



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

FLÁVIO GUILHERME CAVALCANTI DOS SANTOS

**A LINDB E A GESTÃO PÚBLICA EFICIENTE:
DESAFIOS DA IMPLEMENTAÇÃO DO CONSEQUENCIALISMO RESPONSÁVEL**

Recife

2021

FLÁVIO GUILHERME CAVALCANTI DOS SANTOS

**A LINDB E A GESTÃO PÚBLICA EFICIENTE:
DESAFIOS DA IMPLEMENTAÇÃO DO CONSEQUENCIALISMO RESPONSÁVEL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Transformações do Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Marcos Antônio Rios da Nóbrega

Recife

2021

Catalogação na fonte
Bibliotecária Ana Cristina Vieira, CRB-4/1736.

S2371	Santos, Flávio Guilherme Cavalcanti. A LINDB e a gestão pública eficiente: desafios da implementação do consequencialismo responsável / Flávio Guilherme Cavalcanti dos Santos. -- Recife, 2021. 197 f. Orientador: Profº. Dr. Marcos Antônio Rios da Nóbrega. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2021. Inclui referências. 1. Direito - Brasil. 2. Interpretação Consequencialista. 3. Princípio da Eficiência. 4. Administração Pública. I. Nóbrega, Marcos Antônio Rios da (Orientador). II. Título. 340.81 CDD (22. ed.)UFPE (BSCCJ 2022-14)
-------	---

FLÁVIO GUILHERME CAVALCANTI DOS SANTOS

**A LINDB E A GESTÃO PÚBLICA EFICIENTE:
DESAFIOS DA IMPLEMENTAÇÃO DO CONSEQUENCIALISMO RESPONSÁVEL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Transformações do Direito Público.

Data de aprovação: 29/09/2021

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Marcos Antonio Rios da Nobrega (Presidente)
Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

Prof. Dr. Walber de Moura Agra (Examinador Interno)
Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

Prof^a. Dra. Luciana Grassano de Gouvea Melo (Examinadora Interna)
Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

Prof^a. Dra. Juliana Bonacorsi de Palma (Examinadora Externa)
Fundação Getúlio Vargas - FGV

RESUMO

A incorporação de novos dispositivos à Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro com a edição da Lei nº 13.655/2018, propõe uma mudança no Direito Público, visando prover maior eficiência e segurança jurídica em sua criação, interpretação e aplicação. A visão prospectiva do consequencialismo presente na lei se coaduna com a lógica de gestão por resultados defendida na Reforma do Estado dos anos 1990, a qual se institucionalizou na ordem jurídica nacional por meio da constitucionalização do princípio da eficiência, considerado em uma perspectiva de efetividade dos fins constitucionais. A pesquisa se desenvolve a partir do percurso histórico do Estado Moderno, das reformas administrativas e dos órgãos de controle no país. A partir daí, avança na compreensão da força normativa dos princípios para posteriormente avaliar o conteúdo do princípio da eficiência, sua ponderação frente ao princípio da legalidade e suas implicações no controle da função administrativa vinculada e discricionária. Por fim, problematiza os impactos dos comandos da Lei nº 13.655/2018 na edição e controle dos atos administrativos e as implicações metodológicas do pragmatismo consequencialista no processo jurídico-decisório, buscando, em uma abordagem propositiva, compreender como a lei pode prover eficiência material à Administração Pública.

Palavras-Chave: consequencialismo; controle da administração; eficiência; gestão pública; LINDB.

ABSTRACT

The incorporation of new provisions to the Brazilian Law Rules Introduction Act with the enact of Law nº 13.655 / 2018, proposes a change in Public Law, aiming to provide greater efficiency and legal security in its creation, interpretation and application. The prospective view of consequentialism in the law is consistent with the logic of results-based management advocated in the State Reform of the 1990s, which was institutionalized in the national legal order through the constitutionalization of the principle of efficiency, considered in a perspective of effectiveness of constitutional purposes. The research is developed based on the historical path of the Modern State, administrative reforms and control agencies in the country. From there, it advances in the understanding of the normative force of the principles to subsequently evaluate the content of the principle of efficiency, its balancing against the principle of legality and its implications in the control of the legal and discretionary administrative functions. Finally, it questions the impacts of the provisions of Law nº 13.655 / 2018 in the exercise and control of administrative acts and the methodological implications of consequentialist pragmatism in the legal-decision-making process, seeking, in a propositional approach, to understand how the law can provide material efficiency to Public administration.

Keywords: consequentialism; administration control; efficiency, public management; LINDB.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 A SEPARAÇÃO DE PODERES, ESTADO DE DIREITO E A SUBMISSÃO DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA À LEI.....	17
2.1 O Estado Liberal.....	17
2.2 O Estado Social	21
2.3 O Estado Regulador.....	27
3 REFORMAS ADMINISTRATIVAS DO ESTADO BRASILEIRO – A BUSCA POR UM MODELO EFICIENTE	31
3.1 O Estado Brasileiro.....	31
3.2 A Reforma do Estado da Década de 1930.....	33
3.3 A Ditadura Militar e o Decreto-Lei nº 200/67.....	39
3.4 A Reforma Gerencial da Década de 1990	42
4 EVOLUÇÃO DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL.....	45
4.1 O Controle da Administração na Constituição de 1988.....	45
4.2 Controle Externo, Interno e Judicial da Administração.....	48
4.2.1 Poder Legislativo	49
4.2.2 Tribunal de Contas.....	49
4.2.3 Controle Interno.....	53
4.2.4 Ministério Público.....	55
4.2.5 Poder Judiciário	56
4.3 As ferramentas processuais de controle da Administração	57
4.4 A Hipertrofia do Controle e suas Externalidades Negativas	60
5 A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS E O PÓS-POSITIVISMO NO BRASIL.....	65
5.1 A Constitucionalização do Direito.....	65
5.2 Os Princípios Constitucionais	66
5.3 A convivência entre Princípios e Regras.....	69
5.4 O Uso e Abuso dos Princípios.....	73
6 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	77
6.1 A Constitucionalização da Eficiência em um breve contexto histórico.....	77
6.2 Eficiência para a Administração e a Economia	79
6.3 Sentido jurídico da Eficiência	82
6.3.1 Eficiência no Direito Positivo brasileiro.....	82
6.3.2 Eficiência na doutrina e na jurisprudência	85
6.4 Enfim, a Eficiência	95
7 EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA, LEGALIDADE E O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO.....	97
7.1 Administração Pública e o Direito Administrativo.....	97
7.2 Uma nova legalidade	100
7.3 Discrecionalidade Administrativa	103
7.4 Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discrecionalidade Administrativa	110
7.5 Legalidade, Eficiência e Discrecionalidade.....	116
8 PRAGMATISMO JURÍDICO E A LEI FEDERAL Nº 13.655/2018.....	125
8.1 A LINDB a partir da Lei 13.655/2018.....	125
8.2 Percurso legislativo da Lei nº 13.655/2018.....	127
8.3 Influência pragmatista no Direito Público	134
8.3.1 O consequencialismo no art. 20 da LINDB.....	138
8.3.2 Críticas dos Órgãos de Controle ao então PL nº 7.448/2017	140
8.3.3 Motivação e elementos descritivos na decisão jurídica.....	151

8.3.4 Consequencialismo no Art. 21 da LINDB	156
8.3.5 Contextualismo e experimentalismo na LINDB.....	163
8.4 Consequencialismo e Dogmática	167
9 CONCLUSÃO.....	171
REFERÊNCIAS.....	180

1 INTRODUÇÃO

A edição da Lei nº 13.655/2018, que inseriu 10 (dez) novos dispositivos no Decreto-Lei nº 4.657/1942, ou simplesmente Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB), dispõe, conforme seu preâmbulo, sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público. Mantendo a característica original do Decreto-Lei nº 4.657/1942, o novel diploma estabelece balizas interpretativas para as demais normas direcionadas ao setor público nacional. A antiga Lei de Introdução ao Código Civil, datada de uma época no qual o Direito Civil possuía certa preponderância enquanto base para o direito pátrio, lugar de destaque que hoje é ocupado pela Constituição, regula a vigência, validade, eficácia, aplicação, interpretação e revogação das normas do direito brasileiro, descreve o relator do Projeto de Lei nº 6.303/2005 em sua Emenda Modificativa nº 1, que propôs denominar o decreto-lei como Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro¹.

A LINDB, mesmo antes da modificação com a Lei nº 13.655/2018, já se tratava de uma verdadeira norma sobre normas, ou uma metanorma, não se restringindo a regular as relações privadas, como sua antiga denominação parece indicar. Os dispositivos adicionados pretendem garantir que, quando da aplicação do direito pela Administração ou pelos órgãos que controlam sua atuação, não serão desconsiderados o contexto e as consequências que se correlacionam com a decisão. Ainda, visa prover maior consensualismo no processo decisório das relações jurídicas que envolvem a Administração, tornando-a mais democrática, bem como garantir mais estabilidade às relações jurídicas que se inserem nos ditames do Direito Público.

No artigo “Uma Nova Lei Para Aumentar a Qualidade Jurídica das Decisões Públicas e de Seu Controle”, publicado em 2013 como parte do livro “Contratações Públicas e Seu Controle”, os professores Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto resumem o diagnóstico dos problemas encontrados na normatização da atividade pública administrativa e de controle empreendida pelos agentes estatais, para os quais buscam encontrar o devido remédio através de uma proposta legislativa, que mais tarde veio a ser a Lei nº 13.655/2018. Para melhor compreender a importância do estudo que ora se empreende,

1 CÂMARA DOS DEPUTADOS. Emenda Modificativa nº 01 ao Projeto de Lei nº 6.303/2005. Altera a ementa do Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=651324&filename=EMR+1+CJC+%3D%3E+PL+6303/2005. Acesso em 13/01/2021.

traremos à tona os fatores arrolados que, na visão dos autores, distorcem a atividade jurídico-decisória no Poder Público, e que serão abordados ao longo da presente dissertação: o alto grau de indeterminação de grande parte das normas públicas; a relativa incerteza, inerente ao Direito, quanto ao verdadeiro conteúdo de cada norma; a tendência à superficialidade na formação do juízo sobre complexas questões jurídico-públicas; a dificuldade de o Poder Público obter o cumprimento voluntário e rápido das obrigações por terceiros, contribuindo para a inefetividade das políticas públicas; a instabilidade dos atos jurídicos públicos, pelo risco potencial de invalidação posterior, nas várias instâncias de controle; os efeitos negativos indiretos da exigência de que as decisões e controles venham de processos (que demoram, custam e podem postergar o cumprimento das obrigações); o modo autoritário como, na quase totalidade dos casos, são concebidas e editadas normas pela Administração Pública². Coube ao Senador Antônio Anastasia, do PSDB/MG, a promoção da iniciativa legislativa do anteprojeto de autoria dos ilustres publicistas, sendo gerado então o Projeto de Lei do Senado nº 349/2015.

É oportuno, nessa senda, para inclusive contextualizar a edição da referida lei e a elaboração da presente dissertação, lançar luz ao debate público travado em torno do que se convencionou a chamar de “Direito Administrativo do Medo” ou “Apagão das Canetas”. Tal fenômeno compreende a existência de excesso dos órgãos de controle no exercício de suas competências, causando certa paralisia ou retardo decisório por parte dos gestores públicos, temendo a invalidação posterior dos seus atos e aplicação de sancionamentos de todas as ordens. Assim, como externalidades dessa atuação descuidada, ocorrem prejuízos indesejados para a execução de políticas públicas e realização dos objetivos perseguidos pela Administração.

O espaço de liberdade de atuação do gestor público, juridicamente consagrado, quando da existência do juízo de oportunidade e conveniência (discrecionabilidade) atribuído pela lei, a despeito do reconhecimento em abstrato pela doutrina, é de complexa delimitação no caso concreto, havendo bastante controvérsia quanto ao espaço de sindicabilidade desses atos pelos órgãos de controle. Princípios jurídicos, explícitos e implícitos (e derivados), ganharam relevância com o primado da Constituição, sendo pressupostos, dada sua baixa densidade normativa, para fundamentar a intervenção do controle no ato administrativo e aplicação de sanções aos gestores públicos, por vezes em detrimento de regras explícitas

2 SUNDFELD, Carlos Ari e MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Contratações Públicas e seu Controle, Malheiros Editores, p. 278

regulando a hipótese em apreço. Lênio Streck criou uma definição dessa “usina de produção de princípios despídos de normatividade”: pan-principiologismo³. Assume-se o risco com expansão do voluntarismo por parte dos controladores e julgadores, de usurpação de competências do administrador pelo órgão prolator da decisão contraposta. Observa-se o crescimento de tal comportamento, em especial no controle jurisdicional, sobretudo com o fenômeno da constitucionalização do direito. Os excessos de controle, pois, mitigam ou impedem o exercício da boa administração, da criatividade, da eficiência. Segundo o ministro do Tribunal de Contas da União, Bruno Dantas, o voluntarismo de alguns integrantes dos órgãos de controle, aliado à campanha de criminalização da política, tem como consequência o que ele denominou de “infantilização da gestão pública”. Em um artigo publicado na imprensa, o eminente ministro rememora⁴:

Em correspondência recente, fui lembrado pelo Prof. Adilson Dallari (PUC-SP) daquilo que o jurista argentino Roberto Dromi apelidou de código do fracasso na administração pública: “Art. 1º: não pode; Art. 2º: em caso de dúvida, abstenha-se; Art. 3º: se é urgente, espere; Art. 4º: sempre é mais prudente não fazer nada”. O Brasil precisa revogar esse código urgentemente.

A Constituição de 1988 aprimorou e criou instituições, responsáveis por concretizar as normas que dão relevância jurídica aos controles interno e externos da atuação do Estado. No âmbito do controle externo, além do fortalecimento do Poder Judiciário para o exercício da função judicante, garantindo a submissão do Estado-Administração aos desígnios do ordenamento jurídico com a correção de eventuais desvios levados à apreciação de seus órgãos, a CRFB/1988 deu grande destaque aos Tribunais de Contas e ao(s) Ministério(s) Público(s). As atuações desses órgãos têm contribuído consideravelmente para o desenvolvimento e vigência perene dos valores republicanos que perpassam a Carta Magna. Sob a égide da Lei Fundamental, as condições de atuação e implementação do controle são incrementadas em uma perspectiva quantitativa e qualitativa. Visara o constituinte originário mitigar os desvios éticos e disfunções que insistem em permanecer no seio do Estado

3 STRECK, Lênio Luis. O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>. Acesso em 17/10/2018.

4 DANTAS, Bruno. O risco de “infantilizar” a gestão pública. Publicado em 06/01/2018. Disponível em <https://oglobo.globo.com/opiniao/o-risco-de-infantilizar-gestao-publica-22258401>. Acesso em 17/10/2018.

Brasileiro, além de cercear o autoritarismo que marcou a Administração no período ditatorial militar.

A formação histórica do país nos legou problemas graves que predominaram no período colonial, atravessando o período imperial e resistindo para perdurar ainda em nossa história republicana. O modelo patrimonialista de condução da máquina pública, no qual não se pode observar um claro limite entre os interesses privados dos administradores da vez e o interesse público que em tese deveria ser perseguido pelo Estado, sobreviveu às iniciativas de implementação do modelo de burocracia weberiana, por meio do qual se buscou institucionalizar uma administração científica, cujos princípios foram disseminados nas primeiras décadas do século XX, com base nas ideias de Taylor e Fayol. Mesmo com os esforços para prover impessoalidade ao serviço público, profissionalização dos servidores, de racionalização dos processos e aprimoramento dos mecanismos de controle, as práticas corruptas e clientelistas não foram eliminadas, perpetuando uma imagem generalizada de improbidade dos gestores públicos, levando a sociedade a demandar por mais controle do exercício da função administrativa.

Ganha fundamento histórico, e ético, pois, o aprimoramento e empoderamento da atividade de controle, função cuja essencialidade já tinha lugar nas reformas burocráticas empreendidas na década de 1930, durante o governo Getúlio Vargas. Não se observa, todavia, que esse suporte se deu de maneira proporcional às estruturas administrativas dos entes políticos, de forma a possibilitar a entrega dos serviços públicos juridicamente exigíveis, qualitativa e quantitativamente. Avalia-se e discute-se, pois, somando-se ao voluntarismo identificado na atuação dos controladores e juízes, se tal cenário não favoreceu considerável desequilíbrio entre a Administração e seu controle, criando óbices à realização dos objetivos constitucionais do Estado brasileiro, informados no art. 3º da Carta Maior, os quais demandam centralidade da atuação estatal.

Com claro e pretendido impacto na atuação dos órgãos de controle, o então Projeto de Lei nº 7.448/2017 não foi bem recebido, de uma maneira geral, pelas instituições responsáveis pela aplicação dos freios e contrapesos à atividade administrativa. A insurgência se deu, preliminarmente, pela ausência de participação dessas instituições ou de seus representantes nos debates que ocorreram durante a tramitação do projeto em ambas as casas legislativas. Encaminhado o projeto para sanção presidencial, os órgãos entidades representativas dos integrantes das carreiras correlatas emitiram notas oficiais direcionadas ao

Presidente da República, defendendo a inconstitucionalidade dos textos normativos e sua incompatibilidade sistemática frente ao direito público. Na oportunidade, pugnaram pelo veto integral do projeto.

O debate em torno dos valores e objetivos que perpassam a criação da lei é composto de uma certa dicotomia entre os defensores da nova lei e seus críticos, com um forte conteúdo retórico e dicotômico em torno da ineficiência do Estado e o combate à corrupção, em um momento que a opinião pública estava mergulhada e dividida em consequência do recente processo de impeachment que afastou Dilma Rousseff do poder e a forte crise econômica e política na qual o Brasil mergulhou a partir do início do segundo mandato da primeira presidente da história do país.

Os defensores atribuíam ao novo diploma um esforço normativo, por meio de uma virada pragmática, o potencial para criar um ambiente de segurança jurídica e prover eficiência ao Direito Público. O estabelecimento de balizas interpretativas aplicáveis ao processo jurídico-decisório, que passaram a ser de obrigatória observância por todos os agentes públicos que atuam nas diversas searas do Poder Público, seja administrativa, seja controladora, seja judicial, é uma das ferramentas normativas para o atingimento dos fins supracitados, foco do presente trabalho analítico. Já os críticos enxergavam nas mesmas balizas um incremento na insegurança jurídica por compreenderem uma elevada indeterminação de seus comandos, bem como obstáculos ao exercício da jurisdição e ao controle, o que poderia minar os avanços no combate aos desvios éticos dos gestores públicos. Estávamos vivenciando o auge da operação Lava-Jato, que ganhou forte espaço na mídia e na opinião pública por envolver investigações e prisões de altos executivos de grandes empresas nacionais, além de políticos do alto escalão, incluindo o ex-presidente Luis Inácio Lula da Silva, o que garantia forte apelo ao discurso anticorrupção.

A lei incorpora valores pragmatistas que se encontravam difusos em parte doutrina e jurisprudência nacionais. O viés de pragmatismo que perpassa a lei se encontra na inserção de regras consequencialistas na lei, sobretudo as constantes dos arts. 20 e 21, que trazem para o âmbito da decisão, de forma vinculada, a consideração das consequências práticas, sempre que a autoridade tiver como fundamento valores jurídicos abstratos. A adoção do pragmatismo e seu viés prospectivo parece encontrar obstáculos no ordenamento jurídico e na crítica hermenêutica do direito, o que nos demanda cautela quanto à sua aplicação no regime jurídico brasileiro e a avaliação crítica de seus critérios, o que nos ajuda a

justificar o interesse na pesquisa que aqui empreendemos. O olhar para o futuro, buscando a resolução de questão jurídica com certo olhar finalístico, ou seja, buscando o atingimento dos resultados, os quais estão necessariamente atrelados aos fins que devem revestir o ato administrativo, parece estar em consonância com as premissas da Reforma de Estado da década de 1990. Com as ideias inseridas no Plano Diretor da Reforma do Estado, se buscou introduzir, no que tange às mudanças voltadas ao aparato administrativo para aperfeiçoamento da governança pública, um modelo gerencial, em substituição ao modelo burocrático que predominava na Administração Pública nacional (convivendo com resquícios patrimonialistas), com bases assentadas na Constituição de 1988. O modelo gerencial prevê novas formas de gestão da coisa pública, dentre elas a substituição de um controle de procedimentos por um controle de resultados, embutindo pois a visão prospectiva/finalística na administração. Por meio da Emenda Constitucional nº 19/98, a Reforma do Estado e a Nova Administração Pública, como também se denominou o gerencialismo (*New Public Management*), se institucionaliza e ganha status constitucional.

Tal dimensão jurídico-institucional é alcançada com a inserção do princípio da eficiência no caput do art. 37 da Lei Maior. Além da rara aplicação do princípio em casos concretos, muitas vezes mencionado apenas retoricamente, há forte discussão doutrinária sobre o seu real alcance. Muitas vezes o princípio é reduzido ao seu aspecto econômico, que se revela no (sub)princípio da economicidade, vinculando-o ao momento histórico no qual o princípio ganhou status constitucional, com forte viés de austeridade na política fiscal do governo Fernando Henrique Cardoso. Em outras, a doutrina aplica uma interpretação mais sistemática, dando contornos mais abrangentes e conectados a outros comandos constitucionais.

A teoria consequencialista e suas implicações no âmbito da dogmática jurídica, a despeito da força normativa que o pragmatismo ganha com a edição da Lei nº 13.655/2018, já possui corpo na discussão doutrinária. As implicações da introdução de elementos descritivos no âmbito da decisão traz uma série de questionamentos que demonstram a complexidade da questão e dão relevância ao aprofundamento da temática na academia. Os órgãos decisores, em especial no exercício da função de controle ou jurisdicional, possuem acesso ao conhecimento dos métodos científicos mais adequados ao processo descritivo da realidade, como os utilizados na economia e incorporados à análise econômica do direito? Mesmo nos casos em que tal ferramenta metodológica seja acessível, seu emprego garantirá o

resultado que se verifica em um juízo prévio? Os impactos temporais e econômicos na busca por uma menor probabilidade de erro aprimorarão o nosso sistema processual e proverá, de fato, meios mais adequados à resolução de imbróglios jurídicos?

Não podemos também deixar de avaliar os possíveis problemas que poderão advir da própria interpretação que se dará aos “valores jurídicos abstratos” que constam dos textos normativos da Lei nº 13.655/2018, e seus impactos na promoção da segurança jurídica. Ao indiretamente agregar maior valor à seara técnica, com a valorização dos elementos descritivos no processo decisório, teremos nova conformação do princípio da legalidade e, consequentemente, à separação dos poderes, pois a função administrativa tem seus limites de atuação subscritos à legalidade, valor basilar do Estado Democrático de Direito. Já há grande controvérsia na doutrina em tema que tangencia essa questão e a restrição da atuação do controle, com fundamento no cunho técnico-regulatório da intervenção pública, como se dá no âmbito das agências reguladoras. Há uma linha tênue, nesses casos, entre a atuação técnica que respeita a liberdade e os limites da delegação e a atuação autoritária que rompe com os limites do Estado de Direito, protegida pelo manto da técnica.

Mais uma vez estamos diante de um paradoxo que merece elucidação acadêmica, visto que um dos objetivos da nova LINDB é o estímulo ao consensualismo e da participação da sociedade na formação dos atos administrativos, consoante se vislumbra nas regras previstas no art. 26 e 29.

Nessa toada, o encadeamento lógico-argumentativo empreendido até aqui, de forma sucinta, nos permite evidenciar a hipótese central do presente trabalho: o consequencialismo guarda consonância com o modelo de gestão por resultados, por sua vez revestido de legitimidade constitucional a partir do poder normativo emanado pelo princípio da eficiência. Problematizaremos o consequencialismo da LINDB como ferramenta de concretização da eficiência administrativa na atividade jurídico-decisória pública.

Pretende-se, a partir de uma lógica de compreensão do direito como meio de atingimento dos fins do Estado preconizados pela Constituição Federal, apontar caminhos dogmáticos para uma interpretação consequencialista que respeite os limites normativos do ordenamento jurídico, possibilitando avanços na gestão pública e equilíbrio institucional entre a Administração e o seu controle. Para tanto, se faz também necessário compreender, ao longo da investigação, a evolução da função administrativa e seu controle, em consonância com as transformações do Estado moderno, considerando, por óbvio, a realidade nacional.

As fontes de consulta serão documental (Constituição Federal, Leis, Regulamentos, Jurisprudência das Cortes Superiores e do Tribunal de Contas da União) e bibliográfica. Apesar dos impactos da LINDB se darem em todo o campo do Direito Público, o presente trabalho tem um olhar especial e prioritário ao Direito Administrativo, já que tem como cerne as relações entre a Administração Pública e os órgãos de controle. Não se pretende, ainda, ter uma visão profunda de todos os impactos da Lei nº 13.655/2018, tendo um recorte específico nos valores consequencialistas, sobretudo a partir da força normativa dos arts. 20, 21 e 22 do diploma legal.

A pesquisa está organizada em capítulos. No capítulo 02, trataremos do percurso histórico da função administrativa no Estado Moderno, demonstrando a submissão do Estado-Administração à legalidade no Estado Liberal; a incorporação dos direitos sociais e os serviços públicos ao Poder Executivo no Estado Social; e a transformação do estado provedor em Estado regulador com o esgotamento do modelo do *Welfare State*.

No capítulo 03, abordaremos a evolução do Estado brasileiro no período republicano, com destaque às reformas administrativas empreendidas e seus respectivos impactos na eficiência administrativa;

No capítulo 04, abordaremos a estrutura institucional do controle da Administração, em todas as formas presentes na Constituição Federal – Controle Interno, Externo, Jurisdicional, e das respectivas instituições incumbidas de sua efetivação.

No capítulo 05, levantaremos as principais teorias a respeito dos princípios jurídicos e as correntes doutrinárias que reforçaram sua força normativa na interpretação e aplicação do direito no Brasil.

No capítulo 06, faremos uma discussão quanto à constitucionalização do princípio da eficiência, sua presença no direito positivo infraconstitucional e seu poder normativo conforme as interpretações doutrinárias e jurisprudenciais. Também abordaremos sua importância no contexto da realização dos fins do Estado pela Administração e pelo controle.

No capítulo 07, procederemos a uma análise da relação entre o princípio da legalidade/juridicidade e o princípio da eficiência, com considerações a respeito da discricionariedade administrativa e da interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados, à luz dos referidos princípios.

No capítulo 08, trataremos do processo legislativo que originou a Lei nº 13.655/2018, a influência pragmatista que perpasses seus dispositivos e seus principais impactos na criação, interpretação e aplicação do direito público a partir da doutrina e da jurisprudência.

Por fim, na conclusão, faremos um apanhado geral dos resultados da pesquisa e verificaremos se é possível a aplicação de um consequencialismo responsável como ferramenta de implementação da eficiência administrativa.

2 A SEPARAÇÃO DE PODERES, ESTADO DE DIREITO E A SUBMISSÃO DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA À LEI

2.1 O Estado Liberal

A Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, seguindo a tradição arraigada na cultura política ocidental e nas demais constituições republicanas que a antecederam (ressalvadas as que deram amparo aos governos ditatoriais), adotou o Estado Democrático de Direito como forma constitutiva (*Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito...*). Estabelece de forma positiva, em seu art. 2º (*São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*), a tripartição clássica dos poderes que tem sua consolidação no pensamento iluminista do Barão de Montesquieu, devendo ser independentes e harmônicos entre si os poderes Executivo, Legislativo e o Judiciário. A declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 estabelece a divisão de poderes como condição *sine que non* para a existência de uma constituição: *Art. 16 A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição*, demonstrando a centralidade da teoria na formação do Estado Moderno.

A divisão do poder estatal na Constituição também compreende a partição em outro plano, desconcentrando-o entre os entes políticos que o compõem: a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal (*Art. 18 A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição*). Modesto classifica esses dois planos distintos em horizontal, compreendendo uma diferenciação funcional dos órgãos superiores do Estado (legislação, administração ou execução, e jurisdição), quando tratamos da supracitada tripartição, e vertical, delimitadora de ordens jurídicas especiais, no que tange à autonomia dos entes federados⁵. Seguiremos analisando as transformações políticas do Estado Moderno e sua correlação com a dinâmica da divisão horizontal do poder, a fim

5 MODESTO, Paulo. Função Administrativa. Revista do Serviço Público, mai/dez 1995. Brasília, p. 2. Disponível em <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/719/565>. Acesso em 19/01/2021.

compreender a evolução do conteúdo da legalidade e, em consequência, melhor compreender os limites jurídicos do exercício da função administrativa.

Preliminarmente, importa diferenciar que a divisão horizontal do poder entre Executivo, Legislativo e Judiciário parte de um critério orgânico, institucional ou subjetivo, atrelando-se aos órgãos que, por força da estrutura política do Estado, obtém a competência para o exercício de determinado dever. Podemos também utilizar de um critério funcional para proceder à divisão. Aqui falaremos da existência da função administrativa, da função normativa e da função jurisdicional. Esta consiste na composição de interesses antagônicos e na correção dos desvios e excessos do Estado, garantindo observância do Estado-Administração e dos indivíduos aos comandos legais. A função normativa, ou legislativa, por sua vez, consiste na emissão de leis e outras formas de regular o Estado e a sociedade por meio de comandos gerais e abstratos.

