	Parâmetros para fixação ou não dos regimes de transição: princípio da confiança legítima e teoria da responsabilidade adaptativa como mecanismos de aferição.....	189
4.5.2.1	Primeiro parâmetro: a necessidade de existência de uma situação jurídica consolidada.....	190
4.5.2.2	Segundo parâmetro: a legítima expectativa do afetado na manutenção da situação pretérita ou que a mudança normativa afete funcionamentos essenciais	194
4.5.2.3	Terceiro parâmetro: que o bem jurídico tutelado pelo regime de transição se sobreponha ao interesse social que justificou a decisão inovadora.....	198
4.5.2.3.1	A urgência para a adoção da nova medida, à luz dos benefícios que se pretende alcançar.....	199
4.5.2.3.2	Quais os riscos na fixação do regime de transição ...	201

4.5.2.3.3 A escolha do conteúdo do regime de transição	204
4.5.3 O conteúdo dos regimes de transição e o procedimento de instituição.....	204
4.5.3.1 Meios de impugnação do conteúdo dos regimes de transição (e da sua instituição ou não)	210
4.5.4 Procedimento para fixação dos regimes de transição.....	214
4.6 Estudo sobre as possibilidades abertas pelo art. 23 da LINDB: a ubiquidade e incidência nas relações endógenas, exógenas e contratuais do poder público	217
4.6.1 O regime de transição nas relações endógenas do Estado...	217
4.6.1.1 Mudanças de interpretação para sujeitos submetidos às relações especiais de sujeição e entre entidades da administração pública.....	218
4.6.1.2 Regimes de transição entre entidades públicas.....	220
4.6.2 Regimes de transição nas relações exógenas não contratuais....	223
4.6.2.1 Síntese do âmbito de aplicação do art. 23 da LINDB nas relações exógenas.....	223
4.6.2.2 Artigo 23 da nova LINDB e particulares usuários de serviços públicos ou sociais	224
4.6.3 Os regimes de transição nos contratos administrativos. O art. 23 da LINDB como autorizativo genérico para medidas atípicas de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro	226
4.7 O artigo 23 da LINDB na jurisprudência do STF, STJ e do TCU	232
4.7.1 O artigo 23 da LINDB na jurisprudência do STF e do STJ (2018-2021)	233
4.7.2 O artigo 23 da LINDB na jurisprudência do TCU (2018-2020)	235

4.8 Conclusão parcial: os regimes de transição do art. 23 da LINDB
como um importante e novo instrumento de gestão pública
brasileira e defesa da segurança jurídica 236

Conclusão239

Referências Bibliográficas.....253