A função administrativa, tendo em vista a profunda diversidade que a caracteriza, variando mais intensamente em relação ao espaço e ao tempo, costuma ser definida de forma residual em relação às duas anteriores. Utilizaremos a que foi adotada por Carvalho Filho: função exercida pelo Estado ou por seus delegados, subjacentemente à ordem constitucional e legal, sob regime de direito público, com vistas a alcançar os fins colimados pela ordem jurídica⁶. As funções não são delimitadas a partir de um critério institucional, haja vista que podem – e são – desenvolvidas por órgãos diversos. Atribui-se funções típicas a cada um dos poderes, sendo a função normativa típica do Poder Legislativo; a função jurisdicional como típica do Poder Judiciário; e a função administrativa típica do Poder Executivo.

A Constituição traz de forma implícita o acúmulo histórico das mudanças que permearam o Estado Moderno desde sua origem, que remonta à ascensão da tradição liberal, base filosófica, política e econômica que deu ensejo à superação do modelo absolutista de poder estatal. Nessa concepção, se compreende o povo como a fonte de poder do Estado, abolindo-se as predominantes teorias transcendentais, como a do direito divino dos soberanos, que justificava a concentração e o exercício arbitrário do poder pelo chefe de Estado. A justificação do poder seria uma resultante direta da vontade consonante de vários indivíduos

6 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34ª Ed, São Paulo, Atlas, 2020, p. 73-74

que conjuntamente formam o todo social, em substituição ao outrora direito divino, ou mesmo a derivação de uma positividade baseada na força⁷.

Submete-se o Estado ao primado do Direito, visando à proteção do indivíduo frente ao exercício tirânico do poder estatal. Em um primeiro momento, o Direito coincide com a lei em sentido estrito, predominando uma visão juspositivista, que se contrapõe ao predominante jusnaturalismo do regime político imediatamente anterior.

As teorizações do Estado de Direito – as declarações de direitos, o movimento de constitucionalismo liberal e técnicas como a separação de poderes e a legalidade - nascem da luta da burguesia contra o poder absoluto do monarca, afastando a legitimação teológica do Estado para se estabelecer um Estado juridicamente controlado⁸. A premissa capital do Estado Moderno é a conversão do Estado absoluto em Estado constitucional, no qual as leis, e não as personalidades, governam o ordenamento social e político⁹. Nessa nova ordem de superação do despotismo, o indivíduo passa da condição de súdito a de cidadão, com a mudança correspondente do Estado, que passa de senhor a servidor¹⁰. Consta da declaração de direitos do homem e do cidadão de 1789 que *a finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão*.

O Estado liberal de direito, ao surgir de uma disputa política para submeter o poder estatal aos interesses da burguesia em ascensão, é formatado para, precipuamente, garantir o pleno exercício das liberdades individuais pelo cidadão, a partir da fixação de uma esfera de autonomia pessoal refratária às expansões do Poder. Assim, tais direitos, que compreendem a primeira geração de direitos fundamentais, se traduziram inicialmente em postulados de abstenção dos governantes, demandando uma postura negativa do Estado, que consiste em obrigações de não fazer, de não intervenção na esfera privada do indivíduo¹¹. Um Estado-Administração mínimo, com um aparelhamento destinado a assegurar as garantias do indivíduo¹².

7 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e Controle Jurisdicional 2ª Ed, Malheiros Editores, 2017, p. 11.

8 GRAU, Eros. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 15ª Ed. rev. e atual., São Paulo, Malheiros Editores, 2012, p. 38.

9 BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. 7ª Ed. rev. e ampl., São Paulo, Malheiros Editores, 2008, p. 41.

10 FAORO, Raymundo. Os Donos do Poder: Formação do Patronato Política Brasileiro. 3ª Ed. rev., São Paulo, Globo, 2001, p. 820.

11 MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 13ª Ed. rev. e atual., São Paulo, Saraiva Educação, 2018, p. 200

12 FAORO, Raymundo. Op. Cit, p. 820

A liberdade aqui deve ser compreendida em amplos aspectos, inclusive a liberdade de contratar, como uma decorrência da preponderância da autonomia da vontade, e o direito à propriedade, sendo inclusive a própria liberdade de contratar uma consequência da livre disposição patrimonial do indivíduo. O contratualismo se coaduna com a lógica da não-intervenção, o *laissez-faire*. Para o pensamento econômico liberal clássico de Adam Smith, uma “mão invisível” do mercado se encarrega pela alocação ótima dos recursos necessários ao desenvolvimento econômico e social¹³.

Mesmo considerando a premissa de abstenção do Estado, a liberdade fundamental deve ser exercida nos limites da lei: para Montesquieu, liberdade como direito de fazer tudo o que as leis permitem, em uma constituição que ninguém seja obrigado a fazer o que a lei não obriga, tampouco a não fazer o que a lei permite¹⁴. *A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.* Assim se justifica a atuação do Estado no exercício do poder de polícia, detentor do monopólio da violência, como garante do exercício dessas liberdades, restringido todavia pelos limites da lei.

Eis o nascedouro do princípio da legalidade como princípio de contenção do Estado, que se mantém como basilar do Estado Moderno após todas as transformações que viveu desde sua concepção. A legalidade, todavia, também sofreu mutações quanto ao seu conteúdo. De início, uma clara limitação do poder estatal pela lei em sentido estrito, isto é, *expressão da vontade geral*, emanada pelo Poder Legislativo, dada a concepção positivista do Direito. A lei, como expressão da vontade coletiva, incide tanto aos indivíduos quanto às autoridades públicas, que atuam dentro dos contornos estabelecidos pelo legislativo, sob controle do judiciário¹⁵.

Tal controle, frise-se, importa na aplicação do direito, que na predominância do juspositivismo oitocentista, resumia-se a pronunciar o conteúdo da lei em uma mera operação silogística de subsunção dos casos práticos aos textos normativos, não cabendo aqui se falar

13 PAULA, Ana Paula Paes de. Por uma Nova Gestão Pública. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 2005 p. 28.

14 MONTESQUIEU, Charles de Secondat. Do Espírito das Leis. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo, Martins Claret, 2014. p. 229.

15 TÁCITO, Caio. A Administração e o Controle da Legalidade. p. 1. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/13995/12876>. Acesso em 19/01/2021.

em interpretação. O juiz seria apenas a boca-da-lei, por meio do qual se declararia aquilo que, idealmente, já estava esclarecido no próprio texto normativo, de uma forma tecnicista e desprovida de valoração da realidade, tolhendo-se a capacidade de criação do direito por meio da decisão judicial. Ora, o Direito já estava relevado no texto normativo! A crença positivista de que a sociedade se deixa reger toda por regras jurídicas propicia poder ilimitado ao legislador¹⁶. Os ideais de segurança e da certeza do direito eram a base na qual se assentavam a exclusão da arbitrariedade do Estado e a inviolabilidade do direito à liberdade¹⁷.

2.2 O Estado Social

O excessivo individualismo e o *laissez faire* do modelo liberal não compreendia a preocupação com questões sociais, resultando em desigualdade e marginalização da maior parte da população, que não estava inserida na dinâmica de poder, alijada do processo político decisório. A igualdade formal preconizada pela Declaração Universal dos Direitos do Homem (*os homens nascem e são livres e iguais em direitos*), não se configurou em igualdade material. O formalismo positivista da Constituição liberal entra em declínio após o evidente descompasso com a dinâmica social. O componente jurídico da Constituição cede espaço ao componente político. Bonavides retrata um abismo existente entre as promessas do idealismo constitucional e os efeitos do formalismo constitucional, atribuindo o fracasso majoritariamente ao afastamento entre Estado e Sociedade, dotada de forças que não estavam sob o comando da Constituição¹⁸.

As visíveis imperfeições do modelo de autonomia da sociedade frente ao Estado, que também dizia respeito ao livre mercado, demandou atuação do ente estatal para corrigir iniquidades sociais. Não apenas, passando o Estado a agir sobre e na economia. Frente ao crescimento das ideias socialistas que se disseminavam na Europa, centro político do mundo novecentista, ameaçando a hegemonia capitalista, urgia a necessidade de transformação do modelo político, seja para fazer frente ao socialismo, seja para evitar o surgimento de um novo modelo. O Estado burguês se adapta para absorver demandas sociais

16 BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 24ª Ed. atual. e ampl., São Paulo, Malheiros Editores, 2009, p. 171.

17 CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. Curso de Direito Administrativo. 2ª Ed. rev., ampl., e atual., Salvador, Editora Jus Podium, 2009, p. 49

18 BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 24ª Ed. atual. e ampl., São Paulo, Malheiros Editores, 2009, p. 96.

e minimizar, assim, as agruras que afligiam os cidadãos economicamente vulneráveis, diminuindo as tensões e a ameaça de rupturas.

Tais transformações do Estado moderno implicaram na demanda por atuação positiva do aparelho do Estado, dotando-o de deveres-poderes de intervenção no domínio econômico e de execução de políticas públicas, metas e instrumentos de ação que o Poder Público define para a realização de interesses públicos sob proteção¹⁹, no bojo das quais são prestados serviços públicos de interesse social e são estabelecidas leis que implicam nas restrições ao livre exercício do direito de propriedade, promovendo mitigações à lógica contratualista em prol do bem estar social. Eros Grau, de forma clara²⁰:

No desempenho do seu novo papel, o Estado, ao atuar como agente de implementação de políticas públicas, enriquece suas funções de integração, de modernização e de legitimação capitalista.

Essa sua atuação, contudo, não conduz à substituição do sistema capitalista por outro. Pois é justamente a fim de impedir tal substituição – seja pela via da transição para o socialismo, seja mediante a superação do capitalismo e do socialismo – que o Estado é chamado a atuar sobre e no domínio econômico.

O Estado Liberal não era estático. A dinâmica política não eliminou o substrato de liberdade que o caracteriza em sua origem, mas forçou que houvesse ampliação, dando ensejo ao surgimento dos direitos sociais²¹. Ocorre uma ampliação dos direitos fundamentais com o alvorecer do século XX, quando as Constituições passam então a garantir uma nova gama de direitos aos cidadãos, os quais se costuma designar como de segunda geração (direitos de igualdade), por meio dos quais se busca estabelecer uma liberdade real e igual para todos, mediante a ação corretiva dos Poderes Públicos²².

Durante o período entre guerras, sobretudo após 1929, quando ocorre a quebra da bolsa de Nova York, símbolo da derrocada do modelo liberal de desregulamentação do mercado, se observa um notável crescimento da adoção do modelo de Estado Social mundo afora. O pensamento neoclássico econômico é reavaliado por John Maynard Keynes, sendo proposta a ampliação significativa da intervenção estatal e dos gastos públicos para superação

19 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 32ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 2019, p. 1658.

20 GRAU, Eros. Op. Cit., p. 43.

21 BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. 7ª Ed. rev. e ampl., São Paulo, Malheiros Editores, 2008 p. 41.

22 MENDES, Op. Cit., p. 201.

da crise e promoção de estímulos ao crescimento econômico, à geração de empregos e ao bem-estar social. Primeiramente aplicado no *New Deal* do governo americano de Theodore Roosevelt, o keynesianismo foi disseminado na Europa do pós 2ª guerra²³. Em linha com o sistema econômico, no plano jurídico as constituições formais passaram a regular a realidade econômica, social e cultural, ou seja, conteúdos basilares que conformam a ordem política, materialmente constitucionais²⁴. A clássica restrição do conteúdo constitucional à organização do poder político, à distribuição de competências, ao exercício da autoridade e à forma de governo foi abandonada. Além disso, as constituições passaram a conter diretrizes programáticas, legitimando políticas públicas para dar direção prospectiva e legitimar a atuação estatal na persecução do interesse público. Bercovici leciona que²⁵:

Governar, no entanto, passou a não ser mais a gerência de fatos conjunturais, mas também, e sobretudo, o planejamento do futuro, com o estabelecimento de políticas a médio e longo prazo. Com o Estado Social, o *government by policies* substitui o *government by law* do liberalismo. A execução de políticas públicas, tarefa primordial do Estado Social, com a conseqüente exigência de racionalização técnica para a consecução dessas mesmas políticas, acaba por se revelar incompatível com as instituições clássicas do Estado Liberal.

Surgia assim o Estado Social, ou Estado de Bem-Estar Social. O "*Welfare State* Keynesiano", onde predomina uma visão social-democrática de uma sociedade que combina o dinamismo econômico do capitalismo com os valores políticos do socialismo²⁶. Sobre o Estado Social, Bresser-Pereira descreve que²⁷:

Nessa nova forma de Estado, haverá um aumento indireto de salários através, de um lado, de leis trabalhistas protegendo os trabalhadores, e, de outro, da forte ampliação

23 PAULA, Op. Cit., 29.

24 BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 24ª Ed. atual. e ampl., São Paulo, Malheiros Editores, 2009, p. 80.

25 BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 36, nº 142, abr/jun 2009, p. 37. <http://staticsp.atualidadesdodireito.com.br/marcelonovelino/files/2012/08/Constitui%C3%A7%C3%A3o-dirigente-e-garantia.pdf>. Acesso em 26/01/2021.

26 CLARKE, Simon. Crise do Fordismo ou crise da Social-Democracia?. Disponível em https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64451991000200007&script=sci_arttext&tlng=pt. Acesso em 26/01/2021.

27 BRESSER-PEREIRA. Luiz Carlos. Democracia, Estado Social e Reforma Gerencial. Revista de Administração de Empresas, São Paulo, v. 50, nº 1, jan/mar 2010. p. 113. Disponível em <https://www.scielo.br/pdf/rae/v50n1/a09v50n1.pdf>. Acesso em 26/01/2021.

dos serviços sociais e científicos proporcionados pelo Estado. O Estado Social que se torna dominante nos países desenvolvidos após a Segunda Guerra Mundial foi resultado desse compromisso ao buscar, com razoável êxito, os cinco objetivos do Estado – segurança, liberdade, bem-estar econômico, justiça social e proteção da natureza – no quadro dos regimes democráticos.

Na vigência do Estado Social, entraram em cena as constituições dirigentes ou programáticas, que se caracterizam pela presença de objetivos, programas de ação e metas, envolvendo atividades nos campos econômico, social e cultural²⁸. Ou seja, legitimam políticas públicas que devem ser implementadas pelo Estado. O exercício do poder, independentemente da conjuntura política estabelecida pelos grupos dominantes, tem como pressuposto o atingimento de determinados objetivos, um caminho a ser trilhado já desenhado pelo constituinte originário, criando limites claros para sua atuação. A incompatibilidade dos programas de governo com o modelo econômico definido pela constituição ensejará situação de inconstitucionalidade, institucional e normativa. Não é possível, pois, estabelecer programa de governo em desacordo com tal caráter conformador e impositivo²⁹.

Decorre dessa expansão a necessidade de uma maior cabedal de normas jurídicas para regular a atuação do Estado-Administração, interna e externamente. A atuação do Poder Executivo adquire novos contornos com a ampliação do seu escopo, que ganha características de intervenção, direção e fomento da sociedade e do mercado. Eleva-se por conseguinte a complexidade do direito, que precisa fazer frente agora a um Estado-Administração maior em estrutura e diversidade de funções, exigindo-se maior racionalidade técnica, incorporando os avanços das ciências sociais aplicadas como a Economia e Administração. A divisão tradicional do poder em sua acepção horizontal, sob o prisma orgânico – Parlamento normatiza, Administração executa e Judiciário julga, não alcança a nova realidade que se apresenta.

O crescimento do Estado-Administração com a incorporação e novas funções e a impossibilidade de o legislativo acompanhar o ritmo de das modificações de uma sociedade complexa e de interesses múltiplos, a fim de permitir um exercício da função normativa concatenado com os interesses da conjuntura e em tempo adequado, resultou na abertura de espaço para a realização da função normativa pelo Poder Executivo, mais apto a acompanhar

28 MENDES, Gilmar Ferreira. Op. Cit, p. 95

29 GRAU, Eros. Op. Cit., p. 46

tempestivamente tais mudanças³⁰. Ampliou-se também o espaço jurídico para o exercício da discricionariedade, a partir da constatação de que a lei, em senso estrito, não conseguiria mais abarcar a realidade em sua amplitude, não podendo assim servir de freio para o aparelho administrativo, sob pena inclusive de contrariar o próprio interesse público. A outrora preponderância do Poder Legislativo dá espaço ao Poder Executivo.

Por óbvio, a sociedade já não era mais a mesma, evidenciando o descompasso entre o mundo dos fatos e a realidade normativa. O princípio da legalidade sob uma perspectiva formal, que dá contornos jurídicos ao controle do Estado-Administração pelo Estado-Legislator, se depara com os mesmos óbices. Não mais responde pela realidade fática, sofrendo mutações. Questionam-se as teoria positivistas e normativistas que pretendem isolar o direito de outros sistemas quando o direito se evidencia em claro descompasso com a realidade dos fatos. O mero positivismo legal - a redução da constituição a preponderância da dimensão jurídica – dá lugar ao incremento da dimensão política. Sobre a Constituição clássica do Estado Liberal³¹:

(...) Enquanto as instituições liberais funcionaram a contento, não se questionava os aspectos políticos das Constituições: a Sociedade estava despolitizada e a Constituição podia margeá-la ou quase ignorá-la, sendo aquela, pois, a idade de ouro do positivismo liberal e constitucional dos normativistas. Confiados na abstração tranquila dos textos, alcançaram eles as surpreendentes extremidades de uma teoria metaempírica, capaz de pretensiosamente dispensar os elementos sociológicos e filosóficos da realidade e proclamar com a exacerbação unilateralista do normativismo puro a identidade absoluta do Direito e do Estado.

Os excessos cometidos pela Administração cujo poder fora ampliado com a “abertura” da legalidade, sendo importante evidenciar que o período entreguerras é marcado pela ascensão dos regimes totalitários na Europa, resultam na revisão do sistema político dos países ocidentais, com impacto relevante no sistema jurídico, cujo isolamento dos demais

30 O que Eros Grau vai denominar como *capacidade normativa de conjuntura*, defendendo a melhor aptidão do Poder Executivo para gerar normas dentro de padrões de dinamismo e flexibilidade mais adequados à realidade. O ex-ministro defende, inclusive, que o exercício dessa função normativa não se trata de delegação ou derrogação da função legislativa, ou seja, não representaria ofensa ao dogma da separação de poderes. Mais além, o eminente jurista que a própria teoria clássica de Montesquieu não consiste em uma efetiva separação, mas distinção, a fim de prover equilíbrio ao sistema político. Em GRAU, Eros. O direito posto e o pressuposto. p. 226-228.

31 BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 24ª Ed. atual. e ampl., São Paulo, Malheiros Editores, 2009, Op. Cit., p. 95.

sistemas já se encontrava abalado. O normativismo positivista não perdura ao conferir legitimidade a toda e qualquer norma formalmente válida, mesmo as que deram azo aos absurdos éticos perpetrados contra a humanidade pelos regimes de exceção. A perspectiva formalista dá espaço à incorporação de valores ao Direito, como a justiça, buscando a preservação e defesa dos direitos fundamentais.

Com a ascensão do constitucionalismo do pós-guerra, as constituições se tornam alicerce objetivo de toda a estrutura jurídica, conformando a interpretação e aplicação do direito. A atuação estatal passa a ser normatizada não apenas pela lei formal, recebendo comando diretos da própria Constituição. Barroso descreve esse fenômeno de centralidade normativa da constituição³²:

Há razoável consenso de que o marco inicial do processo de constitucionalização do Direito foi estabelecido na Alemanha. Ali, sob o regime da Lei Fundamental de 1949 e consagrando desenvolvimentos doutrinários que já vinham de mais longe, o Tribunal Constitucional Federal assentou que os direitos fundamentais, além de sua dimensão subjetiva de proteção de situações individuais, desempenham uma outra função: a de instituir uma ordem objetiva de valores. O sistema jurídico deve proteger determinados direitos e valores, não apenas pelo eventual proveito que possam trazer a uma ou a algumas pessoas, mas pelo interesse geral da sociedade na sua satisfação. Tais normas constitucionais condicionam a interpretação de todos os ramos do Direito, público ou privado, e vinculam os Poderes estatais.

A doutrina de Maria Sylvia Zanella di Pietro confirma o magistério do eminente Ministro da Suprema Corte, dessa vez tratando explicitamente na seara do Direito Administrativo, ao explicitar que o primeiro passo da constitucionalização desse ramo do direito se deu explicitamente com a Lei Fundamental da Alemanha, a qual estabeleceu que “o poder legislativo está vinculado à ordem constitucional; os poderes executivo e judicial obedecem à lei e ao direito”³³. Ou seja, ao vincular a função normativa aos dispositivos constitucionais, a própria atividade legislativa passou a se subordinar à Constituição. Se a própria lei então deve atenção a algo maior, a função administrativa não poderia escapar da

32 BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Revista de Direito Administrativo, nº 240. Rio de Janeiro, 2005, p. 15. Disponível em http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf. Acesso em 22/10/2020.

33 DI PIETRO, Op. Cit., p. 110.

subordinação aos comandos constitucionais. Logo, amplia-se o conceito de legalidade para não mais apenas se referir a lei em sentido formal, mas para englobar todo o ordenamento jurídico, cuja lei maior é a Constituição. Deixa-se de ser uma mera legalidade formal para comportar a legitimidade, sendo legítimo o comportamento administrativo quando, além de respeitar os aspectos formais das regras legais, compreender materialmente os valores sociais consagrados na ordem constitucional³⁴, no exercício do controle de legalidade, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis. A função do Estado-Juiz compreende a interpretação e a criação de Direito³⁵, cumprindo papel de integração do ordenamento jurídico.

A partir da ênfase que os sistemas jurídicos empregam à proteção dos direitos fundamentais assegurados nas ordens constitucionais, submetendo a realização da função normativa e da função administrativa ao respeito obrigatório a tais preceitos; e o estabelecimento formal de objetivos que devem ser perseguidos pela políticas públicas, condicionando a atividade da administração à sua concretização, tem-se o crescimento de importância da atividade jurisdicional, que passa a realizar o controle de constitucionalidade dos atos legislativos e administrativos. Aumenta-se, pois, o espaço de sindicabilidade dos atos da Administração pela função jurisdicional com a nova compreensão da legalidade, envolvendo parâmetros constitucionais.

2.3 O Estado Regulador

A expansão do papel do Estado com a disseminação do modelo de bem-estar social produziu décadas de crescimento econômico e social, tendo esse modelo conseguido relativa hegemonia desde o pós 2ª Guerra até a década de 1970, quando inicia um período de estagnação econômica e processo inflacionário em todo o mundo. O Estado, que havia se tornado peça central na condução das economias sob premissas keynesianas, passou a ser considerado o principal responsável pelos problemas econômicos e sociais, sob o prisma do pensamento neoconservador, que se dissemina em especial após ascensão desses grupos ao poder no Reino Unido, com Margaret Thatcher; e nos Estados Unidos, com Ronald Reagan, já na década de 1980.

34 CARVALHO, Op. Cit., p. 53

35 BARROSO, Op. Cit., p. 9

O cenário de crise traz de volta ao *mainstream* da economia ideias neoclássicas defendidas pelas escolas austríaca, cujos maiores expoentes foram os economistas Ludwig Von Mises e Friedrich von Hayek; e de Chicago, cujo maior expoente foi o norte-americano Milton Friedman. O pensamento neoliberal disseminado por essas escolas foi produzido e defendido mesmo enquanto as ideias de Keynes predominavam nos países capitalistas centrais, surgindo como alternativa às medidas intervencionistas, incapazes de dar solução à estagflação. Sobre o impacto da crise econômica sobre o Estado de Bem Estar Social, Raquel Carvalho afirmar que³⁶:

O Welfare State, vitimado por uma grave crise fiscal decorrente da crise econômica mundial, mostrou-se inapto a responder, satisfatoriamente (out-put), às solicitações e requerimentos (in-puts) da sociedade. Várias contradições ocorreram dentro do projeto do Estado Social, que, cada vez mais, tornou-se menos capaz de atingir seus objetivos substanciais, sendo manifesta a debilidade de sua Administração em assumir responsabilidades, as quais não lograva cumprir.

A partir do monetarismo de Chicago, uma abordagem empírica do neoliberalismo, a política fiscal expansionista é responsável pela geração do excedente de demanda e, conseqüentemente, pela geração de inflação. As medidas keynesianas deveriam dar lugar ao controle monetário, a fim de equilibrar a economia e evitar a inflação³⁷. O mercado retomaria sua posição central como agente do desenvolvimento econômico, recomendando-se a retomada de um modelo de não-intervenção, ou de intervenção mínima para impedir a formação de trustes, permitindo assim a própria existência do livre mercado.

No seio desse movimento, também são desenvolvidas críticas à administração burocrática, como as desenvolvidas pela teoria da escolha pública, que faz uso de princípios econômicos para explicar temas de interesse das ciências políticas. De uma forma geral, apontam ineficiência do modelo público de gestão, além de argumentar que os burocratas são incentivados a atuar em benefício próprio, em detrimento do interesse público³⁸. A partir da segunda metade da década de 1980, se desenvolve no Reino Unido uma reforma gerencial do Estado, cujas premissas tomam por base as transformações na iniciativa privada pós-fordista, tendo dentre seus objetivos tornar os administradores públicos mais autônomos e responsáveis,

36 CARVALHO, Op. Cit., p. 819

37 PAULA, Op. Cit., p. 31.

38 Ibidem, p. 32.

bem como maior descentralização da prestação dos serviços sociais³⁹. O novo modelo de gestão pública foi denominado de Nova Gestão Pública (New Public Management).

A recomendação explícita para contenção dos gastos governamentais e as críticas à expansão dos direitos sociais assegurados pelas ordens constitucionais atinge em cheio a prestação de serviços públicos à sociedade. São adotadas medidas de desregulamentação na seara trabalhista. As críticas se estendem ao tamanho do Estado, cuja estrutura orgânica havia se ampliado significativamente para fazer frente à execução das políticas públicas. A Administração passa por um processo de *downsizing*, no seio do qual se defende sob gestão direta do Estado apenas funções típicas como o planejamento, coordenação e regulação, incentivando-se a privatização de empresas públicas, a execução indireta de serviços públicos por meio de concessões à iniciativa privada ou por entidades do terceiro setor, imprimindo uma modelagem concorrencial numa área que por longos anos foi monopolizada pelo serviço público.

Migra-se assim de um Estado positivo, Estado-Providência, prestador de serviços públicos, para um Estado precipuamente Regulador. Giandomenico Majone elenca três tipos principais de intervenção pública na economia: redistribuição de renda, estabilização macroeconômica e regulação de mercados. A primeira delas consiste na transferência de recursos ou na provisão de “bens de mérito” (prestação de serviços públicos). A estabilização macroeconômica consiste na manutenção de níveis de emprego e crescimento econômico satisfatórios, via política fiscal e monetária, conjuntamente com mercado de trabalho e política industrial. Já a regulação se trata da correção de várias falhas de mercado, como a criação de monopólios, externalidades negativas, a assimetria de informações e a provisão insuficiente de serviços públicos⁴⁰. Com a regulação, logo, busca-se otimizar a dinâmica do mercado não mais pela intervenção direta com a prestação positiva dos serviços ou pela participação do estado no domínio econômico em sentido estrito, mas pelo desenho de um novo modelo de governança pública que compreende o estabelecimento de normas e padrões de qualidade que vão balizar a prestação dos serviços de interesse do Estado pelos agentes de mercado.

39 BRESSER-PEREIRA, Op. Cit., p. 114.

40 MAJONE, Giandomenico. Do Estado positivo ao Estado regulador: causas e consequências no modo de governança. Revista do Serviço Público, Ano 50, nº 1, Jan-Mar 1999, p. 23. Disponível em <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/339/345>. Acesso em 26/01/2021.

Para o exercício desse mister, surge uma nova figura administrativa, com forte influência do modelo de *common law*: as agências reguladoras. A criação de uma nova pessoa jurídica tem fundamento na elevada qualificação e especialização que a atividade requer para regular questões conjunturais de segmentos específicos de mercado e tecnicamente complexas, além de estabelecer um regime jurídico que permita o funcionamento da entidade com um maior grau de independência frente a intervenções de cunho político.

Consoante Di Pietro, Nos Estados Unidos, as agências possuem uma função quase legislativa, por produzirem normas com força obrigatória sob os auspícios da lei (em sentido formal) e quase judicial, pela função de resolução de conflitos entre prestadores de serviços e usuários. A partir da Corte Suprema, estabeleceu-se um tripé que justifica a delegação normativa às agências: as resoluções normativas da agência seguem *standards* estabelecidos em lei previamente aprovada; a participação dos interessados na formação das decisões da agência, seja nos casos concretos, seja na edição de regulamentos; e o aperfeiçoamento do controle judicial, conforme a doutrina do *devido processo legal substantivo*, cabendo ao judiciário controle da razoabilidade tanto do procedimento, onde se tem elevada exigência frente ao rigor formal dos procedimentos decisórios, à racionalidade frente aos dados colhidos pela agência, à relação custo-benefício e às normas adotadas; quanto à razoabilidade das decisões frente aos conceitos jurídicos legais indeterminados contidos na lei⁴¹.

41 DI PIETRO, Op. Cit., p. 116-117.

3 REFORMAS ADMINISTRATIVAS DO ESTADO BRASILEIRO – A BUSCA POR UM MODELO EFICIENTE

3.1 O Estado Brasileiro

O Estado brasileiro, cujas bases políticas estão assentadas atualmente na Constituição da República Federativa promulgada em 05 de outubro de 1988, considerando a sua característica dirigente, tem objetivos claros definidos, os quais deverão conduzir a dinâmica do poder, positivados no art. 3º do texto constitucional (*Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*).

Por se tratar de um Estado Democrático (Social) de Direito, conforme previsão também explícita na própria Carta Magna, os agentes investidos de competência para execução das funções estatais deverão necessariamente atuar em consonância com o que prevê o ordenamento jurídico, sendo o direito pois instrumento de materialização dos comandos constitucionais e da própria conformação do poder estatal, aplicado, haja vista o já mencionado dirigismo da carta, visando à consecução dos objetivos de nossa república federativa. A aplicação do direito, portanto, não pode se afastar do cumprimento dos objetivos preconizados na Carta Maior.

E a execução das políticas públicas que são criadas exatamente para conduzir a sociedade aos fins consubstanciados, deve se dar sob os ditames do direito. Em outras palavras, o Estado-Administração deve observância ao sistema jurídico, submetendo-se ao que prescreve os dispositivos normativos exarados pelos poderes constituídos, inclusive aqueles emitidos pelo próprio poder executivo, no exercício atípico da função normativa.

Conforme Azevedo, a disciplina da função administrativa pode ser interpretada como significativa imposição à vontade do administrador público, estabelecendo-lhe freios em face das escolhas tomadas em nome do Estado, já que para serem exercitadas dependem de prévia regulamentação legal ou previsão constitucional de como devem ser minimamente

cumpridas⁴². E ao falarmos de função, é oportuno rememorar que quem administra não age por interesse próprio, como se guiado pelo voluntarismo característico daqueles que detém domínio sobre determinada coisa. Age sim com vistas ao cumprimento de um dever previamente estabelecido, o qual por sua vez se direciona ao cumprimento de objetivos dos quais derivam tal dever. Na função, para o Direito, o sujeito o faz em proveito de outrem, em observância a um dever. E para o exercício dos deveres legalmente estabelecidos é que a própria lei assegura poderes ao administrador público⁴³.

Essa clara diretriz de limitação da atuação da Administração consta do art. 37 da Constituição, no qual estão explicitados, em seu *caput*, os princípios que regem a Administração Pública de todos os entes federativos. Nesse caso, estamos falando do princípio da legalidade, basilar do Estado de direito, aos quais detivemos relevante consideração ao longo do capítulo anterior. Além dele, outros três princípios foram positivados já na redação original do dispositivo retromencionado: impessoalidade, moralidade e publicidade.

É importante esclarecermos, aproveitando a referência a Azevedo para retomarmos importante consideração a respeito da amplitude normativa do princípio, que a legalidade tem de envolver não apenas o conteúdo das leis em sentido estrito, mas de todo o ordenamento jurídico, incluídos aqui a Constituição Federal, os regulamentos e as demais fontes do direito, recebendo inclusive denominação diversa que ressalta tal característica, qual seja, princípio da juridicidade.

Nobre identifica a mutação de perfil desse princípio, que deixa de representar a subordinação da Administração à lei formal, principal fonte do direito, uma mera submissão ao parlamento, passando a expressar a ideia de conformação com o Direito, compreendendo assim suas múltiplas fontes⁴⁴. Eros Grau, de forma semelhante, desmistifica o princípio da legalidade vinculado à separação de poderes, ao defender que a legalidade será observada ainda que a função normativa não seja desenvolvida pelo Poder Legislativo⁴⁵. É que a transformação do Estado moderno, acompanhando o aumento da complexidade social, traz reflexos na compreensão do fenômeno jurídico, rompendo com a ideologia liberal que dá

42 AZEVEDO, Eder Marques de. O Estado Administrativo em Crise: aspectos jurídicos do planejamento no Direito Econômico. 1ª Ed. Editora D'Plácido, Belo Horizonte, 2018, p. 69.

43 MELLO, Celso Antônio de. Op. Cit., p. 14.

44 NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Administração Pública e o Princípio Constitucional da Eficiência. Revista de Direito Administrativo, nº 241, Jul/Set 2005, p. 211. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43371>. Acesso em 22/10/2020.

45 GRAU, Op. Cit., p. 178.

corpo ao Estado de direito, modificando a percepção meramente formal da lei que deu origem ao Estado de Direito nos primeiros momentos do século XIX.

Após quase 10 anos de promulgação da Lei Maior vigente, seu artigo 37 foi alterado, quando então foi inserido o princípio constitucional da eficiência, positivado via poder constituinte derivado por meio da Emenda Constitucional 19/98. A referida emenda visava dar caráter jurídico-institucional ao ideário da Reforma de Estado, concebida no primeiro governo Fernando Henrique Cardoso, tendo como maior intelectual o economista Luiz Carlos Bresser-Pereira, então titular do Ministério da Administração e Reforma do Estado.

O fato é que a constitucionalização do princípio da eficiência não nos pode levar a concluir que apenas com sua positivação a busca pela eficiência se tornou corolário da atuação do Poder Público, tampouco que, a partir dela, houve imediata absorção e compreensão de todos os operadores do direito quanto ao seu sentido e sua aplicação prática. Além disso, não foi só na década de 90 que os agentes políticos atentaram para a necessidade de prover eficiência à atuação da Administração Pública. Faremos, pois, um breve apanhado histórico das reformas administrativas empreendidas anteriormente a gerencialista, da década de 1990. Enfaticamente, as empreendidas na década de 1930, sob a liderança de Getúlio Vargas, e a que vem na esteira do Decreto-Lei nº 200/67, durante a ditadura militar.

3.2 A Reforma do Estado da Década de 1930

Podemos afirmar que a preocupação de agregar o valor da eficiência à atuação do poder Executivo no país se inicia intelectual e institucionalmente, de forma muito clara, durante o Governo Provisório da década de 1930, sob a liderança de Getúlio Vargas. Já no primeiro ano do governo revolucionário, que pôs fim ao que se convencionou denominar República Velha, o líder gaúcho deixava clara sua preocupação com a modernização da Administração. Lira Neto rememora o discurso de ampla austeridade e modernização financeira encampado por Getúlio, o qual se dizia empenhado em promover uma maior eficiência da administração pública, ajustar os quadros do funcionalismo, reorganizar o Tesouro Nacional, atualizar a gestão fiscal e robustecer o Tribunal de Contas⁴⁶. E não ficou

46 NETO, Lira. Getúlio 1930-1945: do Governo Provisório à Ditadura do Estado Novo. Companhia das Letras, São Paulo, 2013, p. 84.

apenas no discurso. Conforme Wahrlich, ainda em 1930 já estavam bem delineadas as principais preocupações de Getúlio no tocante à reforma administrativa, nos primeiros anos de seu governo: fortalecer a organização administrativa federal a partir do *setor social*, e a introdução de medidas de racionalização administrativa, visando à obtenção de maior economia e eficiência⁴⁷. A pesquisadora ainda enfatiza o interesse de Getúlio quando da instalação da Comissão de Reforma Legislativa em 1931, quando o presidente defendeu na oportunidade que “antes de tudo, o *problema brasileiro é um problema de administração*. Os erros e falhas, resultantes da anarquia administrativa, foram os causadores diretos de nossos maiores males e os fatores decisivos do movimento revolucionário⁴⁸”. Viviam-se no mundo o surgimento e disseminação da administração científica, cujas bases principais foram assentadas por Taylor. Na Administração pública, a influência é percebida na racionalização mediante a simplificação, padronização e aquisição racional de materiais, revisão de estruturas e aplicação de métodos na definição de procedimentos. Nesse período, foi instituída a função orçamentária, enquanto atividade formal e permanentemente vinculada ao planejamento⁴⁹.

Durante a década de 1930, a gestão de Getúlio deu início a transformações da Administração que marcam um claro enfrentamento do modelo patrimonialista de gestão da coisa pública, disfunção na qual não são estabelecidos limites claros entre o patrimônio público e particular dos detentores do poder, movendo-se a máquina para atender os desígnios das camadas dominantes em detrimento dos interesses comuns da sociedade. Se lembrarmos a noção de administração como um dever, em contraponto à propriedade, conforme a acepção de Bandeira de Mello a qual fizemos alusão, considerando essa marcante característica do patrimonialismo, sequer poderíamos falar em um modelo de administração. Como uma boa síntese do que vem a ser patrimonialismo, Lustosa explica que, nesse modelo, o aparelho estatal funciona como uma extensão do poder soberano, e os seus auxiliares e servidores possuem status de nobreza real, sendo os cargos considerados prebendas. Não há, logo,

47 WAHRLICH, Beatriz M. De Souza. O Governo Provisório de 1930 e a Reforma Administrativa. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, out/dez 1975, p. 11. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/viewFile/6017/4683>. Acesso em 26/10/2020.

48 Ibidem, p. 11

49 CAMPELO, Graham Stephen Bentzen. Administração Pública no Brasil: ciclos entre patrimonialismo, burocracia e gerencialismo, uma simbiose de modelos. Ci. & Tróp., Recife, v.34, n. 2, p.309. Disponível em <http://www.uece.br/sate/dmdocuments/GPM%20-%20Administra%C3%A7%C3%A3o%20p%C3%Bablica%20no%20Brasil%20%5BTUTORES%5D.pdf>. Acesso em 25/10/2020.

diferenciação entre a *res pvblica* e a *res principis*⁵⁰. Há aqui uma confusão entre as esferas política e econômica, configurando a detenção do poder político a posse de um “patrimônio”, fonte substancial de riqueza⁵¹. No mesmo sentido, Faoro explica que o domínio patrimonial, marca histórica legada pelo domínio português ao Brasil, em um estágio inicial, se apropria das oportunidades econômicas de desfrute dos bens, das concessões e dos cargos, numa confusão entre os setores público e privado, e se extrema em competências fixas com o aperfeiçoamento da estrutura⁵². Tal modelo é o que predominou pelos mais de 300 anos do período colonial no Brasil, resistindo mesmo à vigência de Estados constitucionais inaugurados no país a partir da Carta de 1824, como uma marca estrutural da nossa formação. Com a ruptura da República Velha e a ascensão ao poder das lideranças do movimento revolucionário de 1930, especialmente a partir da Carta Política de 1934, tem-se início então o esforço de implementação do modelo burocrático de administração no país, incorporando o *ethos* racional-legal à Administração Pública, a partir do estabelecimento de um corpo técnico profissional organizado hierarquicamente, que imprime impessoalidade e faz uso do ferramental científico para exercício das atribuições. Utilizaremos da descrição de Lustosa para melhor esclarecer como funciona a administração pública burocrática⁵³:

A administração pública burocrática se caracteriza pela profissionalização, a ideia de carreira, a hierarquia funcional, a impessoalidade, o formalismo, em síntese, o poder racional legal. Os controles administrativos, visando evitar a corrupção e o nepotismo, são sempre *a priori*. Parte-se de uma desconfiança essencial nos administradores públicos e nos cidadãos que a eles dirigem demandas. O controle rígido dos processos volta-se para a administração de pessoal, as compras e o processamento de demandas.

Para Bresser-Pereira, a clara separação entre o Estado e o mercado é condição para desenvolvimento do próprio capitalismo. Seguindo seu raciocínio, a democracia só pode existir quando a sociedade civil, formada por cidadãos (e no seio da qual se insere o próprio mercado), se diferencia e, ao mesmo tempo controla o Estado. Eros Grau enfatiza a relação

50 LUSTOSA, História das Reformas Administrativas no Brasil: narrativas, teorizações e representações. Revista do Serviço Público, Brasília, nº59, Jul/Set 2008, p. 276. Disponível em <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/150>. Acesso em 25/10/2020.

51 PAULA, Op. Cit., p. 106.

52 FAORO, Op.Cit., p. 820

53 LUSTOSA, Op. Cit., p. 281.

estreita entre o Estado Moderno e o mercado capitalista, tendo ambos surgido quase que concomitantemente. O mercado tem como condição de existência a calculabilidade e da racionalidade advindas da Direito Moderno⁵⁴. Esse caminho da própria transformação do capitalismo gerou a necessidade de desenvolvimento de um tipo de administração que partisse não apenas da clara distinção entre o público e o privado, mas também da separação entre o político e o administrador público, resultando na administração burocrática moderna⁵⁵. Assim, a burocracia seria um meio de abandonar o modelo pré-capitalista que imperava nas primeiras décadas do século XX no Brasil, mesmo com a adoção do modelo republicano já na Constituição de 1891.

Far-se-ia necessário, pois, como condição do desenvolvimento do capitalismo nacional, um amplo esforço no sentido de transformação da máquina pública para implantação de uma burocracia nos moldes weberianos.

Os esforços getulistas nesse sentido foram materializados na criação do Departamento de Administração do Serviço Público (DASP) no ano de 1938 a partir do Decreto-Lei nº 579, de onde foram gestadas políticas inovadoras na administração de pessoal, planejamento e orçamento⁵⁶. O órgão, subordinado diretamente ao presidente da República, tinha dentre suas competências *o estudo pormenorizado das repartições, departamentos e estabelecimentos públicos, com o fim de determinar, do ponto de vista da economia e eficiência, as modificações a serem feitas na organização dos serviços públicos, sua distribuição e agrupamentos, dotações orçamentárias, condições e processos de trabalho, relações de uns com os outros e com o público*. Interessante mencionar que o Decreto-Lei cria, além do DASP, comissões de eficiência em cada um dos ministérios, subordinadas tecnicamente ao departamento. Dentro o rol de funções constantes do art.17, estão o estudo permanente dos serviços prestados pelos ministérios; proposição de alterações nas lotações das repartições; inspecionar os serviços do ministério e propor medidas que julgar necessárias à sua racionalização. Eficiência, pois, presente na agenda pública da década de 1930.

Conforme acima já mencionado, há um avanço notório e bem sucedido da administração de Vargas no estabelecimento de políticas sociais, que marcam o crescimento do Estado e a absorção das ideias sociais-democratas que cresciam tanto na Europa (inclusive

54 GRAU, Op. Cit., p. 31.

55 BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática a gerencial. Revista do Serviço Público, Ano 47, V. 120, n.1, jan-abr 1996, p. 10. Disponível em <http://bresserpereira.org.br/papers/1996/95.AdmPublicaBurocraticaAGerencial.pdf>. Acesso em 22/10/2020.

56 PAULA, Op. Cit., p. 106.

nos regimes nacionalistas totalitários da Alemanha e da Itália que ascenderam no mesmo período), como nos Estados Unidos e o *Welfare State* keynesiano. Além da necessidade de expansão para fazer frente à execução de serviços públicos, corrigindo as marcantes desigualdades estruturais do país, começam a tomar corpo no Brasil as teorias desenvolvimentistas, como ficam conhecidas as políticas intervencionistas nos países latino-americanos, forte reflexo da depressão que se seguiu à quebra da bolsa de Nova York, de impacto internacional, que colocaram o Estado no centro do planejamento econômico, ocorrendo atuação direta do Poder Público na ordem econômica.

As transformações políticas, econômicas e sociais resultam em uma hipertrofia do Poder Executivo, tanto em tamanho quanto em competências, sendo importante rememorar que, da revolução de 1930 ao fim do Estado Novo, em 1945, o Brasil experimentou um período inferior a 03 anos de ordem constitucional democrática, sob a égide da carta de 1934, subjugando a democracia a um longo regime totalitário. O modelo federalista centrífugo brasileiro se acentua, competindo para a concentração de poder nas mãos do presidente da república, tanto na perspectiva horizontal (separação de poderes) quanto vertical (modelo federativo).

Verifica-se no âmbito jurídico, como uma esperada consequência das transformações experimentadas no período, a transformação do modelo de legalidade meramente formal, no qual a normatização derivava exclusivamente a partir da lei em sentido estrito, emanada pelo Poder Legislativo. A modificação da ordem jurídica ocorre no compasso da alteração da ordem política. Surge um forte discurso político contra o parlamento, sendo visto como um órgão auto-referenciado, em descompasso com a dinâmica social, e com preocupações apartadas dos interesses da sociedade, voltadas principalmente para interesses eleitorais. Podemos observar tal crítica no discurso de Francisco Campos, integrante do alto escalão da ditadura varguista⁵⁷:

A Constituição de 1934 vedava, em termos absolutos, a delegação de poderes. Foram os tribunais que, na expressão do professor Goodnow, ‘tomaram da ciência política uma nebulosa teoria e a transformação (transformaram) em uma regra ineficaz e inapplicavel’. A Constituição de 10 de novembro permite expressamente a delegação do poder legislativo. Nisto, ainda, a Constituição de 10 de novembro

57 CAMPOS apud GRAU, Eros. O Direito Posto ao Pressuposto. 9ª Ed. rev. e ampl., Malheiros Editores, 2014, p. 182.

atendeu à realidade, Não há hoje nenhuma controvérsia relativamente à incapacidade do corpo legislativo para a legislação directa. É a sobrevivência de um órgão às condições que o geraram. No século passado, o papel do Estado era, antes de tudo, negativo: intervir o menos possível. O Parlamento era um órgão eminentemente político, cuja função não era uma função técnica, mas política: controlar o governo e servir de órgão autorizado de expressão da opinião pública. A legislação se limitava a regular questões gerais e simples. (...) Por sua vez, mudaram as funções do governo: de negativas passaram a positivas. A legislação é hoje uma imensa técnica de controle da vida nacional, em todas suas manifestações. A legislação perdeu seu caráter exclusivamente político, quando se cingia apenas a questões gerais ou de princípios, para assumir um caráter eminentemente técnico. Os processos parlamentares continuaram os mesmos, a função dos parlamentos passou a ser infinitamente mais complexa e difícil. Ora um corpo constituído de acordo com os critérios que presidem a constituição do Parlamento é inapto às novas funções que pretende exercer. Capacidade política não importa capacidade técnica, e a legislação é hoje uma técnica que exige o concurso de vários conhecimentos e várias técnicas. Da incapacidade do Parlamento para a função legislativa resulta a falta de rendimento de seu trabalho. Não só o Parlamento funciona a maior parte do tempo no vazio, fugindo, assim, à execução de uma tarefa acima de suas forças e que não pode ser realizada mediante os defeituosos processos parlamentares, como, quando aborda a tarefa, o faz, a maior parte das vezes, de pontos de vista estranhos aos verdadeiros interesses em jogo, considerando as questões mais no plano do interesse político e das exigências eleitorais, do que no seu plano próprio e adequado. (...)

De toda forma, a submissão dos demais poderes aos desígnios do governo ditatorial não impediu o avultamento da produção normativa. Francisco Campos deixa explícita, por meio de uma roupagem intelectual e tecnicista, a baixa expectativa quanto aos bons frutos que poderiam ser colhidos da atividade parlamentar, elogiando a opção da Constituição de 1937 pela delegação de poderes normativos ao Executivo. O art. 12 da Carta do Estado Novo estabelecia que *o Presidente da República pode ser autorizado pelo Parlamento a expedir decretos-leis, mediante as condições e nos limites fixados pelo ato de autorização*, enquanto a Carta de 1934, de forma mais abrangente, vedou a delegação de atribuições entre os poderes (art. 3º, § 1º).

Com a administração pública no centro do movimento reformista da gestão de Getúlio, temos em decorrência uma elevada produção normativa, função exercida

atipicamente pelo Poder Executivo, voltada a disciplinar matérias atinentes ao direito público, sobretudo o administrativo, cuja complexidade acompanha a nova realidade do Estado Nacional, provedor de serviços públicos, com forte intervenção na economia e com relevante papel na redistribuição de renda.

3.3 A Ditadura Militar e o Decreto-Lei nº 200/67

O perfil expansionista e desenvolvimentista do Estado brasileiro vai perdurar para além do Estado Novo, marcando a segunda república e o período ditatorial militar. Ainda assim, já se observa no governo militar, com a edição do Decreto-Lei nº 200/1967, alguma inflexão no modelo burocrático para adoção de medidas que seriam largamente estimuladas pelo gerencialismo, que ganharia força mais à frente, na década de 1980 no Reino Unido e Estados Unidos, e na década de 1990 no Brasil. O diploma estabelece como princípios fundamentais da atividade administrativa o planejamento, a coordenação, a descentralização, a delegação de competência e o controle.

O decreto-lei discorre de forma mais objetiva quanto aos princípios supra, dispondo que o planejamento visava à promoção do desenvolvimento econômico-social do País e a segurança nacional, demonstrando que o esforço gerencial, nesse caso, serviria a uma ideologia desenvolvimentista, sem a influência neoliberal que virá mais à frente após a Constituição de 1988.

Ao abordar a descentralização, uma das mais fortes características do gerencialismo, o decreto-lei incumbe a alta administração do estabelecimento de normas, critérios, programas e princípios, atribuindo a execução aos serviços de natureza local, aos estados e municípios, mediante convênio, cabendo aos ministérios a devida fiscalização e controle, condicionando a liberação de recursos ao fiel cumprimento dos programas e convênios; e mesmo à iniciativa privada, mediante execução indireta, quando existente e suficientemente desenvolvida para o desempenho dos encargos de execução. O esforço de descentralização e o viés desenvolvimentista ainda seriam caracterizados no período pela forte expansão da Administração Indireta, com a criação de novas empresas públicas.

Quanto ao controle, é importante mencionar que, além da própria preocupação em estabelecer um sistema de acompanhamento de aplicação dos recursos públicos (sendo aqui conveniente lembrar que já estávamos, nesse período, sob a égide da Lei nº 4.320/1964, a

qual estabeleceu normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, até hoje vigente no nosso ordenamento jurídico), o Decreto-Lei positiva a racionalização de processos e a supressão de controles meramente formais, demonstrando preocupação com os excessos inoportunos do modelo burocrático de Administração. O Decreto-Lei ainda sistematiza regras para as contratações públicas, que vigeriam até a edição do Decreto-Lei 2.300/1986, antecessor da Lei Federal nº 8.666/93.

Durante o período militar, as tentativas de reforma foram mais bem sucedidas em relação ao período democrático anterior, visto não terem sido necessárias as mesmas exigências de conciliação política da segunda república, decorrência lógica do próprio regime ditatorial, de forma semelhante às reformas empreendidas durante o Estado Novo. Assim como o excerto que trouxe o discurso de Francisco Campos durante a ditadura varguista, o trecho seguinte, extraído de texto de Dalmo de Abreu Dallari, mostra como a doutrina administrativista do período buscava o fortalecimento do Executivo em detrimento do legislativo, como um caminho para processamento das mudanças que detinham apoio de parte relevante da elite intelectual do período⁵⁸:

A participação - do Executivo - na criação dos próprios instrumentos legais de atuação tem seu ponto alto na prática, bastante generalizada, na delegação do poder legislativo. Essa prática representa importante passo na superação do dogma da separação de poderes e permite a elaboração de leis mais perfeitas em tempo mais curto, eliminando a possibilidade e a necessidade de transacionar, que prejudica irremediavelmente o trabalho dos Parlamentos. Há uma opinião generalizada no sentido de reconhecer que os Parlamentos, por uma série de razões, são os órgãos de Estado que se mostram mais desaparelhados para cumprimento de novas tarefas. Entre as causas desse desajuste têm-se evidenciado, sobretudo, a lentidão de seu funcionamento, a imperfeição das leis elaboradas com a participação e interferência de pessoas despreparadas para esse trabalho e o caráter conservador dos Parlamentos, que resulta da participação neles, de muitas correntes políticas de tendências contraditórias, que reciprocamente se neutralizam e se anulam quanto às iniciativas mais arrojadas e de alcance mais profundo.

58 DALLARI apud GRAU, Eros. O Direito Posto ao Pressuposto. 9ª Ed. rev. e ampl., Malheiros Editores, 2014, p. 181.

Lustosa rememora que a reforma dos anos trinta, de cunho formalista, ambicioso e autoritário, ocorreram em plena ditadura. Já as tentativas ocorridas na década de cinqüenta, mesmo revestidas das mesmas dimensões estratégicas, não conseguiram ser implementadas, certamente pela ausência de força de um regime ditatorial⁵⁹. A despeito do impacto positivo em relação ao incremento de eficiência, o processo permitiu a criação de uma tecnocracia estatal que alijou a sociedade civil dos processos decisórios, resultando em uma forma de neopatrimonialismo, uma remodelação do tradicionalismo, agora na forma de dominação dos burocratas⁶⁰. Tal percepção se coaduna com o que defende a teoria das escolhas públicas, já referenciada nessa pesquisa, a qual evidencia os incentivos para que a alta burocracia haja em interesse próprio em detrimento do interesse público.

Assim, os esforços de implementação de uma burocracia e de modernização na máquina pública, apesar de perceptíveis, não lograram êxito em sepultar peremptoriamente o nosso passado patrimonialista, verificando-se a convivência de ambos os modelos durante toda a história de nossa república. Com a chegada da onda gerencialista, tampouco vislumbraríamos a extirpação definitiva das características clientelistas e corruptas, problemas estruturais do nosso país. Beltrão assinala, no início dos anos 80, que o centralismo, o autoritarismo, o formalismo a desconfiança e a tutela que marcaram a Administração Colonial portuguesa no Brasil, insistem em perdurar de forma expressiva na maior parte das leis e regulamentos que regiam a Administração Pública, orientando inconscientemente o comportamento da maioria dos responsáveis pela Administração. Em uma crítica mais direta ao modelo burocrático que aqui no país se consolidou, apontou a concentração do poder decisório como principal causa da morosidade das soluções, do crescimento desmesurado da máquina pública e do progressivo esvaziamento da autoridade periférica. Também compreende como de igual gravidade a padronização e uniformização de soluções gestadas em uma cúpula para implementação em um país enorme e desigual, diverso, o que reclamaria soluções diferentes para problemas diferentes⁶¹. Ainda mais contundente que Beltrão, o então ministro que capitaneou a reforma administrativa nos anos 90 vê as fraquezas do modelo burocrático serem evisceradas no auge da implementação do grande Estado social e econômico, quando foi possível constatar a ausência de qualidade, rapidez e custos baixos dos

59 LUSTOSA, Op. Cit. 274

60 PAULA, Op. Cit., p. 107

61 BELTRÃO, Hélio. Programa Nacional de Desburocratização. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, n. 15, jul/set 1981, p. 94

serviços prestados ao público. Bresser descreve a administração burocrática como lenta, cara, auto-referida e pouco orientada para o atendimento da demanda dos cidadãos⁶².

Azevedo ressalta que, a despeito da oposição ao modelo patrimonialista, o qual não detém defensores explícitos de suas consequências, o modelo burocrático não ficou imune a críticas, visto que, consoante a leitura de Beltrão, gerou lentidão, por elevada onerosidade e desgastante complexidade dos sistemas para que os usuários possam ter acesso aos serviços. Complementa ainda que, mesmo que tenha visível correlação com a ampliação das funções administrativas, como a prestação de serviços públicos, houve descolamento quanto às preocupações concretas com o atendimento de demandas sociais⁶³. Não é a toa que hoje o termo burocracia possui forte conotação negativa, tendo maior vinculação com as disfunções do sistema em detrimento de suas próprias premissas, não descartadas plenamente pelo modelo gerencial, como a profissionalização dos servidores públicos.

3.4 A Reforma Gerencial da Década de 1990

Chegaria ao Brasil então nesse período ideias disseminadas no campo da administração de empresas privadas, que já havia se espalhado nos países europeus, após um período de reafirmação dos valores burocráticos que marcaram o momento posterior a segunda guerra, como a descentralização e flexibilização administrativa, lançou luz Bresser. O economista ainda explica que esses novos valores vão ganhar força para subsidiar reformas da administração pública a partir dos anos 70, com a crise do Estado-Social, o que leva concomitantemente à crise do modelo burocrático. Beltrão menciona, dentre as inovações no campo da administração, as teorias centradas no comportamento do homem, além das inovações tecnológicas ligadas à automação, à cibernética, aos enfoques sistêmicos e as estruturas matriciais⁶⁴. Inicia-se nos países centrais, pois, a migração para uma administração pública gerencial. A Nova Administração Pública (*New Public Management*) que

62 BRESSER-PEREIRA, Da administração pública burocrática a gerencial. Revista do Serviço Público, Ano 47, V. 120, n.1, jan-abr 1996, p.11. Disponível em <http://bresserpereira.org.br/papers/1996/95.AdmPublicaBurocraticaAGerencial.pdf>. Acesso em 22/10/2020.

63 AZEVEDO, Op. Cit. p.115.

64 BELTRÃO, Op. Cit., p. 93.

mencionamos no capítulo 2. Sobre a crise do modelo burocrático no Brasil no magistério de Bresser-Pereira⁶⁵:

A crise da administração pública burocrática começou ainda no regime militar não apenas porque não foi capaz de extirpar o patrimonialismo que sempre a vitimou, mas também porque esse regime, ao invés de consolidar uma burocracia profissional no país, através da redefinição das carreiras e de um processo sistemático de abertura de concursos públicos para a alta administração, preferiu o caminho mais curto do recrutamento de administradores através das empresas estatais. Esta estratégia oportunista do regime militar, que resolveu adotar o caminho mais fácil da contratação de altos administradores através das empresas, inviabilizou a construção no país de uma burocracia civil forte, nos moldes que a reforma de 1936 propunha.

Bresser elencou quatro problemas relacionados à reforma: dois problemas que classificou como econômico-políticos, a delimitação do tamanho do Estado e a redefinição de seu papel regulador; um essencialmente político, o aumento da governabilidade política do governo de intermediar interesses, garantir legitimidade e governar; e um econômico-administrativo, que aqui merece nossa maior atenção por conta da correlação com o objeto da dissertação, qual seja, a recuperação da governança ou capacidade financeira e administrativa de implementar as decisões políticas tomadas pelo governo⁶⁶.

Quanto ao problema de governança administrativa, Bresser fala de uma visão mais ampla que o ajuste fiscal, buscando a implementação de uma administração pública mais moderna, mais eficiente, marca de quase todos os governos. Avaliou que a assunção de novos papéis e o consequente crescimento do Estado resultara em ineficiência, defendendo espaço para a compatibilização da Administração com os avanços tecnológicos, mais ágeis, descentralizadas, mais voltadas para o controle de resultados do que o controle de procedimentos⁶⁷.

A reforma gerencial no Brasil é a primeira de grande impacto cuja aprovação se deu em um ambiente democrático, tendo sido institucionalizada em nível constitucional a

65 BRESSER-PEREIRA, Da administração pública burocrática a gerencial. Revista do Serviço Público, Ano 47, V. 120, n.1, jan-abr 1996, p.11. Disponível em <http://bresserpereira.org.br/papers/1996/95.AdmPublicaBurocraticaAGerencial.pdf>. Acesso em 22/10/2020.p. 11.p. 9.

66 BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. A Reforma do Estado nos Anos 90: Lógica e Mecanismos de Controle. p. 49-50. Disponível em <http://www.bresserpereira.org.br/documents/MARE/CadernosMare/CADERNO01.pdf>. Acesso em 25/01/2021.

67 Ibidem, p. 79-80.

partir da Emenda Constitucional nº 19/98. A despeito do relativo sucesso, refletido na aprovação da emenda e nos instrumentos infraconstitucionais que carregam o espírito de descentralização e flexibilização da máquina, abrindo espaço para uma maior participação dos agentes privados na gestão de serviços públicos – Lei Geral das Concessões Públicas, Programa Nacional de Desestatização, Lei das Organizações Sociais e das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, Lei Geral das Telecomunicações, Criação das Agências Reguladoras, o forte viés de austeridade que marcou a gestão do Governo Fernando Henrique Cardoso impediu uma maior descentralização administrativa, haja vista a necessidade de, para cumprir o desiderato de racionalização de gastos, concentrar esforços de controle no nível central. O forte viés fiscalista e a influência neoliberal também proveu uma leitura economicista ao princípio da eficiência, vinculado principalmente à racionalização dos gastos. Colacionamos aqui, contudo, a leitura do próprio idealizador da reforma, no sentido de que sua promoção seria, na verdade, uma forma de sustentação do Estado Social frente ao avanço neoliberal no contexto em que a reforma foi gestada:

(A Reforma Gerencial) revelou-se um instrumento fundamental das sociedades modernas para neutralizar a ideologia neoliberal que buscava diminuir o tamanho do Estado na medida em que, ao tornar mais eficiente (embora jamais tão eficiente quanto gostaríamos) a provisão dos serviços sociais públicos ou coletivos, legitima o próprio Estado Social, e garante seu aprofundamento futuro.

Outras características, além do enxugamento de gastos, estavam presentes na reforma: administração profissional, autônoma e organizada em carreiras; descentralização administrativa, maior competição entre as unidades administrativas; disciplina e parcimônia no uso dos recursos; indicadores de desempenho transparentes; maior controle dos resultados e ênfase no uso de práticas de gestão originadas no setor privado⁶⁸.

68 PAULA, Op. Cit., p. 130-131.

4 EVOLUÇÃO DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL

4.1 O Controle da Administração na Constituição de 1988

A Constituição brasileira vigente desde 1988 decorreu do processo de redemocratização brasileira, iniciado em 1985 após 21 anos de ditadura militar, com a passagem de poder do General Figueiredo, último presidente do regime ditatorial, para o presidente civil José Sarney (em decorrência da morte do mineiro Tancredo Neves, eleito originalmente de forma indireta para presidir o Brasil na retomada da democracia). A constituinte tem início em 1987, se encerrando com a promulgação da Constituição Cidadã em 05 de outubro de 1988. A preocupação dos constituintes com a institucionalização de uma administração proba e amplamente sindicável já se observa no discurso memorável de promulgação da Carta Cidadão pelo presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Ulysses Guimarães, enfatizando o combate aos desvios éticos que marcam a nossa trajetória⁶⁹:

(...) A vida pública brasileira será também fiscalizada pelos cidadãos. Do Presidente da República ao prefeito, do senador ao vereador.

A moral é o cerne da pátria. A corrupção é o cupim da República. República suja pela corrupção impune toma nas mãos de demagogos que a pretexto de salvá-la a tiranizam. Não roubar, não deixar roubar, por na cadeia quem roube, eis o primeiro mandamento da moral pública. (...)

A Lei Maior brasileira é um produto do conflito de interesse entre conservadores, ocupantes da maior parte das cadeiras de constituintes, e progressistas. Declara-se a formação de um Estado Democrático de Direito, garantidor de direitos liberais e promotor de um Estado de Bem Estar Social, ao mesmo tempo defensor da livre iniciativa e corolário da função social da propriedade e dos contratos. É programática ao estabelecer normas que determinam fins a serem perseguidos pelo Estado brasileiro. Define as estruturas do exercício do poder político, preconizando a harmonização e independência entre os poderes. Estabelece instrumentos jurídicos para a operacionalização do sistema de freios e contrapesos que vão permitir o equilíbrio entre os poderes republicanos. É marcada também

69 Íntegra do discurso do presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Dr. Ulysses Guimarães. Disponível em <https://www.camara.leg.br/radio/programas/277285-integra-do-discurso-presidente-da-assembly-nacional-constituente-dr-ulysses-guimaraes-10-23/>. Acesso em 27/07/2021.

pela intensa desconfiança da sociedade quanto ao passado autoritário, de supressão de liberdades civis perpetrada pela ditadura, e patrimonialista, com valores fisiológicos e clientelistas que persistiram aos choques de burocracia dos períodos antecedentes e que impedem a concretização de um ideal republicano que remonta à derrubada da monarquia imperial e a promulgação da Constituição de 1891, mas que não consegue se impor à estrutura de bases firmes advindas do Brasil colonial.

Em decorrência dessa desconfiança, a estrutura jurídica da Administração Pública ganha relevo constitucional, sobretudo pelas disposições do art. 37 e seus parágrafos. Respalvou-se também a criação de diversas limitações constitucionais e remédios jurídicos para impedir ou limitar o cometimento de abusos e arbitrariedades pelos detentores do poder estatal, bem como criou e aperfeiçoou instituições com competência para dar efetividade a tais remédios. Sobre a relevância dessas instituições na Carta de 1988:

O estatuto da autonomia das instituições de vigilância constitucional, o Judiciário e o Ministério Público, responsáveis por uma parte crítica do processo de freios e contrapesos indispensáveis ao presidencialismo, foi um avanço notável. São diferenças relevantes, que permitiram aos politólogos Marcus André Melo e Carlos Pereira apostar nelas como determinantes para melhor desempenho da Terceira República. (...) Com a autonomia plena, o Judiciário saiu da Constituinte como um ator político-jurídico decisivo⁷⁰.

A estrutura constitucional baseada em princípios com valor normativo dá uma nova conotação ao exercício do controle da Administração. A legalidade, pedra angular do controle administrativo em um Estado de Direito, amplia seu espectro para toda a ordem jurídica, não se restringindo mais à obrigatória observância da lei em sentido formal. Diminuiu-se o espaço de liberdade insindicável do gestor público para permitir uma ampla avaliação do exercício de seus deveres pelas instituições legitimadas na Carta Política. O robustecimento da capacidade institucional assegurado pelas garantias constitucionais, pela estrutura organizacional e funcional proporcionadas pela autonomia orçamentária e um quadro qualificado de servidores, somados à remodelagem do controle de legalidade para um controle de juridicidade e o amplo apoio social amparado na esteira do combate à corrupção como uma das principais chagas da sociedade brasileira conduziram o controle da Administração a novos

70 ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de Coalizão: Raízes e Evolução do Modelo Político Brasileiro*. 1ª Ed. São Paulo, Companhia das Letras, 2018, p. 83

patamares no período da terceira República, o qual vivemos, trazendo impactos positivos, como um incentivo claro à qualificação da atuação da Administração Pública e seus agentes, inclusive no que tange ao desenvolvimento do controle interno, bem como impactos negativos, amplamente debatidos hodiernamente, como o aumento da insegurança jurídica na aplicação do Direito Público. Tais impactos, inclusive, foram subtrato do debate que provocou a elaboração do anteprojeto acolhido pelos poderes constituídos e transformado na Lei nº 13.655/2018.

Podemos definir controle como uma série de regras, inclusive jurídicas, que permitem a fiscalização da atividade administrativa e financeira, representando vetores interpretativos para a aplicação da legislação pelos agentes públicos⁷¹. Carvalho Filho, em conceituação semelhante, entende o controle como o conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos para o exercício da fiscalização, bem como de revisão, da atividade administrativa em qualquer esfera de poder⁷². Diniz, por sua vez, ressalta as finalidades do controle, de vigilância, orientação e correção, seja anteriormente, de forma preventiva, concomitante ou posteriormente à realização de atividades materiais, atos e decisões administrativas⁷³.

O controle como necessário ao atingimento de fins institucionais encontra fundamento jurídico na Constituição de 1988, não significando que apenas com ela recebe status constitucional, mas reconhecendo que, com ela, a função de controle ganha outros patamares, como acima já afirmamos. O direito nacional já dava relevância a função do controle, elevando-o a princípio fundamental da Administração Pública com a edição do Decreto-Lei nº 200/67.

O controle como ferramenta imprescindível para o atingimento de fins institucionais não ganha vida no ventre da ordem jurídica, sendo identificado como uma das cinco funções fundamentais da administração científica. Fayol indica o controle como uma das cinco subcapacidades administrativas, definindo-o como a capacidade de comparar o programado com o executado, o plano com a ação, a instrução com a execução⁷⁴. O direito se

71 NÓBREGA, Marcos. Os Tribunais de Contas e o Controle dos Programas Sociais. Belo Horizonte, Fórum, 2011, p. 57.

72 CARVALHO FILHO, op. cit., p. 1674.

73 DINIZ, Gilberto Pinto Monteiro. Estado de Direito e Controle Estratégico de Contas. Belo Horizonte, Editora D'Plácido, 2015, p. 107.

74 SILVA, Benedicto. Taylor e Fayol: Cadernos de Administração Pública nº 44. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1960, p. 53. Disponível em

apropriada do conhecimento da Ciência da Administração e reveste de juridicidade tal função, para além da legalidade do Estado Liberal. Não se trata mais de impedir ou limitar a intervenção do Estado na propriedade privada, ainda que tal característica negativa, do não fazer estatal, tragam custos consideráveis para a sociedade. Ocorre que, com o plexo de direitos sociais garantidos pela Constituição Federal e a constatação de que os recursos públicos são finitos e escassos, tornou-se imperioso assegurar que os recursos disponíveis estão de fato sendo bem empregados, tanto do ponto de vista da licitude, quanto da eficiência (cuja imperatividade se tornou indubitável a partir da inserção do princípio homônimo no *caput* do art. 37 da Constituição Federal). Como bem lecionam Holmes e Sustain, um direito jurídico, inclusive de fundo liberal, como o da propriedade, só existe se e quanto tem um custo orçamentário⁷⁵. E controlar tais recursos, aproveitando o conhecimento clássico das Ciências da Administração, trazido à luz acima, é etapa necessária do ciclo de gestão, na qual podem ser identificados os desvios do curso planejado para trazer o Estado de volta ao caminho traçado pelo sistema jurídico, onde estão positivados os interesses a serem perseguidos pela máquina pública.

4.2 Controle Externo, Interno e Judicial da Administração

A Constituição organiza o Controle da Administração Pública em seção específica dentro do capítulo destinado à organização do Poder Legislativo. Estabelece no art. 70 que *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*. Tal seção não aborda o controle judicial. A estrutura do Poder Judiciário, cuja função judicante vai bem além de exercer o controle da administração pública, é constante do Capítulo III da Carta Magna⁷⁶.

http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/11988/44_000020845.pdf?sequence=1. Acesso em 22/07/2021.

75 HOLMES, Stephen e SUSTEIN, Cass. O Custo dos Direitos: por que a liberdade depende dos impostos. São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2019, p. 9.

76 Não abordaremos aqui na presente dissertação o tema do controle social, tendo em vista o foco da presente dissertação está no controle institucional da Administração. Sem embargo, é digno de nota o relevo desse tipo de controle na égide da Lei Maior de 1988, que estabelece caminhos institucionais para alçar o cidadão à

4.2.1 Poder Legislativo

O exercício do controle externo é titularizado pelo Congresso Nacional, sendo função o controle função típica do poder legislativo, consubstanciando a lógica de freios e contrapesos que demarca a relação entre os poderes políticos constituídos. No exercício dessa função, vale realçar a realização do controle diretamente exercido por deputados e senadores na convocação de autoridades administrativas subordinadas à Presidência da República para prestar esclarecimentos (art. 50); a partir das comissões parlamentares de inquérito, prevista no §3º do art. 58, e pela Comissão Mista de Orçamento prevista no §1º do art. 166, a qual compete o exame e a emissão de pareceres sobre as peças orçamentárias formais instituídas pelo caput do supracitado artigo – o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual, bem como o acompanhamento e a fiscalização da execução orçamentária. Mencionemos ainda o poder de impedimento do Presidente da República, no caso de cometimento de crimes de responsabilidade arrolados no art. 85, bem como a possibilidade de sustar os atos normativos editados pelo Poder Executivo em se verificando a exorbitância do poder regulamentar ou os limites de delegação legislativa (art. 49, V).

Nóbrega ressalta que a função básica do controle exercido pelos parlamentares é garantir que a Administração busque a realização dos interesses coletivos, atuando majoritariamente na fiscalização de atos e só excepcionalmente anula atos ou pune responsáveis⁷⁷. Trata-se de um controle cuja essência é preponderantemente política, juridicizada a partir de sua constitucionalização. Como bem leciona Carvalho Filho, seu objetivo é a preservação e o equilíbrio das instituições democráticas do país⁷⁸.

4.2.2 Tribunal de Contas

De enorme relevância se reveste o controle exercido pelo Tribunal de Contas da União, órgão que deve auxiliar o Congresso Nacional no exercício do Controle Externo, nos termos do art. 71 da Constituição Federal. Ainda que, nos termos da Constituição, os Tribunais de Contas integrem o Poder Legislativo como órgão auxiliar, na prática tem se

condição de participante efetivo na persecução do interesse público e amplia, dessa forma, o conceito e o alcance da *accountability* no cenário brasileiro.

77 NÓBREGA, Marcos. op. cit., p. 64.

78 CARVALHO FILHO. op. cit., p. 1672.

verificado a independência e autonomia no exercício de suas funções. Marcos Nóbrega, a esse respeito:

Os Tribunais de Contas são, na verdade, órgãos de natureza constitucional, dotados de competências e atribuições próprias. São autônomos e independentes. Não integram, especificamente, a estrutura de nenhum Poder, no entanto, possuem forte relação com o Poder Legislativo, por esse ser o titular do Controle Externo⁷⁹.

Destacam-se como atribuições do TCU, a partir do detalhamento observado na Lei nº 8.443/1992, que dispõe sobre sua Lei Orgânica, a aprovação das contas do Presidente da República, a partir dos balanços gerais da União e do relatório da Controladoria Geral da União sobre a execução dos orçamentos fiscal, de investimentos das empresas e da seguridade social; os atos de admissão de pessoal da administração direta e indireta, além da concessão inicial de aposentadoria, reformas e pensões; a fiscalização de editais licitatórios, contratos, convênios e outros ajustes firmados pela União, bem como aqueles editados por outros entes políticos, no uso de recursos de titularidade da União.

A atuação pode ser dividida em dois campos: a jurisdição direta, constituindo por força própria direitos e deveres aos seus jurisdicionados, e a jurisdição indireta, na qual estão ausentes os impactos atribuídos à atuação impositiva da jurisdição direta. São exemplos da primeira os atos sancionatórios, como julgar contas e aplicar sanções, e os atos de comando, como apreciação de atos para fins de registro e tomar medidas cautelares. São exemplos da segunda o levantamento de dados e a produção de informações e a formulação de orientações gerais⁸⁰. Apesar da denominação análoga a de órgão judicante e de se falar em julgamento e jurisdição, o exercício do controle pelo Tribunal de Contas tem natureza administrativa. Tal natureza é previa à Carta Magna de 1988, conforme doutrina de Cretella Júnior:

Somente quem confunde "administração" com "jurisdição" e "função administrativa" com "função jurisdicional" poderá sustentar que as decisões dos Tribunais de Contas do Brasil são de natureza judicante. Na realidade, nem uma das muitas e relevantes atribuições da Corte de Contas entre nós é de natureza jurisdicional. A Corte de Contas não julga, não tem funções judicantes, não é órgão

79 NÓBREGA, op. cit., p. 73.

80 ROSILHO, André Janjácomo. Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União. Tese de Doutorado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2016, p. 332-333.

integrante do Poder Judiciário, pois todas suas funções, sem exceção, são de natureza administrativa.

O Tribunal de Contas tem uma enorme produção jurisprudencial administrativista que tem servido de baliza para atuação de toda a Administração, não apenas da Administração Federal. A capacidade institucional do TCU, operada por um corpo técnico multidisciplinar e qualificado, bem como a possibilidade de se colocar como observador externo independente, com dados oriundos de diversos órgãos e entidades da Administração Pública, no exercício das demais diversas funções administrativas, possibilitam que a Corte de Contas emita opiniões qualificadas quanto a temas de natureza administrativa, ressalta André Rosilho em sua tese de doutorado. Em complementação:

Do ponto de vista institucional, portanto, a Corte de Contas realmente demonstra ter – como acertadamente reconheceu a Constituição – os requisitos necessários para constituir uma espécie de think thank da gestão pública, auxiliando e apoiando o Poder Executivo no aprimoramento de práticas administrativas e de políticas públicas em geral⁸¹.

Todavia, é importante ressaltar o crescimento de forte corrente doutrinária que enxerga uma constante extrapolação do TCU no exercício de suas funções, para além das competências constitucionalmente estabelecidas. Em breve artigo intitulado “O Direito também tem de valer para o TCU”, André Rosilho verifica a erosão de parâmetros jurídicos pela invenção ad hoc de regras novas aplicadas pelo TCU, exemplificando a determinação de obrigatoriedade de adoção do pregão pelo Sistema S, constante do Acórdão TCU nº 1.584/2016, tendo como parâmetro para tanto a aplicação direta do princípio da eficiência⁸², mesmo reconhecendo que o direito positivo não vincula tais entidades a essa obrigação. Braga aponta a realização de consultas “sem sentido” ao Tribunal como um efeito colateral da expansão das atividades do TCU nos últimos anos, trazendo como exemplo a atuação do órgão nos processos de desestatização⁸³. Por fim, mencionemos decisão do STF que o TCU,

81 *Ibidem*. p. 338.

82 ROSILHO, André. O Direito Também Tem de Valer para o TCU. Disponível em <https://sbdp.org.br/wp-content/uploads/2019/10/O-Direito-tamb%C3%A9m-tem-de-valer-para-o-TCU-JOTA-Info.pdf>. Acesso em 27/07/2021.

83 BRAGA, André de Castro O. P. O “Conforto Espiritual do TCU”. Disponível em <https://sbdp.org.br/wp-content/uploads/2019/10/O-conforto-espiritual-do-TCU-JOTA-Info.pdf>. Acesso em 27/07/2021.

por não exercer função jurisdicional, como já esclarecemos, não pode declarar a inconstitucionalidade de lei federal com efeito erga omnes e vinculantes no âmbito de toda a Administração Pública Federal. O STF esclareceu a superação da Súmula 347⁸⁴, editada em 1963, com a promulgação da Constituição vigente, na apreciação de Mandado de Segurança nº 35490 DF, impetrado pela Associação Nacional dos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil – UNAFISCO NACIONAL, que buscou infirmar decisão do TCU que afastou a incidência da Lei nº 13.646/2017, que criou Bônus de Eficiência e Produtividade na Área Tributária e Aduaneira não integrante da base de cálculo previdenciária, por alegada inconstitucionalidade. Caberia ao TCU, conforme a Constituição, a apreciação da legalidade no caso concreto, inclusive à luz da legislação positivada. Nas palavras do Ministro Relator, Alexandre de Moraes:

Não bastasse a configuração do desrespeito à função jurisdicional e a competência exclusiva do STF, essa hipótese fere as funções do Legislativo, pois a possibilidade do TCU declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público incidentalmente em seus procedimentos administrativos atentaria frontalmente contra os mecanismos recíprocos de freios e contrapesos (check and balances) estabelecidos no texto constitucional como pilares à Separação de Poderes, e que se consubstancia em cláusula pétreia em nosso sistema normativo, nos termos do artigo 60, § 4º, III, da Constituição Federal, pois ausente a necessária legitimidade constitucional a que esse, ou qualquer outro órgão administrativo, possa afastar leis devidamente emanadas pelo Poder Legislativo.

A crítica doutrinária é pertinente e se faz necessária, especialmente quando a atuação de um órgão que deve buscar eficiência, além de atentar contra a própria legalidade e a estrutura constitucional de freis e contrapesos, acarreta paradoxalmente mais custos e, logo, menos eficiência. Como categoricamente afirma Sundfeld, toda demanda do controle é interferência e oneração⁸⁵. Interferência desmedida e improdutiva atenta, logo, à economicidade e a eficiência demandadas constitucionalmente de todos os órgãos e entidades, inclusive os que exercem o controle como função precípua.

84 STF - Súmula 347: O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.

85 SUNDFELD, Carlos Ari. O Controle como Burocracia. Disponível em <https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/12/O-controle-como-burocracia-JOTA-Info.pdf>. Acesso em 27/07/2021.

4.2.3 Controle Interno

O controle também será exercido nas próprias estruturas dos poderes, em decorrência do próprio poder hierárquico que permeia a relação entre as lideranças e os liderados na Administração, permitindo que as autoridades administrativas promovam de ofício a revisão dos atos editados pelos seus subordinados, por meio de anulação ou revogação⁸⁶; e via controle interno, tendo como uma de suas funções, inclusive, o apoio ao controle externo (art. 74, IV). Marcos Nóbrega identifica duas ações básicas atreladas ao controle interno: em primeiro lugar, a atuação como controller, auxiliando o gestor público na tomada de decisão, certificando a regularidade das contas, dos relatórios e da movimentação financeira; em segundo, um papel relevante na punibilidade e combate à corrupção, leniência, ineficiência e desvio de recursos⁸⁷.

No Poder Executivo Federal, cuja estrutura organizacional consta da Lei nº 13.844/2019, a coordenação e gestão do Sistema de Controle Interno, é de competência da Controladoria-Geral da União (art. 51, inciso XII). O referido sistema é composto ainda pelos órgãos setoriais de controle, presentes na estrutura dos ministérios. Interessante mencionar que as funções hoje exercidas pelo órgão foram criadas ou consolidadas em sua estrutura em 2003, com a publicação da Lei nº 10.683, com reforços importantes em 2006, com a criação da Secretaria de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas (SPCI), e em 2013, com a transformação dessa Secretaria na Secretaria de Transparência e Prevenção da Corrupção (STPC), com competências potencializadas com a Lei de Acesso à Informação (nº 12.527/2011), a Lei de Conflitos de Interesse (nº 12.813/2013) e a Lei Anticorrupção (nº 12.813/2013).

A advocacia pública, exercida pela Advocacia Geral da União, também tem função de controle interno de legalidade, referente aos atos da administração pública federal (art. 16, inciso II), a despeito de tal função não ser explicitamente mencionada no corpo da Constituição.

No cenário atual, vale ressaltar a importância do controle interno como ferramenta essencial da governança corporativa, sobretudo com a disseminação dos

86 Destaque para a Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal que trata sobre a autotutela administrativa: “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”

87 NÓBREGA, op. cit., p. 60.

programas de integridade, ou compliance, nos seios das organizações públicas e privadas, com a finalidade de estabelecer controle, proteção e prevenção de práticas ilícitas, além de um valioso instrumento de mitigação de responsabilidade da pessoa jurídica diante de casos de corrupção⁸⁸. O Decreto nº 9.203/2017, que institui a política de governança na administração pública federal, define o controle como mecanismo para o exercício da governança pública, compreendendo processos estruturados para mitigar os possíveis riscos com vistas ao alcance dos objetivos institucionais e para garantir a execução ordenada, ética, econômica, eficiente e eficaz das atividades da organização, com preservação da legalidade e da economicidade no dispêndio de recursos públicos. Por sua vez, a governança pública é definida pelo mesmo regulamento como o conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade.

Ressalte-se também a crescente importância do controle, interno e externo, com a inclusão de capítulo específico na Nova Lei de Licitações e Contratos, obrigando a todos os entes e municípios que adotem mecanismos específicos de gestão de riscos e controle preventivo na seara das contratações públicas, dando coercitividade à implementação de técnicas gerenciais em todos os entes políticos. Define a estrutura de controle em linhas de defesa, incluindo os próprios agentes públicos como “operadores” desse mecanismo, conforme abaixo transcrevemos:

I - primeira linha de defesa, integrada por servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade;

II - segunda linha de defesa, integrada pelas unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade;

III - terceira linha de defesa, integrada pelo órgão central de controle interno da Administração e pelo tribunal de contas.

88 GABARDO, Emerson e CASTELLA, Gabriel Morettini e. A Nova Lei Anticorrupção e a Importância do Compliance para as Empresas que se Relacionam com a Administração. Revista de Direito Administrativo & Constitucional, ano 15, nº 60, p. 129-147, abr/jun 2015, p. 134. Disponível em <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/55>. Acesso em 22/07/2021.

4.2.4 Ministério Público

A Lei Maior também dá estatutura constitucional ao Ministério Público, instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Assegura-lhe autonomia funcional, administrativa e orçamentária. A configuração de um parquet apartado do Poder Executivo, considerando que figurava como sua missão institucional a consultoria jurídica para a União, que passou a ser exercida pela Advocacia Geral da União pós-1988, reforça sua independência e possibilita o crescimento do exercício de seu múnus de fiscal da lei. O Ministério Público da Constituição de 1988, na visão de Abranches:

A Constituição assegura sua autonomia funcional e administrativa, dá garantias à carreira, blindando-a contra pressões e retaliações políticas, e condiciona a demissão do procurador-geral da República à autorização da maioria absoluta dos membros do Senado. (...) Além do monopólio da instrução penal, a Constituição deu ao MP atribuições cruciais para a preservação do processo democrático. Ele se tornou, dessa forma, instrumento determinante na investigação de processos de corrupção política, na fiscalização da implementação de políticas públicas e do gasto público, e na defesa dos interesses difusos e do meio ambiente⁸⁹.

A doutrina jurídica também atribui enorme relevância do Ministério Público na ordem constitucional vigente, no que tange ao controle da Administração. Di Pietro compreende-o como o órgão mais bem estruturado e apto ao exercício dessa função, ao ressaltar sua independência e os instrumentos que lhe foram outorgados pelo art. 129 da Carta Política⁹⁰. Gilmar Mendes ressaltava a inexistência de instituição congênere com a mesma magnitude na nossa história institucional ou no direito comparado, em especial após a promulgação da Carta Magna de 1988. Ganhou o desenho de instituição voltada a defesa dos mais elevados interesses sociais e políticos, perante o Poder Judiciário e na ordem administrativa⁹¹.

89 ABRANCHES, Sérgio. op. cit., p. 84-85.

90 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. op. cit., p. 1627.

91 MENDES, Gilmar. op. cit., p. 1705 e 1707.

Abrange o Ministério Público da União, composto pelo Ministério Público Federal, Ministério Público do Trabalho, Ministério Público Militar e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios; e pelos Ministérios Públicos dos Estados (art. 128). Menciona ainda o Ministério Público junto aos Tribunais de Contas. No que tange às ferramentas constitucionais à disposição do parquet para exercer o controle da administração pública, destaca-se a legitimidade para promover inquéritos civis e ações civis públicas (art. 129, III), para titularizar as ações civis de improbidade administrativa (art. 37, § 4º), e o exercício do controle externo da atividade policial (art. 129, VII).

4.2.5 Poder Judiciário

Assim como ocorreu com o Ministério Público, a Constituição criou bases para uma maior relevância do Poder Judiciário como ator político crucial para a consolidação do Estado Democrático de Direito. Sobre a redefinição desse papel da função judicial, o eminente constitucionalista Luiz Roberto Barroso:

Uma das instigantes novidades do Brasil dos últimos anos foi a virtuosa ascensão institucional do Poder Judiciário. Recuperadas as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo. Tal circunstância acarretou uma modificação substantiva na relação da sociedade com as instituições judiciais, impondo reformas estruturais e suscitando questões complexas acerca da extensão de seus poderes⁹²

A organização do Poder Judiciário é estabelecida no art. 92 da Constituição, sendo relevante mencionar o papel da Suprema Corte no exercício do controle concentrado de constitucionalidade e a criação do Superior Tribunal de Justiça com a Carta de 1988. A Constituição legitima a atuação do poder judiciário mediante toda e qualquer ameaça ou lesão a direito, no que se entende como o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV), atuando na defesa da ordem jurídica tanto na esfera pública quanto na privada.

A função jurisdicional se tornou ainda mais relevante com o fenômeno da constitucionalização do direito, que ganha corpo no Brasil a partir da promulgação da

92 BARROSO, Luiz Roberto. op. cit, p. 36.

Constituição de 1988. A imperatividade dos princípios constitucionais e suas funções como fonte primária do direito e interpretativa, para além da supletiva e integradora, dão guarida a novos métodos hermenêuticos, que atribuem maior relevância ao intérprete na concretização do direito. O Poder Judiciário como, intérprete da Constituição, detém a última palavra quanto ao que é jurídico e o que não é.

Assim, entendendo como jurídicos todos os atos emanados pela Administração, sendo a Constituição substância de toda a dinâmica estatal, origina-se a compreensão de uma ampla sindicabilidade da atuação do poder público pelo judiciário, sendo imperioso mencionar a relevante e duradoura controvérsia doutrinária e jurisprudencial quanto aos limites de revisão judicial quanto à implementação e execução de políticas públicas e, de uma forma mais geral, quanto ao espaço institucional do Poder Executivo no exercício da discricionariedade.

No seio desse debate, ainda que grande parte da doutrina e da jurisprudência tenha alargado o campo de controle jurídico dos atos administrativos, em outra linha, há quem pugne por uma atuação autocontida da função judicial, demandando uma atuação mais deferente do judiciário aos órgãos e entidades jurisdicionadas, atribuindo uma competência alargada da Administração para interpretar e aplicar o Direito em matérias cuja complexidade técnica demandem maior capacidade institucional. Destaque-se o debate em torno da autonomia normativa das Agências Reguladoras, entidades de direito público criadas para fins de regulação de setores específicos da economia, com estrutura e corpo técnico especialmente qualificados para o exercício regulatório.

O uso dos princípios, por si só, garantem enorme poder jurídico e político aos tribunais, dada a tênue linha que separa os sistemas político e jurídico, os quais se interseccionam na Constituição. O abuso, então, gera disfuncionalidades no sistema, sobretudo no que tange à segurança jurídica, permitindo a intromissão insindicável de critérios extrajurídicos na construção normativa, corroendo a coerência do sistema e gerando, pois, insegurança jurídica. Trataremos com mais profundidade sobre o tema no capítulo 5 desta dissertação.

4.3 As ferramentas processuais de controle da Administração

Além da estrutura institucional, a Constituição da República Federativa também prevê alguns remédios jurídicos relevantes ao exercício do controle da Administração,

listados preponderantemente no art. 5º. São eles o *habeas corpus* (inciso LXVIII), para proteção da liberdade de locomoção frente a ilegalidade ou abuso de poder; o *habeas data* (LXXII), para assegurar o conhecimento de informações de interesse da pessoa do impetrante constante de registros ou bancos públicos, ou ainda para retificação de dados; o mandado de injunção (LXXI), quando ausente norma regulamentadora necessária à fruição dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania; o mandado de segurança (LXIX e LXX), disciplinado pela Lei nº 12.016/2009, visando proteger direito líquido e certo não amparado pelos remédios supramencionados, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso for autoridade pública; a ação popular (LXXIII, disciplinada pela Lei nº 4.717/1965), visando anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Repise-se a ação civil pública, mencionada no rol das competências do Ministério Público, disciplinada na Lei nº 7.347/1985, que se destina à responsabilização cível por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Ainda, a ação civil de improbidade administrativa, por força do art. 37, § 4º da Constituição, regulamentada pela Lei nº 8.429/1992, cuja competência para proposição é também do Ministério Público, além da própria pessoa jurídica interessada, por meio do seu respectivo órgão de advocacia pública.

De grande valia é a menção ao PL nº 10.887/2018⁹³, aprovado pela Câmara dos Deputados e atualmente em tramitação no Senado Federal, que prevê alterações na Lei de Improbidade Administrativa (LIA). Do projeto, de se destacar duas alterações substanciais, que dialogam com as mudanças trazidas ao direito positivo pela LINDB. O primeiro deles é o de excluir da ordem jurídica a possibilidade de se qualificar como agente improbo e submetê-lo às duras sanções da lei quando o ato impugnado é praticado mediante culpa, hoje admitido nos casos em que se configuram lesão ao erário (art. 10 da LIA). Com razão, o projeto critica o entendimento extraído da lei de que um equívoco, erro ou omissão possa ser considerado um ato gravado pela desonestidade. O art. 28 da LINDB, acrescido por meio da Lei nº 13.655/2018, já limitou a responsabilização do agente público para o âmbito das decisões ou opiniões editadas com dolo ou erro grosseiro.

93 CÂMARA DOS DEPUTADOS. PL nº 10.887/2018. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1687121&filename=PL+10887/2018. Acesso em 28/07/2021.

O PL ainda estreita a improbidade lastreada em princípios, afastando a incidência do art. 11 quando a interpretação sobre a qual se fundou o ato for razoável, impedindo que a mera divergência interpretativa entre o órgão de controle e o órgão administrativo viesse a ensejar a responsabilização. Vale mencionar que a inovação trazida com tal dispositivo se soma ao que consta do art. 20 da LINDB, que demanda uma maior racionalização, de cunho consequencialista, da motivação de decisão jurídica baseada em valores jurídicos abstratos.

Não podemos deixar de mencionar, dada a relevância para o sistema jurídico, a Lei nº 12.846/2013, que estabelece a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, que ficou popularmente conhecida como a Lei Anticorrupção. A lei se dirige especificamente às pessoas jurídicas, não afastando a responsabilização de seus dirigentes ou correlacionados por meio de outros normativos legais. Sobre o diploma legal:

Em nível nacional, a recente Lei 12.846/2013 impôs uma série de normas e institutos jurídicos, entre eles a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas. Desta forma, o Poder Público brasileiro está ainda mais habilitado juridicamente para lidar com desvios de conduta das mais diversas ordens. Foram conferidos ao Estado mecanismos administrativos eficazes e céleres para responsabilizar, educar e obter o ressarcimento do erário em face de atos de corrupção e fraudes praticadas por pessoas jurídicas e seus agentes, especialmente nas licitações públicas e na execução dos contratos. A tais mecanismos administrativos ainda se agregam os judiciais⁹⁴.

A lei estabelece o rito procedimental para apuração dos ilícitos e sancionamento das entidades infratoras na esfera administrativa, cabendo a aplicação de multa e a publicação extraordinária da decisão condenatória. Dispõe também sobre as sanções cíveis aplicáveis mediante processo judicial, que seguirá o rito da ação civil pública, tendo competência para provocar a jurisdição a Advocacia Pública ou equivalente e o Ministério Público.

94 GABARDO, Emerson e CASTELLA, Gabriel Morettini e. op. cit., p. 131.

4.4 A Hipertrofia do Controle e suas Externalidades Negativas

Explicitado o ferramental jurídico e institucional de controle administrativo e judicial da Administração constante da Constituição, é importante que se demonstre como a intensificação do controle, ao tempo que promoveu melhorias no trato com a coisa pública, gerou externalidades negativas, criando uma hipertrofia disfuncional, trazendo prejuízos para o exercício eficiente, eficaz e efetivo da função administrativa, bem como para a própria segurança jurídica.

Diferentemente do grande suporte institucional dado pela Constituição à estrutura do controle, não nos parece que os órgãos públicos que possuem o dever de executar as políticas públicas gozaram do mesmo robustecimento, sobretudo ao tratarmos dos entes subnacionais, que obtiveram considerável aumento de competências com a consagração de diversos direitos sociais na Carta Magna de 1988, que demandam prestação pública positiva, sem a devida compensação orçamentária. Para Assis e Moura, os encargos dos estados e municípios não são estabelecidos em equilíbrio com os recursos para viabilizar a execução das tarefas e responsabilidade, criando uma paradoxal centralização na arrecadação de recursos e regulação, ao tempo que concebe uma ampla descentralização política e administrativa⁹⁵.

À ampliação dos órgãos legitimados ao exercício do controle, que se deu de forma quantitativa e qualitativa, se somou o espaço proporcionado para criação do direito pela baixa densidade dos princípios e o grande número de conceitos jurídicos indeterminados presentes nos dispositivos normativos, para resultar em uma atuação desmedida e pouco consequente do controle, aqui se estendendo também ao controle interno e externo de cunho administrativo.

Há críticas doutrinárias duras. Nobre afirma que a atividade controladora tem superestimado a forma, desconsiderado os resultados e a realidade como componente essencial para a delimitação do interesse público. Critica duramente a imposição de opinião sobre os administradores, a despeito da inexperiência com gestão pública, e a ausência de

95 ASSIS, Maria Lídia Soares e MOURA, Maria Mariana Soares de. Perspectivas para o Federalismo Brasileiro: Contribuições de uma Análise Multi-Comparativa in BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves (org.). O Federalismo na Visão dos Estados: Uma Homenagem ao Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal – CONPEG – aos 30 anos de Constituição. Belo Horizonte. Letramento: Casa do Direito, 2018, p. 47.

solidez quanto às teorias do Direito Administrativo⁹⁶. Marques Neto e Freitas apontam uma substituição do administrador público pelo controlador, decorrente da sobreposição de controles e da crise de legitimação democrática. Relatam a instabilidade das decisões dos gestores, sobrestadas pelos órgãos de controle, o temor de tomar decisões, a seleção adversa para os cargos de gestão pública e a ausência de proteção ao gestor de boa fé⁹⁷. Marcos Lisboa, em uma perspectiva econômica, afirma o fracasso dos Tribunais de Contas diante do cenário de crise fiscal que muitos entes políticos enfrentam. Diante do custo custo público destinado à sustentação de um Tribunal de Contas, exemplificado no Tribunal de Contas dos Municípios de São Paulo, afirma que, no mínimo, se tratam de estruturas caras e ineficientes⁹⁸.

A superposição de estruturas de controle, que denotam o elevado grau de preocupação da sociedade com a boa destinação dos recursos públicos, sobretudo em uma perspectiva ética, incentiva a criação de estruturas burocráticas paralelas que, paradoxalmente, geram custos adicionais na manutenção da máquina pública e promovem um desperdício financeiro e, por que não, uma malversação dos recursos públicos, não sob uma perspectiva ética, mas de eficiência. E a força dos argumentos éticos e morais, que geralmente se atrelam à atuação dos órgãos de controle e ganham amplo respaldo da sociedade, ofuscam a importância na elucidação do desperdício de recursos públicos em decorrência da ineficiência.

Ao investigar as razões que levaram à reforma gerencial da década de 1990 a não lograr êxito na implantação das mudanças que pretendia, Abrucio levanta que, mesmo com a proposta de flexibilização e descentralização da proposta de Reforma do Estado da década de 1990, ainda persistem burocratismo e excessos de procedimentos, muitos reforçados pela atuação dos órgãos de controle. O crescimento da lógica controladora, na visão do professor, produziu duas anomalias institucionais dignas de nota: um vício de legitimidade, já que as métricas da lógica de resultados, não o sistema político ou os técnicos com mandato derivado; e a forma de mensuração aplicada pelos controladores têm produzido padrões e procedimentos que impedem a customização necessária à implementação de

96 NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. As Normas de Direito Público na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro: paradigmas para interpretação e aplicação do Direito Administrativo. São Paulo, Editora Contracorrente, 2019, p. 32.

97 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo e FREITAS, Rafael Vêras de. Comentários à Lei nº 13.655/2018: lei da segurança para a inovação pública, 2ª reimp. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 13.

98 LISBOA, Marcos. O Fracasso dos Tribunais de Contas. Disponível em <https://vejasp.abril.com.br/cidades/artigo-tcm-marcos-lisboa/>. Acesso em 28/07/2021.

políticas públicas⁹⁹. Indiretamente, foram gerados entraves a uma verdadeira gestão por resultados, com menor preocupação procedimental e maior atenção ao atingimento das finalidades públicas ou do surgimento de soluções inovadoras, mais adequadas à resolução de problemas com características conjunturais específicas.

Em um trabalho que promove a comparação de modelos públicos e privados de compras corporativas, Motta alertou, em sua dissertação de mestrado, para a predominância no debate brasileiro em torno de questões estratégicas e éticas, não sendo frequentes reflexões mais profundas tratando de racionalização de processos, aumento de eficiência nas aquisições e redução de custos¹⁰⁰. Ainda que a mencionada pesquisa seja na área de economia, não podemos compreender como objeto que não interessa à seara jurídica, em especial com força de norma que o status constitucional atribuiu ao princípio da eficiência.

Felizmente, a tendência apontada pelo economista está sendo revertida, dado o grande número de trabalhos que deram base teórica à edição da LINDB e os debates hodiernos que sucederam a edição da Lei nº 13.655/2018. Digno de nota como exemplo é a produção doutrinária do Observatório do TCU, da Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas em São Paulo, em parceria com a Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), projeto de pesquisa permanente que busca compreender o fenômeno de ampliação do controle da Corte de Contas sobre a Administração Públicas e os particulares e suas implicações¹⁰¹.

Retomando a questão da superposição das estruturas de controle, texto do IPEA para discussão, de autoria de Leonardo Avritzer e Fernando Filgueiras, apresentam constatação empírica da disfunção econômica da hipertrofia do controle a partir de estudo de caso realizado por Anechiriaco e Jacobs na cidade de Nova Iorque, referente à expansão das agências de controle anticorrupção na cidade norte-americana. As políticas anticorrupção tendo por base a atuação dessas agências resultaram na criação de poucos incentivos à cooperação institucional, a um processo de decisão lento (“apagão das canetas”), uma supercentralização da autoridade, uma gerência defensiva e pouco criativa, além de um desvio

99 ABRUCIO, Fernando Luiz. Uma viagem redonda: por que ainda discutimos o Plano Diretor da Reforma do Estado 25 anos depois? In: CAVALCANTE, Pedro Luiz Costa; SILVA, Mauro Santos (orgs). Reformas do estado no Brasil: trajetórias, inovações e desafios. Rio de Janeiro: IPEA, 2020. Disponível em https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/201216_lv_reformas_do_estado_prefacio.pdf. Acesso em 04/08/2021.

100 MOTTA, Alexandre Ribeiro. O Combate ao Desperdício de Gasto Público: uma reflexão baseada na comparação entre os sistemas de compra privado, público federal norte-americano e brasileiro. Dissertação de Mestrado apresentada ao Instituto de Economia da UNICAMP. Campinas, 2010, p.2-3. Disponível em http://repositorio.unicamp.br/jspui/bitstream/REPOSIP/285965/1/Motta_AlexandreRibeiro_M.pdf. Acesso em 30/07/2021.

101 <https://sbdp.org.br/grupo-publico/>

da atuação dos órgãos em relação aos objetivos para os quais foram criados¹⁰². Se a observação empírica é recente, o alicerce teórico não o é. Na década de 1960, Silva apontava deficiências inevitáveis para os serviços públicos decorrentes dos controles múltiplos e da rigidez dos regulamentos, que seriam fatais a quaisquer empreendimentos privados¹⁰³.

Para Fernando Vernalha, instalou-se o que se poderia denominar de *crise da ineficiência pelo controle*. Decidir sobre o dia a dia da Administração passou a atrair riscos jurídicos de toda a ordem, que podem chegar ao ponto da criminalização da conduta. Como consequência, o administrador desistiu de decidir por um instinto de autoproteção e demarcou suas ações à sua “zona de conforto”¹⁰⁴. É o que também se popularizou como “apagão das canetas”. Sobre esse fenômeno:

As decisões dos gestores públicos passam, pois, a ser provisionais – sobrestadas pelos órgãos de controle. Cuida-se de uma cambialidade que gera instabilidade, abala a segurança jurídica, interfere em políticas públicas de longo prazo, arrefece a confiança dos particulares na gestão da coisa pública. Mas não só. Atemoriza o gestor público, que, mesmo atuando nos quadrantes da legalidade, teme exercer a sua discricionariedade. Gera o “apagão das canetas”. Ninguém decide mais nada, com o receio de responsabilização, pessoalmente. Para além de uma seleção adversa para o cargo de gestor público, o contexto de sobreposições de controle não protege o gestor de boa fé. Na verdade, o desprestigia, bem como o afasta do setor público¹⁰⁵.

Tais externalidades se revelam no dia a dia de quem faz gestão pública. Os processos decisórios são muitas vezes orientados pela expectativa do gestor público quanto à percepção dos órgãos de controle em futura prestação de contas, em detrimento dos próprios resultados e consequências práticas que adviriam do aprimoramento da política pública. E a multiplicidade de instâncias decisórias, o deslocamento da densificação normativa para a aplicação do direito no caso concreto e a ausência de um cuidado dogmático que permita que a norma de decisão funcione como regra universal em casos semelhantes criam um ambiente

102 AVRITZER, Leonardo e FILGUEIRAS, Fernando. Corrupção e Controles Democráticos. Textos para Discussão CEPAL-IPEA nº 32, Brasília, CEPAL, Escritório no Brasil/IPEA, 2011, p. 18. Disponível em https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=9732. Acesso em 30/07/2021.

103 SILVA, Benedicto. op. cit., p. 157.

104 GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O Direito Administrativo do Medo: a crise de ineficiência pelo controle. Publicado em 31/01/2016. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/columistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>. Acesso em 26/01/2021.

105 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo e FREITAS, Rafael Veras de. op. cit, p. 13.

de baixa previsibilidade e, conseqüentemente, tornam o direito incapaz de balizar o planejamento do gestor público e conformar a edição de atos futuros. Trilhar caminhos pavimentados pelos controladores é sempre mais confortável. Inovar poderia até trazer benefícios aos fins institucionais, mas a ousadia administrativa requer ônus pessoais que preponderam na hora de decidir.

Não se busca com as constatações acima a destituição da força normativa dos princípios e a atrofia do controle jurídico sobre a atuação da Administração Pública ou o enfraquecimento dos órgãos de controle criados ou robustecidos com a Constituição de 1988, responsável pela promoção de avanços na institucionalização do exercício do poder em detrimento do passado de fisiologismo, clientelismo e corrupção que ainda se faz presente na realidade nacional. A crítica que aqui se explicita visa corroborar com a necessidade de estabelecimento de limites jurídicos claros que permitam o aperfeiçoamento do exercício dos deveres constitucionais por todos os atores envolvidos na concretização dos objetivos da Carta Magna, sejam na seara administrativa, de controle ou judicial.

Os abusos perpetrados pelos gestores da coisa pública ao longo de anos e a desconfiança generalizada quanto a correção de sua atuação não podem justificar abusos por parte dos que detêm competência para controlá-los. Citemos Eduardo Jordão, em uma inteligente abordagem tratando do problema ao desenvolver o que seria a figura do “controlador médio”, em alusão a do administrador médio, difundida e verificada largamente na jurisprudência do Tribunal de Contas da União:

(...) o controlador médio precisa ter consciência das suas próprias limitações (jurídicas) e dos seus próprios limites (subjctivos). Com o tanto de poder que detém, é grande a tentação para que o controlador se creia não médio, mas superior. Mas isso não pode fazê-lo esquecer que a sua atuação (ela também, e não apenas a do controlado) se submete aos limites do direito; e que as suas próprias compreensões e avaliações da realidade (elas também, e não apenas as do controlado) se sujeitam a limitações intelectuais e a vieses cognitivos¹⁰⁶.

106 JORDÃO, Eduardo. O Controlador Médio. Disponível em <https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2021/06/09.06.21-O-controlador-medio--JOTA-Info.pdf>. Acesso em 03/08/2021.

5 A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS E O PÓS-POSITIVISMO NO BRASIL

5.1 A Constitucionalização do Direito

O contexto histórico de vitória das democracias liberais sobre os regimes totalitários nazifascistas acelera o desenvolvimento de uma doutrina crítica ao juspositivismo legalista, trazendo a Constituição, até então com valor meramente político, para o centro do sistema jurídico. O direito da tradição civilista romana incorpora critérios de ordem pública, que passaram a ser aplicados inclusive na esfera privada, a fim de permitir a defesa de direitos sociais dos cidadãos e a incorporação de valores e interesses extrajurídicos ao campo do direito. Para tanto, as constituições, nas quais se inserem tais direitos e garantias, ultrapassam seu valor político e passam a conter força normativa. Ao conteúdo axiológico de valores sociais até então excluídos do sistema jurídico, se acresce valor deontológico, provendo-lhes a imperatividade própria das normas jurídicas. Há uma reaproximação do direito com o *ethos* jusnaturalista outrora arrefecido pelo cientificismo juspositivista, sem contudo haver uma clara defesa de uma compreensão metafísica dos fundamentos do direito.

A constitucionalização do Direito é arquitetada por um esforço doutrinário e jurisprudencial, sobretudo com a criação das cortes constitucionais que se sucedem à promulgação de novas Cartas Políticas em países europeus após a 2ª Guerra Mundial, no sentido de alargamento da compreensão do fenômeno jurídico. A ideia de um sistema jurídico hermeticamente fechado, incomunicável com os demais sistemas sociais, não mais respondia pela dinâmica do mundo real. O direito identificado exclusivamente com o direito positivo, numa concepção monista da inovação jurídica, tem sua legitimidade questionada. Buscava-se a construção de um direito que estivesse mais próximo a algum senso de justiça, um direito preenchido com valores éticos.

Tais mudanças, correlacionadas às que se visualizam a partir de uma perspectiva jurídica das transformações estruturais da sociedade, ocorre concomitantemente ao crescimento da complexidade social e da expansão da estrutura do Estado em conformidade com os novos objetivos que lhe foram incorporados na era do Bem Estar Social. Refletem a inevitável comunicabilidade entre os sistemas que perfazem o todo social, colocando em cheque a ideia de uma pureza científica do direito. Os câmbios na economia capitalista interferem na política, que por sua vez, em um movimento de circularidade,

processa mudanças econômicas. Assim também ocorre com o direito, que influencia mudanças no seio de outros sistemas, ao tempo em que sofre adaptações por influência dos demais.

Com tal dinâmica, o direito positivo mantém sua importância como fonte normativa, mas perde sua posição de centralidade na ordem jurídica. Os princípios gerais do direito, de uma posição supletiva e subsidiária em relação à lei escrita, são definitivamente introduzidos no sistema jurídico, passando a condição de princípios constitucionais, assumindo posição de destaque no Direito. Como bem leciona Bonavides, apoiado na doutrina de Bobbio, o juspositivismo faz dos princípios na ordem constitucional meras pautas programáticas supraleais, sendo irrelevantes na ordem jurídica em decorrência de sua carência de normatividade¹⁰⁷. O questionamento filosófico do juspositivismo permite a superação da celeuma relacionada à juridicidade dos princípios, agora qualificados majoritariamente pela doutrina como normas jurídicas, ganhando status de fonte primária e objeto do direito. De posse de tal *status*, os princípios jurídicos na era constitucional se revestem de imperatividade. A doutrina deixou de conceber os princípios como fenômenos metafísicos, extrajurídicos, representantes de um gênero diverso ao das normas. A Ciência Jurídica passa a compreendê-lo como espécie, ao lado das regras, do gênero norma jurídica.

5.2 Os Princípios Constitucionais

Os princípios possuem largo espectro de conceituação na doutrina jurídica. São compreendidos como normas fundadoras do sistema jurídico, normas-princípio, sustentáculos do edifício do fenômeno jurídico. Normas primeiras, precípuas, primordiais, elementares. Aproveitando a alegoria baseada na construção civil, também os princípios podem ser identificados como a “argamassa por meio da qual se assentam os tijolos”, por sua vez as normas componentes da ordem jurídica. Uma liga que permite a conexão e propicia coerência e unidade ao sistema. Também como meios estruturantes de valores observados em outros sistemas sociais, que somam uma estrutura deontológica ao seu conteúdo axiológico e se revestem de normatividade. Outros denotam valor teleológico, denominados pela doutrina como diretrizes (Eros Grau), *policies* (Dworkin) ou normas programáticas (Canotilho),

107 BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 24^a ed., revisada e ampliada. São Paulo, Malheiros Editores, 2009, p. 263.

atribuindo valor jurídico ao que, na essência, é político, estabelecendo finalidades estatais que vinculam os agentes públicos na persecução dos determinados fins constitucionais.

A verdade é que observamos um enorme esforço doutrinário para identificar a natureza dos princípios e conceituá-los, captando elementos essenciais com vistas a facilitar sua compreensão. Aparentemente, os esforços não lograram êxito no sentido de atingir uma conceituação ou classificação final, que findasse com a exclusão das demais. Todavia, a multiplicidade de olhares nos permite melhor compreender a complexidade inerente à natureza dos princípios constitucionais, recomendando cautela aos que se arvoram a emitir conclusões peremptórias a esse respeito.

A incorporação dos princípios ao direito, como verdadeiros veículos da normatividade constitucional, demandou a elaboração de uma nova hermenêutica jurídica, para além da tradicional subsuntiva que instrumentalizara a interpretação e aplicação do direito na era positivista. A complexidade social expressada na multiplicidade de crenças e interesses que convivem no interior da ordem jurídica é incompatível com a pretensão de reduzi-las em signos linguísticos escritos, que comuniquem de forma uníssona o comportamento demandado do receptor por meio de enunciados, que alinhe as expectativas de todos os destinatários da mensagem. O giro linguístico que marca a filosofia contemporânea às mudanças aqui observadas, com o surgimento de novas compreensões sobre a linguagem, adentra e promove mudanças na epistemologia jurídica, dado que o direito se veicula a partir da linguagem e está sujeito a todas as suas nuances que lhe são características.

A ideia de que a norma está dada pelo próprio texto normativo, sendo a manifestação do intérprete meramente declaratória, a partir de um processo silogístico no qual a hipótese normativa seria verificada no mundo dos fatos, e constatada sua ocorrência, aplicar-se-ia o consequente (se x, então y) não é solução apta a superar a crescente generalidade e abstração das normas, sobretudo as de ordem constitucional. Tampouco se coaduna com dinâmica social acelerada, que não mais permite a cristalização do direito, demandando atualização constante das normas, sob pena de deslegitimar-se perante o corpo social. Diferencia-se o texto normativo, como significante, das normas jurídicas, significado, que não mais se confundem com os enunciados produzidos pelo legislador. Barroso menciona a diferença traçada pela doutrina pós-positivista entre o enunciado normativo, que é relato contido no dispositivo constitucional ou legal, e a norma, que é o produto da aplicação de um

enunciado normativo ao uma situação concreta, sendo possível inclusive extrair mais de uma norma de um mesmo enunciado normativo¹⁰⁸.

Marcelo Neves, ao discorrer sobre a dupla contingência que marca a relação entre o legislador e o intérprete, como se observa nos processos comunicativos, estabelece dois níveis de produção da norma: um institucional, seja organizado (lei e demais instrumentos do direito positivo) ou não, como os costumes, na qual se dá um sentido *prima facie* pelo órgão de produção normativa; e o da construção hermenêutica no processo de concretização, de onde se extrai o caráter definitivo da norma e se avalia sua correção conforme as condições do presente¹⁰⁹. Ou seja, a produção da norma só se completa com a concretização do direito. Demanda interpretação, sujeita a dois axiomas, revela Paulo de Barros Carvalho. O da intertextualidade, formada pelo diálogo intenso entre os textos do passado, do presente e do futuro, com conteúdos intrassistêmicos e extrassistêmicos, necessário a uma lógica sistemática do direito. E o da inesgotabilidade, que contém a ideia de que toda interpretação é infinita, ou seja, que o texto poderá sempre ser reinterpretado. Atrela, destarte, o sentido do texto ao contexto no qual a interpretação se dá, contingente, afetado pela dinâmica social¹¹⁰.

Com a abertura semântica dos princípios, os comandos constitucionais passam a conter uma maior dependência da realidade sobre a qual se impõe. Os fatos deixam de ser premissa menor na solução dos casos concretos e ganham maior relevo no processo interpretativo, passando a elemento estruturante da própria norma jurídica. Eros Grau sintetiza que a interpretação do Direito tem caráter constitutivo, em detrimento do caráter declaratório outrora compreendido, consistindo na produção de normas jurídicas pelo intérprete a partir dos textos normativos e dos fatos atinentes, a serem ponderadas para a solução do caso por meio de uma norma de decisão. Ressalta que, mediante a interpretação, se insere o Direito na realidade¹¹¹. O intérprete, assim, promove a aproximação do mundo do dever-ser jurídico ao mundo do ser da realidade social. Em outras palavras, agora sob o prisma da doutrina de Marcelo Neves, o intérprete parte da produção institucional para a construção hermenêutica

108 BARROSO, Luiz Roberto. op. cit, p. 23 (rodapé).

109 NEVES, Marcelo. Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais como Diferença Paradoxal do Sistema Jurídico. 3ª Ed. São Paulo, WMF Martins Fontes, 2019, p. 11.

110 CARVALHO, Paulo de Barros. Hermenêutica do Direito in LEITE, George Salomão e STRECK, Lênio (coord). Interpretação, Retórica e Linguagem. Salvador, Jus Podivm, 2017, p. 92-93.

111 GRAU, Eros. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 15ª ed. Revisada e atualizada. São Paulo, Malheiros Editores, 2012, p. 157-158.

da norma, em um processo socialmente controlado, ou seja, ancorado na realidade do presente. Sobre interpretação e a dinâmica social como determinantes na construção da norma:

A aplicação do Direito – e este ato supõe interpretação – não é mera dedução dele, mas, sim processo de contínua adaptação de suas normas à realidade e seus conflitos. Da mesma forma, a ordem jurídica, no seu evoluir em coerência com as necessidades reais, embora haja de respeitar a Constituição, não se resume a uma mera dedução dela.

A Constituição é um dinamismo.

É do presente, na vida real, que se tomam as forças que conferem vida ao Direito – e à Constituição. Assim, o significado válido dos princípios é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente¹¹².

Desenvolve-se, por evidente necessidade, uma nova hermenêutica, apta a fornecer ferramental próprio para a interpretação jurídica do direito positivo sob a luz dos ditames constitucionais, cujos conteúdos são perfeitamente adaptáveis à conjuntura do momento de sua concretização. Em contraposição a uma jurisprudência dos conceitos pandectista, estanque, blindada às intempéries, surge uma jurisprudência dos princípios, dinâmica, viva. Com a força normativa da constituição, que se espalha sobre todo o ordenamento, mesmo a interpretação da lei, em sentido estrito, se qualifica como uma interpretação constitucional, dada a inafastabilidade de seus pressupostos. Na verdade, a própria produção legislativa se coloca sob controle jurídico, ao passo que submetida a normas superiores, extraídas da constituição. A legalidade como eixo do Estado de Direito, identificada como o dever de observância da lei positiva ganha novos contornos, incorporando os valores constitucionais e aplicada sob o prisma de juridicidade, traduzindo obediência ao Direito como um sistema, a um complexo de normas explícitas e implícitas no ordenamento.

5.3 A convivência entre Princípios e Regras

A despeito da contribuição de um grande número de juristas e filósofos que em maior ou menor número contribuíram para assentar as bases de uma doutrina pós-positivista, consolidando novos postulados da ciência jurídica, é facilmente perceptível, ao menos no

¹¹² *Ibidem*, p. 163.

cenário jurídico brasileiro, o relevante impacto da criação dos principais alicerces dessa nova corrente, em permanente construção e revisão, dos trabalhos do professor de Harvard Ronald Dworkin, produzidos sua como um contraponto da escola de Oxford protagonizada pelo positivismo do britânico Hart; e a doutrina do alemão Robert Alexy, que desenvolve sua doutrina à luz da produção intelectual do ilustre norte-americano. A produção intelectual dos referidos juristas respondem pela incorporação do pensamento filosófico pós-positivista à dogmática jurídica, permitindo mudanças racionais na prática jurisprudencial. É com Dworkin que se consolida a noção de princípios. Com Alexy, instituiu-se a distinção entre regras e princípios, com a mesma essência da teoria de Dworkin, compreendendo-os como duas espécies do mesmo gênero, o das normas. Para o notável alemão, ambos constituem juízos concretos de dever, formulados com a ajuda de expressões deônticas como mandamento, permissão e proibição¹¹³.

Para Dworkin, as regras devem ser analisadas sob uma perspectiva de validade. Diante de determinado caso concreto, ao intérprete caberia verificar se a regra se aplica ou não se aplica, em uma lógica binária. Tudo ou nada (*all or nothing*). Se não aplicável, a regra estaria banida do sistema jurídico, ressalvada a existência prévia de regras que tratem de exceções, que lidam com as chamadas antinomias. Os princípios, diferentemente, não são avaliados sob uma perspectiva de validade, e sim sob outra dimensão, de peso ou valor. Não são excludentes. No âmbito de concretização da norma, verifica-se qual o princípio deve prevalecer sobre o outro, não implicando todavia a opção por aquele na exclusão desse.

Alexy parte das mesmas premissas que o Dworkin, aperfeiçoando a metodologia de aplicação dos princípios com um viés quase matemático, que passam a ser compreendidos como mandamentos de otimização. Constatado que a elevação do grau de abstração e generalidade das normas jurídicas principiológicas acaba por conduzir a uma inevitável aplicação simultânea das cláusulas constitucionais aos fatos sob apreço, fazia-se necessário desenvolver uma metodologia racional que importasse na solução prática desses casos, por meio da qual fosse possível dar efetividade a comandos aplicáveis não excludentes, possibilitando uma calibração de seus efeitos. A ideia é a de que, verificada a incidência concomitante de princípios cujos conteúdos são colidentes, o aplicador avalie contingencialmente qual deles deve preponderar diante da colisão com os demais, aplicando-o em uma máxima medida na qual se verifique a preservação mínima dos demais. Desenvolve-

113 BONAVIDES, op. cit., p. 277.

se aqui uma técnica de ponderação, necessária à instrumentalização do direito na solução de casos difíceis (*hard cases*) diante da inadequação do racional hermenêutico tradicional da aplicação das regras jurídicas para absorção da normatividade constitucional. Tal técnica pode ser melhor compreendida por meio da leitura de Barcellos e Barroso:

A ponderação de valores, interesses, bens ou normas consiste em uma técnica de decisão jurídica utilizável nos casos difíceis, que envolvem a aplicação de princípios (ou, excepcionalmente, de regras) que se encontram em linha de colisão, apontando soluções diversas e contraditórias para a questão. O raciocínio ponderativo, que ainda busca parâmetros de maior objetividade, inclui a seleção das normas e dos fatos relevantes, com a atribuição de pesos aos diversos elementos em disputa, em um mecanismo de concessões recíprocas que procura preservar, na maior intensidade possível, os valores contrapostos¹¹⁴.

A incorporação dos princípios ao direito, por óbvio, não impossibilitou a permanência das regras como espécies de normas jurídicas. O direito positivo como veículo de regras relevadoras da vontade estatal permanece como elemento estrutural do sistema jurídico na era da constitucionalização do direito. Mesmo a Constituição pode ser preenchida com regras, como as diversas que se verificam na Carta Magna brasileira de 1988. Ávila, inclusive, ressalta a qualificação analítica da Constituição Brasileira, pelo seu nível de detalhamento e pormenores, em decorrência do grande número de regras constitucionais instituídas¹¹⁵.

Com a relevância do papel das leis cujos enunciados normativos revelam majoritariamente regras, mantém-se a importância da hermenêutica tradicional para a interpretação e aplicação do direito. Caracterizadas, em sua maioria, por um conteúdo de menor abstração e generalidade, com maior clareza quanto às pessoas e aos fatos aos quais se dirige, bem como quanto às consequências decorrentes de sua incidência, as regras possuem menor espaço para a atuação subjetiva de intérprete. É como se as margens de criação de conteúdo jurídico, à luz da constituição, já tenham sido estreitadas pelo legislador, não cabendo aqui a aplicação do paradigma da ponderação pelo aplicador da norma. Contribuem

114 BARCELLOS, Ana Paula de e BARROSO, Luiz Roberto. O Começo da História: A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, nº 232, Abr/Jun 2003, p. 175. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45690/45068>. Acesso em 23/07/2021.

115 ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: Entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. Revista Eletrônica do Estado (REDE) Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, janeiro/fevereiro/março, 2009, p. 4. Disponível em shorturl.at/rvHJL. Acesso em 23/01/2021.

assim para uma maior previsibilidade do direito, consequentemente para a segurança jurídica, veiculando o papel atribuído ao direito de redução da complexidade social, estabilização de expectativas e de orientação para o futuro. Nessa esteira, Humberto Ávila assenta que as regras, pela sua descrição mais clara quanto ao que é permitido, proibido ou obrigatório, diminuem a arbitrariedade e a incerteza, aumentando a previsibilidade e a probabilidade de justiça. Eliminam problemas de coordenação, cognoscibilidade, custos e controle de poder¹¹⁶.

Sem embargo, a incidência da normatividade constitucional sobre todos os atos criadores de direito, compreendendo desde as leis aos mais singulares atos administrativos, tornam a atividade de produção normativa, ainda que decorrente de regras, distante de um mero silogismo. Os princípios constitucionais, além de sua eficácia positiva, servido como fundamento imediato da decisão ou edição de ato jurídico, também possuem eficácia interpretativa, ou mediata, irradiando seus valores e finalidades no âmbito de aplicação das regras infraconstitucionais, obrigando o intérprete a encontrar o sentido extraível do texto que guarde maior consonância com a constituição. Tal função afasta, mais uma vez, o direito da dogmática juspositivista, que negava além da normatividade, a carga valorativa dos princípios. Bonavides transcreve passagem do administrativista argentino Agostín Gordillo, ao que ela chama de força de reflexão do princípio:

Diremos então que os princípios de Direito Público contidos na Constituição são normas jurídicas, mas não só isso, enquanto a norma é um marco dentro do qual existe uma certa liberdade, o princípio tem substância integral (...). O princípio estabelece uma direção estimativa, em sentido axiológico, de valoração, de espírito (...). O princípio exige que a tanto a lei como o ato administrativo lhe respeitem os limites e que além do mais tenham o seu mesmo conteúdo, sigam a mesma direção, realizem o seu mesmo espírito¹¹⁷.

E é importante rememorar que a lógica de incidência das normas constitucionais é decorrente, para além da unidade da constituição e de sua força normativa apregoada pelo pós-positivismo, da própria integração sistemática que permitirá a própria constatação do direito como um sistema autônomo, necessária à manutenção de sua coerência sistêmica. Eros Grau salienta que, ao estabelecer que não se interpreta um texto normativo,

116 *Ibidem*, p. 4.

117 BONAVIDES, op. cit., p. 287.

mas sim o Direito, não é cabível interpretar a Constituição em tiras, aos pedaços¹¹⁸. Com a constituição passando a ser um fenômeno jurídico para além de política, não se faz possível a exclusão de suas cláusulas na aplicação do direito. Virgílio Afonso da Silva chama atenção para tal premissa que remonta a própria interpretação jurídica clássica, sem se tratar de uma novidade trazida pelo pós-positivismo, mas sim uma reafirmação dos cânones clássicos de interpretação e a confirmação de que ele se aplica ao âmbito constitucional¹¹⁹.

Sob a égide da Constituição de 1988 e à luz das teorias pós-positivistas se verifica, pois, a existência de princípios e regras como espécies de normas jurídicas. Com funções diversas, princípios e regras se congregam para formar um todo sistemático, a ordem jurídica brasileira. As regras, dotadas de maior objetividade decorrente de sua estrutura previamente densificada pelo constituinte ou pelo legislador ordinário, com clareza nos antecedentes e consequentes, promovem um ambiente jurídico mais cognoscível e calculável, reduzindo a complexidade inerente ao sistema social ao alinhar, imperativamente, valores e interesses, contribuindo com maior eficácia para a existência de segurança jurídica.

Os princípios, vetores de conteúdo axiológico no interior do sistema jurídico, ao carregarem maior generalidade e abstração, com elevada margem de indefinição quanto aos fatos e pessoas abarcados pelos seus ditames, se prestam à resolução dos casos mais difíceis, à integração do sistema normativo e ao estabelecimento de diretrizes interpretativas, permitindo a adequação da Constituição à realidade social. Ambas as espécies possuem função normativa, não havendo preponderância entre elas, e sim a diversidade funcional acima explicitada.

5.4 O Uso e Abuso dos Princípios

Ocorre que se observa no Brasil um uso demasiado e objetivo dos princípios como fonte imediata para produção normativa. Os aplicadores do Direito tem se valido preferencialmente e acriticamente de dispositivos constitucionais com baixa densidade para concretizar o Direito, ignorando em muitos casos soluções legislativas previamente estabelecidas. A prática tem base em um entendimento que, a partir da Carta Magna de 1988 e

118 GRAU, Eros. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 15ª ed. Revisada e atualizada. São Paulo, Malheiros Editores, 2012, p. 161.

119 SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e Sincretismo Metodológico in SILVA, Virgílio Afonso da (org.), Interpretação Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2005: 115-143. p. 127.

com a constitucionalização do direito no Brasil, deve-se proceder ao afastamento de regras quando identificados princípios que possam incidir sobre a situação fática e cujo conteúdo seja represente colisão com o mandamento da regra, criando uma estrutura hierárquica entre as normas, mesmo entre aquelas que se extraem do próprio texto constitucional. Neves alerta que o afastamento das regras para privilegiar a incidência de um princípio serve mais à acomodação de interesses concretos e particulares que à força normativa da Constituição, conduzindo a uma falta de consistência da ordem jurídica. O constitucionalista faz questão de demonstrar que a própria doutrina de Alexy, referência das teses pós-positivistas, afirma a primazia das regras em relação a determinações alternativas com base em princípios¹²⁰.

O uso de valores jurídicos abstratos para fundamentar decisões, conceito empregado no caput art. 20 da LINDB se alastrou com a imperatividade dos princípios e a presença mais significativa de conceitos jurídicos indeterminados nos enunciados normativos, sem que na mesma proporção pudesse ser percebido o cuidado do órgão decisor com a construção de uma motivação racional e objetiva, na qual todos os interessados possam verificar os fundamentos jurídicos e fáticos que deram base à norma de decisão. Justen Filho denuncia o emprego de fórmulas gerais e imprecisas com uma dimensão retórica, a fim de encobrir escolhas subjetivas potencialmente arbitrárias e impedir a crítica¹²¹.

O uso da ponderação como método hermenêutico amplia consideravelmente o espaço de criação normativa no momento da concretização, permitindo um espaço de subjetividade que traz prejuízo à lógica sistêmica e eleva o risco de um decisionismo *ad hoc*, afastando a generalidade e a capacidade orientativa que interessa ao direito e à sociedade. A objetividade das regras permite o desempenho de funções importantes no seio de uma sociedade complexa e plural, como a estabilização de conflitos morais e a redução da incerteza e da arbitrariedade¹²². Bruno Torrano, ao criticar o caráter idealista da principiologia pós-positivista, cita Jorge Lavocat Galvão para afirmar que, com as teses disseminadas pelo Neoconstitucionalismo e a endemia da prática de contestação das normas (o que se dá, segundo o próprio, por meio da “retórica vaga e audível da reaproximação do direito com a ética”), acabamos por perder valores inerentes ao Estado de Direito, como a eficiência e a

120 NEVES, op. cit. p. 191-192.

121 JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. Revista de Direito Administrativo, p. 13-41, 23 nov. 2018. p. 23.

122 ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: Entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. Revista Eletrônica do Estado (REDE) Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, janeiro/fevereiro/março, 2009, p. 18. Disponível em shorturl.at/rvHJL. Acesso em 23/01/2021.

coordenação¹²³. Sobre o abuso dos princípios e o excesso de ponderação, nos apoiamos mais uma vez na síntese de Marcelo Neves:

(...) a invocação retórica dos princípios como nova panaceia para os problemas constitucionais brasileiros, seja na forma de absolutização dos princípios ou na forma de compulsão ponderadora, além de implicar um modelo simplificador, pode servir de encobrimento estratégico de práticas orientadas à satisfação de interesses avessos à legalidade e à constitucionalidade e, portanto, à erosão continuada da força normativa da Constituição¹²⁴.

Ao passo que cria ferramentas jurídicas para perfurar a blindagem do mau administrador no exercício da função pública, aqui nos referindo àquele que abusa das competências constitucionais para exercer o poder em descompasso com o dever de observância aos preceitos normativos finalísticos, encoberto pelo manto do interesse público, a hermenêutica neoconstitucionalista possibilitou a solução de abusos com a perpetração de outros ao não prever limites claros para a intervenção do controle, sobretudo o de natureza judicial.

Propiciou, assim, um desequilíbrio no exercício tridimensional do poder no campo político, diminuindo o espaço de concretização dos comandos constitucionais pelo Poder Executivo, e mesmo pelo Poder Legislativo, ao deslocar o espaço de criação da norma de forma preponderante para o momento da concretização do direito. A postura voluntarista do controle, que pode se dar com fundamento em algum idealismo ou em interesses escusos, ao dificultar uma clara delimitação entre o direito e os demais subsistemas sociais, promove a crítica socialmente disseminada da existência do ativismo judicial.

Tais considerações nos permitem afirmar que a aplicação de princípios e outras fórmulas jurídicas com conteúdo aberto, cuja funcionalidade para o sistema jurídico não se renega, demandam um acréscimo do ônus argumentativo na construção da norma de decisão, a fim de promover adequadamente sua densificação, tornando possível o controle intersubjetivo das decisões e a cognoscibilidade do comando normativo. Se faz necessário um devido cuidado com a externalização objetiva da fundamentação, onde os destinatários da norma possam compreender todo o racional que conduziu o intérprete à norma de decisão,

123TORRANO, Bruno. Pragmatismo no Direito e a Urgência do “pós-pós-positivismo no Brasil. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2018, p. 89.

124 NEVES, op. cit., p. 196.

com clareza quanto aos princípios colidentes e a metodologia eleita para definição de seus respectivos pesos, com a devida delimitação das circunstâncias fáticas consideradas para a estruturação da norma.

Ávila lembra a importante questão da legitimidade democrática no exercício do poder ao defender o legislativo como o local mais adequado para, por meio do debate, se respeitar e levar em consideração a pluralidade de concepções de mundo e valores, e a melhor forma de realizá-los¹²⁵. Casos difíceis também podem demandar uma solução tecnicamente mais complexa, para a qual órgãos e entidades da Administração possam deter informações mais precisas e conhecimento técnico mais propício a dar concreção a uma finalidade constitucional.

Não se trata de anular o espaço de atuação judicial ao submeter tudo ao domínio da política ou de outros subsistemas. Se trata de reconhecer que nem sempre a melhor leitura da Constituição e da manutenção do Estado Democrático do Direito advirá do judiciário. E que a busca pelo equilíbrio entre os poderes merece proteção do sistema jurídico. Como norma de sede constitucional, inclusive. E, assim sendo, imperativa e de observância obrigatória por todos que exercem poder em nome da Lei Maior.

125 ÁVILA, Neoconstitucionalismo: Entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. Revista Eletrônica do Estado (REDE) Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, janeiro/fevereiro/março, 2009, p. 18. Disponível em shorturl.at/rvHJL. Acesso em 23/01/2021.

6 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

6.1 A Constitucionalização da Eficiência em um breve contexto histórico

A partir da Proposta de Emenda Constitucional nº 173/1995, encaminhada ao Congresso Nacional pela gestão do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso, dando origem à Emenda Constitucional nº 19/98, foi introduzido no plano normativo-constitucional os valores políticos, gerenciais e econômicos que permeavam a proposta de Reforma do Estado elaborada durante seu primeiro mandato presidencial. Dentre as mudanças, foi incorporado à esfera jurídica o princípio da eficiência, acrescido ao *caput* do art. 37, enunciado que inaugura a seção da Carta Política que traz o arcabouço constitucional da Administração Pública.

A partir de então, juntamente à legalidade, impessoalidade, publicidade e moralidade, a eficiência passa a ser princípio constitucional explícito da atuação administrativa do Estado. Com a imperatividade inerente a toda norma jurídica, passa a ser exigência da substância de todo e qualquer ato produzido pela Administração Pública e seus agentes. Sem embargo, como característica comum a uma gama ampla de princípios, o conteúdo jurídico da eficiência é de difícil delimitação *prima facie*. Assim, sua concretização por meio da jurisprudência e uma avaliação doutrinária para densificar seus comandos se faz necessária, a fim de permitir o planejamento e a edição de atos juridicamente orientada dos agentes administrativos, inclusive do controle, e judiciais, no que tange à exigência normativa do princípio em apreço.

Sob a liderança do economista Luiz Carlos Bresser-Pereira, a proposta de reforma do Estado brasileiro, tratada com maior atenção no capítulo 03 dessa pesquisa, ousava promover mudanças estruturais em diversas dimensões – política, econômica, institucional-legal, e cultural/gerencial, sendo a reforma do aparelho estatal apenas uma dessas dimensões. Do ponto de vista institucional-legal, o governo pretendia viabilizar as transformações fundamentais em três direções: focalização no atendimento das demandas sociais básicas, o redirecionamento da atuação do Estado de executor para um papel de promotor do desenvolvimento social e econômico, e a implementação do modelo de administração gerencial no Estado¹²⁶. Para tanto, foram criadas iniciativas legislativas de

126 PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Plano Diretor da Reforma do Estado. Brasília, 1995, p. 49. Disponível em <https://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.pdf>. Acesso em 31/01/2021.

ordem constitucional e infraconstitucional. A PEC 173/1995 carregaria, pois, as modificações pretendidas na Constituição de 1988.

Do ponto de vista gerencial, que ia além da institucional-legal, a Reforma do Aparelho de Estado Brasileiro buscava, em essência, mecanismos que possibilitassem a mitigação dos efeitos deletérios causados pelo patrimonialismo, que ainda se entranhava na estrutura da Administração, bem como um modelo administrativo que aperfeiçoasse a burocracia racional-legal, menos atrelada a procedimentos formais e orientada para resultados. Chegava ao Brasil a era da New Public Management (NPM) – a Nova Gestão Pública, também denominada de gerencialismo, em virtude da ideia de descentralização das unidades de comando, empoderando os gerentes, mais próximos aos níveis operacionais, para a tomada de decisão, em detrimento de uma centralização do poder decisório característica do modelo burocrático. Os modelos político-econômicos que deram ensejo à NPM avaliavam que o Estado cria distorções antieconômicas indesejáveis e que uma melhor *eficiência alocativa* dos recursos econômicos à disposição da sociedade poderia ser obtida com a liberdade de iniciativa. A eficiência do *modus operandi* desenvolvido pelas ciências gerenciais e aplicado pelas empresas privadas poderia, pois, ser absorvido pela iniciativa pública e possibilitar a maximização dos resultados almejados.

A conjuntura política, econômica e social na qual o debate da constitucionalização da eficiência foi promovido colaboram com a delimitação de seu conteúdo. E nos ajuda a compreender o porquê do amplo destaque dado à economicidade como comando decorrente do princípio na doutrina e na jurisprudência. Todavia, não o cristaliza. É oportuno esclarecer que a baixa densidade inerente ao princípio reveste-o de maior permeabilidade ao cenário fático do momento de aplicação, adaptando seu conteúdo normativo à dinâmica social. Essa afirmação dá sustentação a que se segue: não se deve amarrar a interpretação e a aplicação do princípio a um conteúdo cujo teor seja preenchido por valores vigente à época de sua constitucionalização, alheio à dinâmica social que se seguiu nos mais de 20 anos que separam a constitucionalização da eficiência do momento atual.

Ainda, a incorporação de qualquer valor ou interesse ao campo do direito impede que sua substância seja delimitada a partir de uma interpretação insulada, sem que haja diálogo com os demais textos e normas componentes da ordem jurídica, o que atentaria à sua consistência sistemática e a sua própria existência enquanto sistema autônomo. Nesse caso, estamos reforçando a inafastável interpretação sistemática da ordem jurídica, para que o

intérprete não entenda possível a construção de solução jurídica para o caso concreto com fulcro única e exclusivamente no princípio da eficiência.

Assim, não merece prosperar a interpretação que pugna por uma mera transposição da lógica privatística para a Administração Pública, presente nas críticas mais duras que denunciam o princípio e sua constitucionalização como um meio de minar as bases do Estado Social, ou na defesa ideológica da implantação de um Estado Mínimo mais próximo de sua estrutura clássica. Tampouco merece guarida a argumentação que pretende estabelecer uma interpretação do modelo burocrático como o único a se coadunar com ditames constitucionais, impedindo a incorporação de modelos e práticas desenvolvidos em instituições privadas. Permanentemente necessário e seguramente interminável, dada a necessidade de adaptação do conteúdo da constituição formal à constituição material, então, o trabalho investigativo sobre o conteúdo do princípio.

6.2 Eficiência para a Administração e a Economia

Eficiência, do ponto de vista da administração, se refere aos meios selecionados para se atingir determinados fins. É o critério de aferição de qualidade, custos e prazos relacionados à produção de determinado bem ou serviço. Diferencia-se da eficácia, que seria o critério de aferição do resultado imediato, do atingimento do resultado com a produção do bem ou serviço em si. Bugarin, à luz da teoria de gestão, esclarece que eficácia se refere especificamente ao resultado do trabalho realizado, sua adequação a um fim proposto, enquanto eficiência se vincula à forma ou processo de realizar determinada atividade¹²⁷. Efetividade, por sua vez, se correlaciona com o atingimento de resultados mediatos estratégicos, da organização, obtidos com a produção do bem ou serviço.

A diferença entre eficiência e efetividade é destacada no Plano Diretor da Reforma do Estado, o qual conecta a efetividade a um estado de coisas que deve ser perseguido pelo núcleo estratégico, a alta Administração, enquanto a eficiência é um valor relacionado à prestação dos serviços públicos em si, uma busca pelo incremento na qualidade e na redução de custos:

127BUGARIN, Paulo Soares. O Princípio Constitucional da Eficiência: um enfoque doutrinário multidisciplinar. Revista do TCU, Brasília, v. 32, n. 87, jan/mar 2001, p. 41. Disponível em <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/919/984>. Acesso em 29/01/2021.

No núcleo estratégico, o fundamental é que as decisões sejam as melhores, e, em seguida, que sejam efetivamente cumpridas. A efetividade é mais importante que a eficiência. O que importa saber é, primeiro, se as decisões que estão sendo tomadas pelo governo atendem eficazmente ao interesse nacional, se correspondem aos objetivos mais gerais aos quais a sociedade brasileira está voltada ou não. Segundo, se, uma vez tomadas as decisões, estas são de fato cumpridas.

(...) Nestes termos, no núcleo estratégico, em que o essencial é a correção das decisões tomadas e o princípio administrativo fundamental é o da efetividade, entendido como a capacidade de ver obedecidas e implementadas com segurança as decisões tomadas, é mais adequado que haja um misto de administração pública burocrática e gerencial.

(...) No setor das atividades exclusivas e de serviços competitivos ou não exclusivos, o importante é a qualidade e o custo dos serviços prestados aos cidadãos. O princípio correspondente é o da eficiência, ou seja, a busca de uma relação ótima entre qualidade e custo dos serviços colocados à disposição do público¹²⁸.

A divisão proposta no Plano Diretor pode ser conectada às referências mais atuais sobre as funções da governança e da gestão no setor público. Publicação do Tribunal de Contas da União nos ajuda a compreender as diferenças entre os conceitos ao destrinchar as funções relacionadas a cada um deles. A Governança se relaciona com processos de comunicação – envolvimento das partes interessadas, direcionamento estratégico, gerenciamento de riscos e conflitos internos, auditoria e avaliação dos sistemas de gestão e controle e promoção da *accountability* – prestação de contas e responsabilidade. Em decorrência, busca maior efetividade, isto é, a produção dos efeitos esperados, além de economicidade. A gestão se relaciona à implementação dos programas, garantir conformidade com as regulamentações, pela avaliação do desempenho, pelo manejo dos recursos colocados à disposição do órgão ou entidade para o adimplemento dos deveres institucionais. A eficácia e a eficiência são estados de coisas requeridos à gestão¹²⁹.

Do ponto de vista econômico, a eficiência pode ser compreendida como um critério de maximização dos resultados, com o atingimento de um resultado ótimo. Temos a maximização de resultados como o fato de uma firma procurar realizar o máximo de produção por meio de uma certa combinação de fatores. Sendo todo esforço produtivo precedido de um

128 PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, Plano Diretor da Reforma do Estado, p. 42-43

129 TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Referencial Básico de Governança, 2ª Versão. Brasília, 2014, p. 31-32. Disponível em https://portal.tcu.gov.br/data/files/FA/B6/EA/85/1CD4671023455957E18818A8/Referencial_basico_governanca_2_edicao.PDF. Acesso em 26/07/2021.

custo de produção, a maximização atinge um resultado ótimo a partir da obtenção do máximo de produto com determinado custo de produção¹³⁰. Poderíamos então afirmar como eficiente o melhor resultado possível a partir dos insumos disponíveis à produção do bem ou serviço.

Bugarin apresenta dois enfoques diferentes da eficiência sob uma perspectiva econômica. A eficiência técnica, relacionada à obtenção da maior produção possível para um determinado nível de insumos básicos, caracterizada efetivamente a partir de uma análise comparativa entre distintas funções de produção/firmas industriais. Ou seja, com esse enfoque, definimos previamente o produto e avaliamos comparativamente os meios de se obtê-lo. Já a eficiência alocativa se vincula à ideia da obtenção de um melhor produção de um conjunto de bens empregando o melhor conjunto de elementos de produção, envolvendo ainda a escolha de um certo conjunto de bens produtos e o uso do conjunto certo de bens e serviços produtivos. Avalia-se não apenas os meios empregados para se produzir determinados bens, como também a própria escolha dos bens, que não é dada, assim dizemos, aprioristicamente¹³¹.

Ainda na seara econômica, vale trazer à tona a perspectiva da eficiência a partir da teoria Agente-Principal, especialmente no que tange à avaliação de contratos administrativos e ajustes congêneres. Nóbrega esclarece que a maximização da eficiência (custos) está sujeita a duas restrições: compatibilidade, representando a assimetria informacional, o que impede a obtenção de solução *first best*, aquela obtida quando da disponibilidade de todas as informações necessárias para tomada de decisão, e a restrição de participação, que determina que o agente aceitará a proposta de contratação se observar maior utilidade nela do que seria possível obter fora do contrato.

Esclarece ainda um dilema do principal entre extração de renda e eficiência, na busca de uma maior utilidade entre os custos decorrentes da ausência de informações, e o e os custos para obtenção de informações que possibilitassem uma maior proximidade da solução *first best*¹³². Há aqui um *trade off*, sendo consequência dessa abordagem teórica que a eficiência nem sempre estará no estabelecimento do máximo de controle, que tem seus custos inerentes.

130 CARVALHO, Luiz Carlos Pereira de. Teoria da Firma: a Produção e a Firma in PINHO, Diva Benevides e VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval (org). Manual de Economia, 5ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2004. p. 187.

131 BUGARIN, op. cit., p. 40-41.

132 NÓBREGA, Marcos. Direito da Infraestrutura. São Paulo, Quartier Latin do Brasil, 2011, p. 109-110.

6.3 Sentido jurídico da Eficiência

6.3.1 Eficiência no Direito Positivo brasileiro

Sem embargo da contextualização histórica da inserção explícita do princípio da eficiência na Lei Fundamental brasileira, é oportuno que a busca por uma administração eficiente em decorrência dos imperativos da lei não se inicia apenas com a Emenda nº 19/98, tampouco se encerra com ela. Com isso, reforça-se o argumento de adaptabilidade do conteúdo do princípio e o consequente afastamento de uma compreensão estanque e vinculado ao momento histórico e institucional no qual houve sua positivação.

Na própria Constituição Federal, podemos verificar enunciados que compreendem a eficiência como valor orientativo, como o caput do art. 70, que arrola a economicidade como baliza jurídica da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da Administração. O art. 74, por sua vez, menciona a avaliação dos resultados quanto à eficácia e da eficiência como finalidade do controle interno.

Editado há mais de 50 anos, o parágrafo único do art. 16 da Lei nº 4.320/1964 determina a obediência a padrões mínimos de eficiência na prestação de serviços prestados ou postos à disposição dos interessados beneficiados por meio de subvenções sociais. Quase tão antigo quanto, o Decreto-Lei nº 200/1967 menciona, em seu art. 26, que a supervisão ministerial visaria assegurar, dentre outros objetivos, a eficiência administrativa. Implicitamente, podemos afirmar que a eficiência estava presente em dispositivos como o art. 14, o qual determina que o trabalho administrativo será racionalizado mediante simplificação de processos e supressão de controles que se evidenciarem como puramente formais ou cujo custo seja evidentemente superior ao risco e no § 3º do art. 30, que estabelece como dever dos responsáveis pelos diversos órgãos competentes dos sistemas atuar de modo a imprimir o máximo rendimento e a reduzir os custos operacionais da Administração. É perceptível a olho nu a influência da perspectiva econômica de eficiência na redação dos enunciados normativos. O direito então, desde ao menos 1967, já preconizava o desenho de processos e de controle, hierárquico, interno ou externo, à luz da maximização de resultados.

A eficiência é um requisito fundamental do regime contratual instituído pela Lei nº 9.987/1995, sendo mencionado explicitamente nas leis setoriais dos serviços públicos que poderão ser prestados por regime de concessão. A concessão pressupõe, como menciona o

caput do art. 6º, a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, sendo um serviço adequado, conforme seu § 1º, aquele que satisfaz condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

A Lei nº 9.784/1999 menciona no art. 2º a eficiência como princípio que deve nortear o processo administrativo. Dentre os incisos que destrincham o parágrafo único do mesmo dispositivo, podemos verificar correlação com a eficiência no inciso IX, quando elege como critério a adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, e no inciso XIII, ao demandar interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige.

Não poderíamos deixar de mencionar o instituto da convalidação, presente no art. 55, que traz ao âmbito do direito público a diferença entre nulidade e anulabilidade, abrindo espaço para saneamento de eventuais vícios como meio mais interessante de resolução. A análise demandada do agente público pelo art. 147 da Lei nº 14.133/2021, a Nova Lei de Licitações e Contratos, no âmbito de decisão quanto à suspensão ou anulação de contratos mediante a constatação de vícios, que não pode se abster de abordar questões como impactos econômicos e financeiros decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato, o custo da deterioração ou da perda das parcelas executadas e o custo para realização de nova licitação ou celebração de novo contrato deixa ainda mais evidente a eficiência como núcleo da convalidação. Com a convalidação como exigência cada vez mais clara do ordenamento, reforça-se a orientação da atividade administrativa para os resultados e a instrumentalidade das formas, sem que se abra mão de uma avaliação abrangente dos direitos subjetivos envolvidos, em respeito à segurança jurídica.

Na Lei nº 14.133/2021, a eficiência é exaustivamente mencionada, sendo muito mais presente que na sua antecessora Lei nº 8.666/1993, seja como princípio orientador (art. 5º), como finalidade a ser alcançada com a implementação de mecanismos de governança (art. 11, parágrafo único) e nas práticas de gestão de riscos e controle preventivo (art. 169, §1º), ou como produto da combinação de critérios definidos na fase preparatória do certame (art. 18, inciso VIII). Na mesma linha, o Regime Diferenciado de Contratações tem a eficiência como princípio (art. 3º), diretriz (art. 4º, V) e objetivo (art. 1º, § 1º). Digno de nota que a nova lei positivou na norma geral o modelo de contrato de eficiência, previsto anteriormente no

Regime Diferenciado de Contratações, sendo característico desses contratos o objetivo de redução de despesas correntes, gerando economia ao contratante e remunerando o contratado mediante percentual dessa economia.

Ainda na visualização da eficiência como princípio e fim da modelagem jurídica positivada pelo RDC, vislumbremos o voto do relator na Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 4.645 e 4.655 DF, promovidas pelo Procurador Geral da República e por partidos de oposição ao governo Dilma Rousseff. Inicialmente, o eminente magistrado questiona se os argumentos que são sustentados pelos autores na ADI têm como fundamento a Constituição ou a Lei nº 8.666/93. Em outras palavras, a partir do que afirmamos acima, uma interpretação que vê o modelo burocrático-legal que permeia o antigo estatuto das licitações e contratos como o único aderente à ordem constitucional. O ministro Luis Fux defende que o RDC promove a eficiência administrativa sob diversos aspectos: redução de prazo, a partir da inversão de fases e de relatórios empíricos de órgãos e entidades da Administração; o sopesamento entre custos e benefícios (maximização), a simplificação dos processos, a remuneração variável e a utilização do orçamento sigiloso. A análise, em suma, parte de uma avaliação jurídico-econômica do instituto:

O desafio imposto ao Legislador, na criação da norma regente, e ao administrador público, na sua aplicação ao caso concreto, é equalizar os incentivos jurídico-econômicos gerados pelas licitações públicas, minorando seus potenciais perversos, sem sacrificar excessivamente a eficiência e dinamismo que as contratações demandam¹³³.

Rosilho mapeia os problemas presentes nas críticas que demonstram a ineficiência do modelo da Lei nº 8.666/93, como o controle burocrático em detrimento de um controle por resultados, centrados no alto grau de burocratização (em oposição ao requisito de simplificação de procedimentos e instrumentalidade das formas), o alto custo dos procedimentos licitatórios (de recursos financeiros e de tempo), a radicalização da busca pelo menor preço em detrimento da qualidade (o que certamente reforça a ênfase ao aspecto de

133 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4665 DF. Voto do Relator Min. Luiz Fux. Disponível em https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/5/8A0F409B522ACC_votoFUX.pdf. Acesso em 20/07/2021.

economicidade do princípio), e o amplo espaço para celebração de aditivos contratuais (mais uma vez, elevação de custos administrativos e de tempo na contratação)¹³⁴.

Por fim, mencionemos a Lei nº 14.129/2021, que estabelece regras e instrumentos para aumento da eficiência na administração pública. O novel diploma, com as diretrizes encampadas, ajudam a densificar o conteúdo do princípio para além da faceta da economicidade. Sua introdução ao direito positivo tornam a desburocratização, a inovação, a transformação digital e a participação do cidadão ferramentas diretamente relacionadas à concretização do princípio. A doutrina já mencionava a adoção da via digital como decorrência da eficiência bem antes da edição da lei supra. Nessa linha, Nobre Júnior:

Não esquecer também a necessidade, imposta à Administração, de adequar-se, nas suas atuações, às exigências reclamadas pela modernidade, imprimindo-lhes um caráter de maior dinamicidade. A utilização dos recursos da informática torna-se, assim, um imperativo de observância obrigatória pelos atuais administradores¹³⁵.

6.3.2 Eficiência na doutrina e na jurisprudência

A doutrina jurídica sobre o princípio da eficiência se encontra em alguns pontos comuns e se afasta em outros, sendo natural que o elevado nível de abstração e generalidade propiciasse compreensões diversas, sobretudo por se tratar de uma compreensão a priori, apartada do caso concreto, de onde seria possível estabelecer seu conteúdo de forma mais substantiva. O significado de eficiência para a Administração e a Economia seguramente oferece suporte à leitura jurídica do princípio, sem todavia vinculá-lo. É notória a comunicação que há entre tais sistemas autônomos, sem contudo tal intersecção conduzir à subordinação de um ao outro. É comum que a jurisprudência de apoie em elementos empíricos para sustentar a racionalidade na utilização da eficiência como fundamento decisório. Nessa esteira, na supracitada ADI 4645/4655, o relator utiliza em sua argumentação relatórios produzidos pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e pela Controladoria-Geral da União (CGU).

134 ROSILHO, André. O Regime Diferenciado de Contratações e seu Controle in SUNDFELD, Carlos Ari (org.). Contratações Públicas e Seu Controle. São Paulo, Malheiros Editores, 2013, p. 150.

135 NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Administração Pública e o Princípio Constitucional da Eficiência. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, nº 241, jul/set 2005, p. 226. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43371/44674>. Acesso em 22/10/2020.

Parte da doutrina assumiu uma postura crítica à constitucionalização do princípio, enxergando em tal modificação institucional uma tentativa de subordinação do direito à economia, à época marcadamente influenciado pelo neoliberalismo, pondo em cheque a estrutura de Estado Social prevista na Carta Magna. Decerto que não há dúvida da força normativa da eficiência, o que nos coloca em contraposição à ideia de extrajuridicidade do princípio, mas o debate importa para ressaltarmos a necessidade da construção de um sentido normativo que se coadune com os demais ditames da ordem jurídica. Gabardo, na mesma linha, atribui a possibilidade de sanção e coação a partir da eficiência, dada sua natureza jurídica de norma positiva, não fazendo sentido compreendê-lo como um fenômeno metajurídico após a EC nº19/98. Provoca ao lembrar que os princípios jurídicos, em regra, possuem conteúdo ontologicamente extrajurídico, até que sejam absorvidos pelo sistema jurídico e adquirido o status de norma¹³⁶.

Paulo Modesto invalida argumentos que afastam a incidência normativa do princípio por se tratar de conceito tradicionalmente desenvolvido por outras ciências, afirmando que o termo não é privativo de qualquer delas. Cabe ao jurista, no papel de agentes ativos na construção dos sentidos jurídicos, contextualizar o princípio no âmbito do ordenamento normativo nacional¹³⁷. Retomemos aqui a presença de dispositivos dispersos no ordenamento que dão maior densidade ao princípio, demandando dos agentes públicos, com menor espaço de contraposição, atuação otimizada, racionalização de procedimentos, atendimento tempestivo das demandas públicas, qualidade na prestação de serviços, dentre outras externalizações do princípio.

Adentremos a produção doutrinária voltada à construção do sentido jurídico do princípio. Di Pietro apresenta-o sob dois aspectos, sendo um deles direcionado ao modo de atuação do agente público, demandando o melhor desempenho possível de suas atribuições na busca da obtenção dos melhores resultados, e outro voltado ao disciplinamento da própria estrutura organizacional da Administração Pública, também com a mesma finalidade de obtenção dos melhores resultados possíveis.

O primeiro comando parece se dirigir a totalidade dos que detêm função pública, em uma lógica contingencial de maximização de resultados que aproxima sua

136 GABARDO, Emerson. A Eficiência no Desenvolvimento do Estado Brasileiro: uma questão política e administrativa. p. 21. Disponível em shorturl.at/ftuPX. Acesso em 13/01/2021.

137 MODESTO, Paulo. Notas para um Debate Sobre o Princípio da Eficiência. Revista do Serviço Público, [S. l.], v. 51, n. 2, p. 105-119, 2014. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/328>. p. 107. Acesso em 26/10/2020.

compreensão do princípio com a lógica econômica de eficiência. Promovendo uma intersecção entre o entendimento da eminente jurista com o que acima externamos, com viés econômico, o princípio demandaria dos atores públicos o melhor emprego possível dos recursos à sua disposição, conjugando-os para a realização ótima dos seus deveres para com os fins da Administração. O segundo parece mais voltado aos que detém competência normativa para promover a divisão de competências na estrutura do Poder Público, seja a alta administração no Poder Executivo, seja o próprio Poder Legislativo, distribuindo-as de forma a melhor aproveitar as potencialidades das estruturas públicas, com vistas, como não poderia deixar de ser, ao atingimento dos resultados que o direito positivo lhes impõe. Voltado à governança, enquanto o primeiro, voltado à gestão.

Quanto ao desempenho eficiente de agentes públicos no exercício de suas atribuições, vale mencionar o entendimento da Ministra Carmem Lúcia no julgamento da ADI 5551 DF¹³⁸, ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores, alegando inconstitucionalidade da Lei nº 13.334/2016. Na oportunidade a ministra entendeu que a previsão no art. 6º da MP 727/2016, convertida na lei infirmada, que criou o Programa de Parcerias e Investimentos, de aplicação das práticas avançadas recomendadas pelas melhores experiências nacionais e internacionais, estaria em linha com o princípio da eficiência. Parece-nos aqui que o precedente, por meio da fluidez dos princípios, daria guarida para a utilização de conteúdos descritivos, com suportes de outras ciências, ou seja, extrajurídicos, para a construção dos sentidos jurídicos.

Quanto ao valor jurídico do conhecimento científico como elemento ensejador do ato administrativo, a fim de afastar a responsabilização do gestor público pela caracterização de dolo ou erro grosseiro na deliberação sobre políticas públicas, à luz do art. 28 da LINDB, trazemos à luz as teses firmadas pelo eminente ministro Luís Roberto Barroso, constante de seu voto no âmbito de Medida Cautelar sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6421 DF (grifo nosso):

“1. Configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde ou ao meio ambiente equilibrado, por inobservância: (i) **de normas e critérios científicos e técnicos**; ou (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. 2. **A autoridade a quem compete decidir deve exigir que as**

138 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 5551 DF. Rel. Min. Carmem Lúcia. Julgamento 15/03/2021. DJe 23/03/2021. Disponível em <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5551&classe=ADI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 30/07/2021.

opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades médicas e sanitárias, internacional e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos”¹³⁹

A doutrina também vai nessa linha de dar valor jurídico ao uso de dados científicos na conformação do ato administrativo, em uma clara imbricação do “dever-ser” jurídico com o mundo do “ser” da realidade. Avaliando também a atuação do gestor público no âmbito da emergência sanitária, Dionísio e Binenbojm relacionam o grau de aderência da escolha realizada pelo gestor em relação aos dados técnicos que estejam à disposição no momento da tomada de decisão como um importante standard para aferição da responsabilidade subjetiva do agente público diante do erro administrativo, entendendo que, quanto mais afastado das informações científicas acessíveis, menor deve ser o espaço de tolerância com o erro¹⁴⁰. Elementos descritivos, a despeito de não serem propriamente jurídicos, importam ao direito e participam da estruturação da norma jurídica.

Uma olhar pouco atento sobre a perspectiva doutrinária e jurisprudencial do uso de métodos descritivos desenvolvidos no âmbito de outras ciências pode dar ensejo uma crítica que vislumbra uma submissão do direito a outras ciências, como as críticas que já expusemos sobre a incorporação da eficiência ao direito como uma tentativa de subordiná-lo à economia. É mister rememorar que a concretização do direito se dá no diálogo entre o texto normativo e a realidade social na qual se insere a interpretação do dispositivo, sendo os fatos parte da estrutura da norma. E o uso de metodologias descritivas permitem uma compreensão dos fatos de modo a racionalizá-la e, conseqüentemente, permitem um melhor controle intersubjetivo no desenrolar do processo administrativo ou judicial. Não se despreza aqui o direito positivo e as metodologias hermenêuticas à disposição da prática dogmática, ou se pretende promover um retorno ou defesa de alguma forma de realismo jurídico, mas sim se cria parâmetros objetivos para incorporação dos fatos à produção do direito.

139 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº 6421 MC/DF. Relator Min. Luis Roberto Barroso. Julgamento 21/05/2020, DJe 12/11/2020. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754359227>. Acesso em 30/07/2021.

140 BINENBOJM, Gustavo e DIONISIO, Pedro de Hollanda. O Direito ao Erro do Administrador Público e a COVID-19 em Contextos de Emergência. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-abr-04/opiniao-direito-erro-administrador-publico-covid-19>. Acesso em 01/08/2021.

Quanto à observância do princípio da eficiência no desenho das estruturas administrativas para a consecução de serviços públicos, vale abordarmos o litígio envolvendo o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e a União, quanto à constitucionalidade do § 1º do Art. 16, da Lei nº 11.457/2007, no âmbito da ADIN 4068 DF¹⁴¹. Em suma, A OAB compreendia que a Procuradoria da Fazenda Nacional não possuía, no início da vigência do dispositivo, estrutura necessária para o exercício das funções agora acumuladas pela fusão da Secretaria da Receita Federal com a Secretaria da Receita Previdenciária, relatando ausência de procuradores suficientes e carreira de apoio para o exercício das funções da PGFN.

Como a mesma lei criou novos cargos de procurador, pretendia então que fosse declarada a inconstitucionalidade circunstancial do dispositivo, até que o órgão tivesse condições fáticas de suportar a nova demanda de trabalho. A Ministra Carmem Lúcia, relatora da ADI, votou pela improcedência do pedido, sendo acompanhada unanimemente pelos colegas. Defendeu a observância da eficiência administrativa em decorrência da fusão das duas secretarias, em uma perspectiva de otimização dos meios, e a consequente concentração de atribuições em um só órgão. A União, ao defender a medida, demonstrou o requisito da eficiência com a redução de custos (economicidade) para a administração tributária e para os sujeitos passivos das obrigações tributárias com a simplificação de processos e a unificação de legislação e procedimentos (desburocratização). Uma visão integral também proporcionaria o aumento efetivo da força de trabalho e maior eficácia no combate à sonegação, ao descaminho e à evasão fiscal (otimização).

Como o julgamento se deu mais de uma década após a edição da lei, a Ministra pode fundamentar seu voto em relatórios de gestão da própria PGFN, por meio dos quais se afastam as conjecturas do autor da ação, agregando elementos descritivos ao fundamento da decisão. Mencionou ainda a autocontenção judicial, entendendo se tratar de competência discricionária do administrador que não extrapolou os limites da razoabilidade.

É oportuno compreender, sob o prisma da eficiência, não apenas a modelagem administrativa da organização, como também sua modelagem jurídica. Refiro-me ao próprio regime jurídico aplicável ao caso concreto e suas respectivas vantagens e desvantagens para a

141 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº 4068 DF. Relatora Min. Carmem Lúcia. Julgamento 05/08/2020. DJe 25/08/2020. Disponível em <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4068&classe=ADI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 29/07/2021.

realização dos objetivos estatais, já que por vezes é facultado ao gestor público diversos caminhos legais para satisfação do interesse público envolvido. A opção por um ou outro modelo legal à disposição do gestor público demanda uma escolha racionalmente e explicitamente motivada, com fundamento técnico que deve privilegiar a eficiência. Dessa lógica parece decorrer a necessária demonstração do value for money para viabilização de parcerias público-privadas, onde se demanda a estimativa da vantajosidade econômica como requisito essencial para a celebração de contratos dessa natureza. Marcos Nóbrega, sobre o value for money como requisito das PPPs:

Cumpre lembrar que caso o poder público opte pela modelagem PPP em detrimento das demais modalidades de parceria, deverá provar a superioridade de tal opção. E terá que fazê-lo, em primeiro momento, mostrando sua vantajosidade, demonstrando os ganhos de escala e atentando para o princípio da eficiência. Além do parâmetro eminentemente econômico, temos que considerar mecanismos de controle e participação social. Assim, um ponto relevante na opção será uma adequada avaliação do value for money do projeto de PPP¹⁴².

Carvalho Filho dá ênfase ao critério da economicidade ao ressaltar a exigência de redução dos desperdícios de recursos públicos. Todavia, não resume o princípio a esse aspecto, dentro do qual também se observa a produtividade, a qualidade, a celeridade, a presteza, a desburocratização e flexibilização como comandos decorrentes. A desburocratização e a flexibilização parecem ser caminhos que conduzem à redução dos custos diretos e indiretos, com reflexos na economicidade, bem como na celeridade, com impactos também no critério prazo. Ficam evidentes como efeitos decorrentes da eficiência a partir da edição da Lei nº 14.129/2021. A produtividade, por sua vez, parece uma demanda por otimização dos recursos, o que significaria, em decorrência, mais resultado com menos recursos.

De forma a simplificar a compreensão desses aspectos, a eficiência parece girar em torno de qualidade, custos e prazo. O agir eficiente demanda, pois, entregas com maior qualidade, celeridade e com o menor custo possível e com prazo. Note-se que a ideia é a de que haja equilíbrio entre essas variáveis visto se influenciam mutuamente. Em regra, produtos

142 NÓBREGA, Marcos. Direito da Infraestrutura. São Paulo, Quartier Latin do Brasil, 2011, p. 61.

com maior qualidade demandam maiores dispêndios. Assim como prazos mais exíguos podem comprometer a qualidade e, também, ter impacto na formação dos preços.

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União também nos traz exemplos de ponderação entre princípios de valor constitucional diante caso concretos. No TCU, no Acórdão 119/2016 – Plenário¹⁴³, entendeu irregular ato de pregoeiro que inabilitou licitante em decorrência da apresentação de balanço patrimonial do exercício de 2013, sendo exigível, sob o prisma da regra extraída do Código Civil, o do exercício de 2014. Em um conflito entre a legalidade estrita e a eficiência, aqui em seu aspecto de economicidade, extraiu-se regra no sentido de privilegiar um formalismo moderado, de forma a equilibrar a substância dos dois mandamentos constitucionais.

O Ministro relatou entendeu pelo excesso do pregoeiro, ao aplicar regra extraída de dispositivo legal, em detrimento da economicidade e da busca pela proposta mais vantajosa, bem como da Instrução Normativa da Receita Federal que alargou o prazo de apresentação do balanço para empresas optantes pela tributação sobre o lucro real. Ainda, em uma lógica consequencialista, ressaltou que a inabilitação poderia resultar em um custo adicional próximo a R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais), considerando a possibilidade de prorrogação de vigência do ajuste por até 60 meses. Sobre a aparente antinomia que se instalou com a celeuma, explicou que (grifo nosso):

14. A mais moderna Hermenêutica Constitucional enfatiza o caráter normativo dos princípios, bem como a sua concretude, a sua positividade e, até mesmo, a sua supremacia. A exaltação do positivismo jurídico pode levar o Direito a ser prisioneiro da lei, o que seria uma negação de um ditado elementar da boa Hermenêutica: “a pior interpretação da lei é a literal”; **há de se considerar o seu conteúdo axiológico.**

15. Ao explicitar a aplicação dos princípios da economicidade e da razoabilidade, como fez a Confederal – **cabe incluir também nesse rol o princípio da eficiência**, insculpido no art. 37, **caput**, da Constituição Federal –, não se está a invadir o terreno reservado à lei, mas sim conferir concretude a normas supraleais, que estão acima dela, em razão de sua natureza de princípios gerais e de seu **status**

143 TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão nº 119/2016 – Plenário. Rel. Min. Vital do Rêgo. Processo 011.993/2015-4 Data da Sessão 27/01/2016. Disponível em https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO:119%20ANOACORDAO:2016%20COLEGIADO:%22Plen%C3%A1rio%22/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20. Acesso em 30/07/2021.

constitucional, e que não podem deixar de ter eficácia, sob pena de comprometer a coesão do ordenamento jurídico, pela privação de seus valores fundamentais.

16. Não se trata, em absoluto, de conferir importância menor ao princípio da legalidade, em relação a outros princípios constitucionais. **Trata-se tão somente de reconhecer que, diante do caso concreto, na busca da melhor solução para a situação concreta, e a fim de melhor viabilizar a concretização do interesse público em toda a sua plenitude, o princípio da legalidade estrita acaba perdendo força frente a outros princípios.**

Visualiza-se uma certa divergência entre a doutrina supra e o conceito gerencial que já explicitamos. Carvalho Filho restringe a eficiência à conduta dos agentes, compreendendo os meios e instrumentos no bojo da eficácia. Com a devida vênia, parece-nos claro que a eficiência tem o viés instrumental que o autor atribui à eficácia. Também não parece se coadunar com a leitura de Di Pietro, visto que o melhor desempenho possível, ou sua maximização, passa pela melhor eleição possível dos meios para tanto. Na mesma esteira, Gabardo vincula a eficácia administrativa à concreção dos fins estabelecidos em lei, enquanto que a eficiência referir-se-ia ao cumprimento da lei da melhor forma possível em atendimento ao interesse público subjacente¹⁴⁴. Quanto à sua definição de efetividade, entendemos que se adequa perfeitamente a uma leitura jurídica do aspecto, visto que os resultados a serem perseguidos pela atividade administrativa, considerando a legalidade como princípio administrativo, são previamente estabelecidas no direito positivo.

Assim como Carvalho Filho, Nobre Júnior também dá ênfase ao aspecto da economicidade na estrutura do princípio da eficiência. Ao compreendê-lo como o dever administrativo de melhor atender à consecução dos fins de interesse público, vinculando o administrador ao fazê-lo com o menor custo, acentua a economicidade referida no caput do art. 70 da Constituição Federal no escopo da eficiência¹⁴⁵. Quanto a esse destaque, ainda que não se realize qualquer ressalva quanto à economicidade como um aspecto contido na estrutura do princípio, vale a ressalva do eminente ministro do Supremo Corte Gilmar Mendes, que a

144 GABARDO, A Eficiência no Desenvolvimento do Estado Brasileiro: uma questão política e administrativa. p. 5. Disponível em shorturl.at/ftuPX. Acesso em 13/01/2021.

145 NOBRE JÚNIOR, Administração Pública e o Princípio Constitucional da Eficiência. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, nº 241, jul/set 2005, p. 219. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43371/44674>. Acesso em 22/10/2020.

imperatividade do princípio não condiciona a atividade administrativa à opção economicamente menos onerosa em todas as situações concretas¹⁴⁶.

É comum que a avaliação sobre o prisma da economicidade se sobressaia, até mesmo pela presença constante em regras jurídicas contidas na legislação administrativa esparsa. O pregão eletrônico, modalidade de licitação por meio do qual são realizados o maior vulto de dispêndios públicos nas contratações, possuem como critério de julgamento único o menor preço. O preço está contido nas hipóteses normativas que ensejam improbidade administrativa. Permitir ou facilitar contratação de bem ou serviço por preço superior ao valor de mercado configura improbidade por dano ao erário, assim como alienar ou locar bem público, ou prestar serviço por parte de órgãos ou entidades integrantes da administração pública direta ou indireta com preço inferior ao de mercado.

É natural também que o controle visualize desrespeito ao princípio sempre que identifica algum dispêndio que julga antieconômico, muitas vezes sem considerar premissas relevantes que impactam diretamente na precificação do bem ou serviço. Alguns aspectos conjunturais podem também impactar na curva de oferta e demanda do bem ou serviço, produzindo efeitos momentâneos sobre o preço do bem ou serviço em determinado contexto, dificultando a implementação dos métodos tradicionalmente utilizados para precificação na Administração Pública, como os que se verificam na Instrução Normativa nº 73/2020, do Governo Federal. A aplicação do direito, nessa seara, não pode prescindir de ferramental descritivo de outras ciências, como a Economia, muitos mais aptos ao processo de avaliação racional dos fenômenos da realidade que interessam ao ordenamento.

Retomemos aqui que outros aspectos do próprio princípio da eficiência, como qualidade e prazo, são variáveis que se traduzem em preço. Vale mencionar a inserção de dispositivo na nova lei de licitações que positiva uma visão mais qualificada sobre a economicidade, estabelecendo que custos indiretos, relacionados com as despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação e impacto ambiental do objeto licitado, entre outros fatores vinculados ao seu ciclo de vida, poderão ser considerados para a definição do menor dispêndio, sempre que objetivamente mensuráveis, conforme disposto em regulamento. Contratos de bens e serviços com baixo custo, mas que não se prestam a atender às finalidades almejadas, não são apenas antieconômicos. São antijurídicos.

146 MENDES, Gilmar. op. cit., p. 1397.

Por fim, como último exemplo de concretização do princípio da eficiência dessa vez por meio de orientação geral, tratemos da utilização do pregão como modalidade licitatória, sobretudo o que se processa na forma eletrônica. Destaca-se a aplicação da modalidade para os serviços comuns de engenharia, inicialmente excluídos do rol de serviço comuns com padrões de desempenho e qualidade aferíveis objetivamente, destacado explicitamente no art. 1º do Decreto Federal nº 10.024/2019.

Em resumo, o pregão tem diversas vantagens positivadas frente à modalidade de concorrência, a qual tem o alcance mais amplo das que são positivadas pela Lei Federal nº 8.666/93. Prazo mais curto entre a publicação do edital para a sessão de abertura da disputa; inversão de fases, prevendo o julgamento das propostas anteriormente à de habilitação, resultando em economia processual com a análise documental habilitatória apenas da empresa que apresentar melhor proposta e com ampliação de participantes na fase de lances, ampliando a competição; fase recursal única, permitindo uma maior celeridade do certame; processamento por meio eletrônico, via internet, o que reduz consideravelmente os custos para os eventuais participantes, permitindo, também, ampliação da competitividade. Há quem aponte, contudo, que o uso de pregão, sobretudo nas contratações que envolvem preponderantemente serviços de natureza intelectual, como os de engenharia consultiva, resultam na redução da qualidade dos serviços, o que denunciaria, portanto, a adoção do pregão como um bom exemplo de eficiência administrativa¹⁴⁷.

Nessa esteira, o Ministro Luiz Fux manifestou-se pela repercussão geral de Recurso Extraordinário interposto pelo Distrito Federal¹⁴⁸ contra decisão de Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, na qual o TJDFTE entendeu haver vício na Lei Distrital nº 5.345/2014, ao positivar a inversão de fases característica do pregão para as modalidades da Lei nº 8.666/93, em divergência com o que prevê o diploma federal. Entendeu

147 “Ainda expondo argumentos contra o pregão, o presidente listou as problemáticas decorrentes desse tipo de contrato. “Estamos há quase 20 anos discutindo esta questão e nos manifestando contra o pregão para contratação de obras e serviços de engenharia, pois essa modalidade não preserva a importância e a complexidade do trabalho intelectual e o trabalho das empresas. Os lances sucessivos são nocivos ao bom exercício das profissões da engenharia, ao interesse da administração pública e para a sociedade. Além disso, a utilização indiscriminada do pregão pode ocasionar problemas como obras abandonadas, falta de cumprimento de padrões de qualidade e redução de investimentos em segurança do empreendimento, bem como dos trabalhadores”. Disponível em <https://www.confea.org.br/confea-apresenta-argumentos-contrarios-ao-pregao-eletronico-no-tcu>. Acesso em 07/08/2021.

148 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 1188352 DF. Rel. Min Luiz Fux. Data de Julgamento 14/03/2019, DJe 22/03/2019. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749417436>. Acesso em 01/08/2021.

o Tribunal a quo que a lei distrital feria competência constitucional da União para estabelecer normas gerais sobre a temática.

O eminente ministro promove uma interpretação do conceito de normas gerais que assegure autonomia aos entes federados para estabelecer procedimentos próprios, em respeito ao pacto federativo. Ressalta ainda o maximalismo do estatuto federal das licitações e contratos, o que extrapolaria a competência constitucional de positivação de normas gerais. Superada a questão da (in)competência do ente distrital, o julgador avalia a medida sob o prisma da eficiência, ressaltando que a licitação não é um fim em si e que a modificação se insere justamente no contexto da busca pela otimização dos incentivos econômicos gerados pelo referido processo.

O Recurso Extraordinário ainda não foi julgado, tendo manifestação desfavorável da Procuradoria Geral da República, na qual se propõe fixação da tese que é inconstitucional lei local que disciplina as fases do procedimento licitatório de modo diverso do previsto na legislação federal. A edição da Lei nº 14.133/2021 diminui um pouco controversa a discussão do caso concreto, já que prevê a inversão de fases também para a modalidade de concorrência. Todavia, a lei mantém o viés maximalista que é verificado pelo julgador na querela supra, positivando inclusive, em nível legal, muitos dispositivos regulamentares que se encontravam em normas infralegais, como decretos e instruções normativas. Persiste, pois a discussão da extrapolação de competências da União, visto que o novel diploma, mais uma vez vai além do que se pode compreender como normas gerais. E da persistência do maximalismo burocrático da Lei nº 8.666/93 ou de um paradigma gerencial voltado aos resultados do modelo de pregão e do RDC, que convivem no amálgama promovido pelo novel estatuto das licitações e contratos.

6.4 Enfim, a Eficiência

Com uma extensa análise envolvendo o direito positivo, a doutrina e a jurisprudência, com suporte ainda no conteúdo extrajurídico do princípio, entendemos que foi possível dar maior clareza à substância jurídica da eficiência, que se expressa para além da clássica economicidade. A eficiência administrativa como exigência do ordenamento jurídico está caracterizada para além da positivação do princípio no caput do art. 37, presente em um conjunto de enunciados na legislação administrativa.

A despeito da impossibilidade de se reduzir o princípio a um conteúdo meramente descritivo, obtido a partir da leitura econômica ou gerencial do que é eficiência, não é possível prescindir de elementos empíricos para prover consistência a uma aplicação mediata do princípio para na concretização do direito, ou mesmo de regras interpretadas à sua luz, que conectem o decisor à realidade que o condiciona e que preencham a motivação do ato administrativo ou judicial de racionalidade controlável intersubjetivamente.

Encerraremos o capítulo como um prólogo do que se aprofundará com a presente pesquisa. A densificação principiológica na concretização da norma de direito público, bem como de conceitos jurídicos indeterminados, com base em consequências práticas, quando os efeitos da decisão na realidade passam a importar e orientar a interpretação jurídica dos fatos, embebe o direito com uma lógica de maximização de resultados que permeia o conteúdo advinda da eficiência, lembrando-nos de sua função instrumental para o atingimento de fins estatais. Nesse sentido, a eficiência seria princípio que não carrega um fim em si, mas um postulado orientativo para aplicação de outras normas, assim como os enunciados normativos da Lei nº 13.655/2018.

7 EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA, LEGALIDADE E O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO

7.1 Administração Pública e o Direito Administrativo

O caminho percorrido pela pesquisa até aqui nos permite demonstrar que, em diversos momentos de nossa história republicana, foram produzidos esforços para qualificar a atuação estatal na busca da consecução dos fins almejados, sem embargo da compreensão das controvérsias político-ideológicas que se refletem no campo jurídico. Dentre tais esforços, destacamos aqueles voltados à transformação da ordem econômica e social que demandou modificações jurídico-constitucionais para inserção de políticas públicas e direitos sociais na ordem jurídica. O aparelho administrativo, juridicamente conformado, tornou-se instrumento de realização de interesses sociais acolhidos pelo Estado de Bem Estar. Destacamos também a constitucionalização da eficiência, como vetor de mudanças no mecanismo burocrático que caracteriza a Administração Pública brasileira, não apenas com a explicitação do princípio a partir da EC nº 19/98, como também com uma diversidade de enunciados normativos que carregam comandos de aprimoramento do exercício da função administrativa e seu controle.

A intervenção no domínio econômico com mecanismos regulatórios e a prestação de serviços públicos demandou uma nova compreensão do direito, diferente daquela na qual se consagra a criação da norma jurídica como monopólio do poder legislativo. Inicialmente, os atos administrativos eram compreendidos como derivados diretamente da lei, sem espaço de deliberação do agente público executor do comando legal. Aos institutos de direito administrativo, componentes de um todo voltado ao seu fim precípuo de contenção da atuação estatal e garantias jurídicas de amplo espaço de liberdade ao indivíduo, foram somados outros que visavam garantir à autoridade pública poderes para a realização de interesses coletivos. Sundfeld relata que, nesse período, a partir de meados da década de 1930 no Brasil, a legislação administrativa iria claramente se transformar em uma ferramenta pragmática voltada ao desenvolvimento¹⁴⁹.

O alargamento das competências do Poder Executivo demandou a execução de atos com maior complexidade, cujo conteúdo era apenas parcialmente extraído do comando

149SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo para Céticos, 1ª Ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2014, p. 63.

legal, havendo um espaço para livre deliberação do agente resultante de um exercício de vontade, com componentes considerados extrajurídicos, fora então do âmbito da lei positiva. A lei, outrora fundamento de todo ato administrativo, exercia agora uma função de limite. Iniciou-se uma crescente tendência de edição de normas secundárias para regulamentar comandos legais de maior abstração e generalidade, ou mesmo de normas primárias, se considerarmos que a emergência do Estado Social no Brasil tem seu lugar histórico na ditadura do Estado Novo, além de um período de duas décadas de ditadura militar. É no esteio dessa lógica que se deduziu a existência de uma certa supremacia do interesse público sobre o privado no interior do sistema jurídico, o que justificaria a existência de cláusulas exorbitantes que validam regimes jurídico-administrativos como o das contratações públicas e o de intervenções da Administração sobre a propriedade privada.

Finalmente, a doutrina passa a compreender que o espaço de criação do administrador, que detém capacidade de edição de normas jurídicas concretas e abstratas (atos normativos), se dá no âmbito do próprio sistema jurídico, implicando tal processo criador como decorrente e conseqüentemente passível de escrutínio à luz do direito. Qualquer doutrina contemporânea que defenda a atuação do gestor público como braço mecânico da lei e do órgão judicial como mera declaração de conteúdo previamente estabelecido no direito positivo certamente sucumbirá diante de uma avaliação empírica da dinâmica do sistema jurídico. Os atos possuem necessariamente conteúdo de origem constitucional, para além do legal, permeados com valores e fins coletivos impositivos. Consoante Sundfeld:

Essa Administração criativa, ao atuar, interagindo com o Judiciário e a sociedade, constrói uma história, envolvendo práticas, entendimentos jurídicos, normas administrativas, etc., que adquirem algum grau de vida própria. Ao fim desse processo torna-se irrealista usar a ficção de que a Administração mesma e tudo que ela faz seriam mecânicas aplicações da lei. A lei está na origem de tudo, é verdade, mas nem por isso a vida administrativa se reduz à execução de leis, assim como nenhuma pessoa pode ser compreendida por inteiro pela simples referência a seus ancestrais¹⁵⁰.

Inevitável o surgimento de contradições no seio de uma estrutura cujos valores e interesses são em muitos casos colidentes, já que a intervenção estatal significa, por óbvio,

150 *Ibidem*, p. 237.

redução do espaço de liberdade do cidadão no exercício de direitos subjetivos. Os poderes concedidos aos agentes públicos nem sempre são orientados, na prática, para a realização dos fins juridicamente delimitados, ou seja, afastam-se da lógica de dever, ou poder-dever, albergados na elemento da competência, que nada mais é que o poder legal específico do agente público que o habilita a prática do ato administrativo¹⁵¹, para realização de fins e valores não albergados pelo sistema jurídico, em desrespeito aos direitos fundamentais protegidos com a constitucionalização da ordem jurídica. Com o avanço da hermenêutica constitucional, o uso do interesse público para justificar a supremacia da Administração perante o particular se submete a uma apreciação sob o prisma de direitos fundamentais como o da dignidade humana, desautorizando o desrespeito perpetrado pelo gestor público, por vezes sob fundamento de uma pretensa legitimação democrática haurida de uma maioria eleitoral circunstancial.

Os crescentes comandos imperativos com baixa densidade cujo conteúdo normativo é revelado no momento da concretização, implicaram em um espaço de subjetividade inevitável, todavia indesejável para a objetividade do sistema. No interior de tal subjetividade é que reside o conteúdo extrajurídico ilegítimo, nem sempre visível à luz de uma avaliação racional. Demanda-se do direito público, então, o desenvolvimento de institutos que permitam a contenção do poder político aos limites estreitos da ordem jurídica, buscando um equilíbrio entre Estado e Sociedade, no qual se verifique a máxima realização possível dos direitos coletivos sem que, para isso, impeça a fruição dos direitos subjetivos assegurados aos cidadãos pela Carta Política.

Ao passo que provê ferramentas para o exercício da função administrativa e a consecução de políticas públicas, o ordenamento estabelece deveres inafastáveis de conformação dos atos com a ordem jurídica, o que exige a imposição de um controle de legitimidade, de juridicidade, a fim de manter a integridade do sistema. Em decorrência, tem-se um maior espaço do exercício do controle, que se dá na esfera administrativa e judicial, cujos agentes também possuem o poder de criação de normas jurídicas que impedem ou delimitam o poder criativo do agente público.

Ocorre que, assim como a densificação de normas jurídicas nos casos concretos pode dar ensejo ao mau uso dos poderes jurídicos atribuídos ao sujeito administrativo na

151 FRANÇA, Philip Gil. Ato Administrativo e Interesse Público: gestão pública, controle judicial e consequencialismo administrativo, 3ª ed. rev., atual., e ampl. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 48.

gestão da coisa pública, o vício também pode estar contido na atuação voluntarista do agente de controle, administrativo ou judicial, em detrimento da realização das finalidades públicas. A atuação desmedida do controle, a qual caracterizamos no capítulo 04, trouxe novos problemas ao interior do sistema, sendo pois necessária uma melhor compreensão dos limites de atuação de cada um dos poderes, a fim de lubrificar as engrenagens do sistema de freios e contrapesos. Nesse capítulo, então, pretendemos avaliar a evolução do princípio da legalidade como fundamento do controle administrativo, o espaço de atuação do gestor público à luz do paradigma da discricionariedade e o diálogo da legalidade com o princípio da eficiência, o que possibilita uma melhor compreensão dos limites jurídicos da atuação administrativa e seu controle.

7.2 Uma nova legalidade

A quebra do monopólio do poder de criação de normas jurídicas por parte do Poder Legislativo provocou a doutrina e a jurisprudência no sentido de construção de um novo raciocínio dogmático, que permitisse o controle da atuação administrativa pela lei. Com base em tais assertivas é que avaliaremos a evolução da legalidade como cerne da atuação administrativa e seu controle.

Eros Grau relembra que o Estado Moderno, ao ser importante fornecedor de prestação aos particulares, vai além do *ius imperii* que lhe é atribuído pelo sentido liberal do princípio, qual seja, o de impedir que o Executivo estabeleça restrições à liberdade e a propriedade dos indivíduos, finalidade que repousa na tripartição do exercício de poder¹⁵². A legalidade como princípio estruturante do Estado de Direito não sucumbiu à nova lógica requerida pela dinâmica social, mas tornou-se necessária uma releitura do princípio, cujo conteúdo se afastaria da lógica fundadora do Estado Liberal de separação de poderes, de proeminência da vontade popular materializada a partir do parlamento. Cavalcanti ressalta que a legalidade, com tal viés, se consagrava em um modelo de Estado Liberal, assegurado da ordem e do patrimônio privado, sem qualquer relevância na indução do desenvolvimento econômico-social, tampouco preocupações em campos como a saúde, a educação, a

152 GRAU, Eros. O Direito Posto e o Direito Pressuposto, 9ª ed. rev. e ampl. São Paulo, Malheiros Editores, 2014, p. 172.

previdência e assistência¹⁵³. A submissão do Estado a um controle estreito por lei, em um cenário onde a ordem econômica e social possuía amplo espaço de liberdade, marcada pela autonomia da vontade do contratualismo, parecia plausível. Do Estado não se requeria prestações positivas que consubstanciassem intervenção nos domínios da sociedade, restando-lhe uma roupagem preponderantemente negativa de atuação subsidiária.

Caio Tácito aponta como o episódio central da história administrativa do século XIX a subordinação do Estado ao regime legal, sendo a lei expressão da vontade coletiva, incidente sobre todos, inclusive as autoridades públicas. Ainda para o célebre jurista, a liberdade administrativa cessa onde se inicia a vinculação legal e opera sob a vigilância do judiciário¹⁵⁴. Com a expansão das margens de atuação do Estado sobre a sociedade, tornou-se necessário o abandono da postura precipuamente negativa com sua participação no domínio econômico, outrora reservado ao mercado. Ainda nas palavras de Caio Tácito:

A sociedade liberal, baseada na livre iniciativa, aprofundou-se em contradições e antagonismos. Os interesses se organizaram em grupos, provocando conflitos intoleráveis com os postulados da ordem democrática. O Poder Público foi convocado a disciplinar e conter a atividade privada, sujeitando-a aos princípios do bem comum e da justiça social. O Estado moderno assume, cada vez mais, sentido dinâmico, mediante a regulamentação, o controle ou o monopólio do comércio, da produção, do ensino, do transporte ou, até mesmo, da pesquisa científica. A tônica dos regimes políticos se desloca da abstenção para a intervenção. Intervir para preservar - eis o lema democrático moderno¹⁵⁵.

A legalidade em sentido estrito, ou seja, a que prevê que todo e qualquer dever jurídico é haurido dos textos legais, legando papel supletivo excepcional a outras fontes normativas como os princípios e os costumes, impediu que o sistema jurídico acompanhasse em velocidade compatível a dinâmica social. Seria logicamente impossível entender que todas as prestações estatais poderiam ser detalhadamente visualizadas, concebidas racionalmente e prescritas mediante a edição de lei e o devido processo legislativo no parlamento.

153 CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. A “Reserva da Densificação Normativa” da Lei para Preservação do Princípio da Legalidade. Revista *Duc in Altum*, Caderno de Direito, vol. 1, nº 1, jul-dez 2009, p. 62-63.

154 TÁCITO, Caio. A Administração e o Controle de Legalidade. Revista de Direito Administrativo, v. 37, p. 1-11, 1 jul. 1954, p. 1. Disponível em <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/13995>. Acesso em 19/01/2021.

155 TÁCITO, op. cit., p. 1-2.

Reconhece-se então que os atos administrativos, sem embargo de se manterem derivados necessariamente da lei, como ponto de partida para atuação da Administração, possuem um núcleo cuja substância advém de um ato de vontade do agente prolator do ato, resultantes de uma análise de oportunidade e conveniência. O ato não teria mais na lei sua composição, mas apenas seus limites. Tal possibilidade seria decorrente de uma autorização da ordem jurídica para que o órgão competente decidisse pela realização do ato ou não, como e em que momento fazê-lo. É o que se convencionou denominar de poder discricionário, em contraposição ao poder vinculado, que seria uma exteriorização de um comando legal cujo conteúdo já era dado previamente pela própria lei.

Di Pietro define discricionariedade como a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher entre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito¹⁵⁶. Bandeira de Mello fala que há atuação discricionária quando, em decorrência do Direito, resulta para o administrador um campo de liberdade em cujo interior cabe uma apreciação subjetiva sua quanto à maneira de proceder nos casos concretos¹⁵⁷. Mesmo agindo no espaço de discricionariedade, o administrador público ainda assim deve obediência estrita a lei, sendo todo ato ao menos parcialmente preenchido pelas determinações legais. Extraído o conteúdo vinculado, teríamos o mérito administrativo, onde reside a parcela de conteúdo discricionário do ato. O paradigma do mérito serviu à dogmática para tornar defeso ao juiz o exame do conteúdo do ato preenchido no âmbito da discricionariedade pelo agente público.

A teoria dos princípios e a força normativa da Constituição, que ganhou força no Brasil a partir da promulgação da Carta Magna de 1988, promoveram, na sequência, uma nova visão da legalidade, que deixa de ser apenas a demanda obrigatória de observância à lei positiva para exigir uma observância ao sistema jurídico como um todo, incluindo os comandos extraídos dos princípios e regras constitucionais. Assim, passamos a falar não mais de uma legalidade, mas de juridicidade, ou legitimidade. Não se requer mais uma atuação meramente lícita, aqui significando conformidade com as regras legais, mas jurídica, legítima, em conformidade com toda a ordem constitucional, estabelecida tanto pelo legislador

156 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da Constitucionalização do Direito Administrativo: Reflexos Sobre o Princípio da Legalidade e a Discricionariedade Administrativa. Revista do Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil. Belo Horizonte, ano 2, n. 2, jan/jun 2012, p. 8. Disponível em <https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/05/Da-constitucionalizacao-do-direito-administrativo.pdf>. Acesso em 08/08/2021.

157 MELLO, op. cit., p. 9.

ordinário quanto pelo constituinte. Gilmar Mendes fala da passagem de um Estado Legislativo para um Estado Constitucional, no qual a situação normativo-hierárquica da lei como fonte única do direito e da justiça não resistiu ao advento das leis constitucionais contemporâneas. Todavia, ressalta que ainda permanece incólume a lei como instrumento de garantias de direitos fundamentais e como fundamento, limite e controle democráticos do exercício do poder no Estado de Direito¹⁵⁸. Em sentido semelhante, Di Pietro afirma que ocorre, com a constitucionalização do Direito Administrativo, uma ampliação do sentido de legalidade, que passa abranger os atos editados pela própria Administração Pública, os princípios e valores, para além da lei posta pelo parlamento, resultando em redução da discricionariedade¹⁵⁹.

O próprio conteúdo da lei, à luz da hermenêutica pós-positivista, é extraído a partir de uma interpretação fundada na Constituição. Não poderia ser diferente com os atos administrativos. Assim, a atuação discricionária, o mérito administrativo, perde espaço e recebe limites jurídicos para além da legalidade estrita. Bandeira de Mello fala da sujeição dos agentes públicos aos termos constitucionais, inicialmente, aos próprios termos propostos pela lei e ainda aos atos normativos inferiores, de qualquer espécie, expedidos pelo Poder Público¹⁶⁰, trazendo uma lógica sistemática à legalidade. Aragão fala da existência de um bloco de legalidade, que incorpora os valores, princípios e objetivos jurídicos maiores da sociedade, sendo a Administração Pública submetida à lei e ao Direito, o que se deu o nome de Princípio da Juridicidade ou legalidade em sentido amplo¹⁶¹. Demanda-se correção do ato frente a lei, aos regulamentos e a princípios explícitos da Administração como a eficiência e a moralidade; e implícitos, obtidos por indução, como a segurança jurídica e a proporcionalidade.

7.3 Discricionariedade Administrativa

158 MENDES, Gilmar. op. cit., p. 1371-1372.

159 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da Constitucionalização do Direito Administrativo: Reflexos Sobre o Princípio da Legalidade e a Discricionariedade Administrativa. Revista do Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil. Belo Horizonte, ano 2, n. 2, jan/jun 2012, p. 1. Disponível em <https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/05/Da-constitucionalizacao-do-direito-administrativo.pdf>. Acesso em 08/08/2021.

160 MELLO, op. cit., p. 11

161 ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. A Concepção Pós-Positivista do Princípio da Legalidade. p. 63. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/44672/44977>. Acesso em 08/08/2021.

Os atos discricionários compreendem dois aspectos, sendo um vinculado, haurido da lei, e um discricionário propriamente dito, estabelecido por uma análise de oportunidade e conveniência pelo administrador. Na distinção clássica, a lógica era que, sob a legalidade juspositivista, o aspecto vinculado estaria a mercê do controle e poderia ser juridicamente impugnado. Já o aspecto discricionário, o mérito administrativo, estaria imune a tal controle, sendo pois seu conteúdo considerado extrajurídico.

O Estado-Administração obteria assim uma liberdade de atuação, com limites estabelecidos apenas por outros subsistemas sociais, como a política e a economia, mas não pelo direito. Fugiria da competência dos órgãos de controle, à luz da legalidade, a sindicância do mérito do ato, sendo competentes apenas para avaliar o conteúdo vinculado. Nessa senda, Tácito defendeu que a autodeterminação do administrador de se orientar mediante critérios de oportunidade e conveniência, constituinte do poder discricionário, não pode ser objeto de consideração jurisdicional, sendo possível de ser revisada apenas pela própria Administração. Pugnou por um equilíbrio jurídico decorrente da atuação do administrador e do juiz cada qual nos seus territórios próprios, aos quais estão destinados por regra de competência legal e pela especialização profissional, evitando assim uma “ditadura judiciária”, tá nociva quanto o descritério da administração¹⁶².

Ocorre que, em decorrência de tal lógica, criou-se um claro desequilíbrio entre o exercício das três funções estatais – administrativa, legislativa e judicial, colaborando para o aumento de poder do Executivo em detrimento dos demais, fenômeno correlacionado também ao incremento do tamanho da estrutura de Estado e das crescentes riquezas produzidas ou tributadas pelo Estado Fiscal. A tarefa de administrar foi para muito além da concretização do conteúdo normativo, sendo ela própria fonte criadora do direito, seja por meio da edição de normas secundárias, de cunho regulamentar, seja pelo próprio exercício constitutivo de interpretação e aplicação do direito, na edição de normas de decisão.

Se por um lado a ampliação do exercício normativo pelo Poder Executivo possibilita a concretização dos fins estatais mediante a implementação de políticas públicas, pode também significar uma perigosa licença para perpetração de abusos por parte dos agentes estatais, um caminho para fazer valer interesses privados em detrimento dos interesses públicos juridicizados, que determinam os fins a serem perseguidos pelo Estado. Uma brecha indesejável em uma ordem jurídica que pretende fazer valer valores republicanos e pugnar

162 TÁCITO, op. cit., p. 3-4.

pela destinação pública de todo o aparato estatal. Os conceitos de discricionariedade e mérito, leciona Andreas Krell, seriam verdadeiros “Cavalos de Troia”, utilizados para encobrir arbitrariedades, nepotismo e a falta de vontade de juízes para analisar ou anular atos e medidas da Administração Pública¹⁶³.

A constitucionalização do direito e a força normativa dos princípios que a acompanhou proveu solução jurídica para a celeuma supra. No Brasil, a Carta Magna de 1988 foi fundamental na introdução de parâmetros pós-positivistas na percepção do fenômeno do direito. Andreas Krell ressalta que, na compreensão hodierna do nosso ordenamento, todo e qualquer ato administrativo é suscetível de controle judicial baseado em princípios constitucionais, que reduziram consideravelmente o campo da discricionariedade administrativa, ocorrendo inclusive uma tendência nítida pelo aumento de controle dos atos e medidas da Administração Pública¹⁶⁴. Os atos jurídicos teriam seu conteúdo conformado não apenas pela lei em sentido estrito, mas pela ordem jurídica como um todo, tendo a constituição como centro irradiador de valores juridicamente qualificados, cujo conteúdo axiológico ganha carga mandamental. Os princípios de direito, dentre eles o da legalidade, ao passo que se tornam princípios constitucionais, são reconhecidos como espécie de norma jurídica, assim como as regras, regulando diretamente os fatos sob análise do direito, superando o teor supletivo do juspositivismo, ou como prisma interpretativo das demais normas do ordenamento.

A imperatividade dos princípios demandaram então uma nova leitura da discricionariedade administrativa. O conteúdo discricionário, ainda que continue sendo moldado sob a análise de oportunidade e conveniência do administrador, não é mais compreendido como extrajurídico, devendo obediência ao que prescreve a Constituição e seus princípios. A legitimidade democrática conferida à Administração pela lei, o que asseguraria o interesse da maioria eleitoral agora passa a ser dada também pela Constituição, assegurando amplos direitos para o corpo social como um todo, inclusive com caráter contramajoritário, em proteção às minorias.

Como já afirmamos, o controle de legalidade se torna um controle de juridicidade, de legitimidade. Amplia-se o espaço de sindicabilidade dos atos administrativos,

163 KRELL, Andreas J. *Discricionariedade Administrativa e Conceitos Legais Indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses públicos*, 2ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 85.

164 *Ibidem*, p. 76.

vinculados ou discricionários, sob a lógica de deveres constitucionais como os de impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, insculpidos no *caput* do art. 37, e de outros deveres extraídos de princípios implícitos da Carta Magna, como a segurança jurídica e a proporcionalidade.

Veja que não estamos falando de uma exclusão da legalidade como premissa para delimitar os contornos jurídicos do ato, mas apenas de uma nova concepção a seu respeito. Com a força normativa dos demais princípios, sendo a legalidade um deles, de mesma estatura constitucional, não se faz mais possível uma leitura jurídica que se adstrinja a um processo lógico de conhecimento da norma, sem que resguarde a promoção dos demais valores jurídicos do interior da ordem jurídica. Interessa ao direito tanto que o ato administrativo, independentemente do reconhecimento de espaços discricionários de atuação, guarde respeito aos limites semânticos do texto legal, quanto que os fins legais sejam atingidos da melhor forma possível, otimizando o emprego dos recursos à disposição, de forma transparente e eticamente responsável, com um mínimo de prejuízo aos demais interesses correlacionados. O texto normativo é um ponto de partida para a interpretação, um insumo dentre outros para a produção da norma, objeto do direito. A legalidade não representa, pois, a vinculação da Administração à lei, mas às normas jurídicas, inclusive àquelas emanadas não delas, mas em sua decorrência¹⁶⁵.

Quanto à supressão de discricionariedade na jurisprudência, a partir de uma análise principiológica dos atos, citemos a súmula 15 do Supremo Tribunal Federal. O Ministro Relator do RE 837311 PI, no âmbito do qual se firmou a tese constante da supracitada súmula, consignou em seu voto que a discricionariedade deve ser entrincheirada não apenas por uma avaliação unilateral a respeito da oportunidade e conveniência do ato, mas sobretudo pelo respeito aos direitos fundamentais e demais normas constitucionais.

A Corte Suprema reconhece à Administração espaço decisório para o provimento de vagas em cargos públicos mediante concurso com o lançamento de um novo certame, com a previsão de novas vagas, ou com o aproveitamento de candidatos classificados em certame anterior, aprovados fora das vagas previstas em edital, ressalvadas os casos nos quais fiquem demonstradas por parte do interessado a preterição arbitrária e imotivada por parte do Poder Público que denotem necessidade inequívoca de nomeação do candidato

165 GRAU, Eros. O Direito Posto e o Direito Pressuposto, 9ª ed. rev. e ampl. São Paulo, Malheiros Editores, 2014, p. 179.

durante o período de validade do certame, ou na ocorrência de preterição da nomeação sem observância da ordem de classificação¹⁶⁶.

O STF também já se manifestou quanto a uma restrição do exercício da discricionariedade na implementação de políticas públicas com previsão constitucional. Ao referendar medida cautelar na Ação Cível Originária nº 3.473 DF, a relatora Ministra Rosa Weber reiterou o assentado no RE 581.352, de relatoria do ex-Ministro Celso de Mello, para determinar prestações positivas da União no sentido de assegurar uma razoável oferta de leitos de UTI destinados ao suprimento da demanda decorrente da crise pandêmica provocada pelo novo coronavírus. Assim se manifestou:

De fato, é restrita a margem de discricionariedade na concretização das políticas de saúde coletiva, sobrelevado esse dever prestacional em situação de emergência sanitária. É da jurisprudência desta Suprema Corte ‘(...) que o dever estatal de atribuir efetividade aos direitos fundamentais, de índole social, qualifica-se como expressiva limitação à discricionariedade administrativa. Isso significa que a intervenção jurisdicional, justificada pela ocorrência de arbitrária recusa governamental em conferir significação real ao direito à saúde, tornar-se-á plenament e legítima (sem qualquer ofensa, portanto, ao postulado da separação de poderes), sempre que se impuser, nesse processo de ponderação de interesses e de valores em conflito, a necessidade de fazer prevalecer a decisão política fundamental que o legislador constituinte adotou em tema de respeito (RE 581.352 Agr., Rel. Min. Celso de Mello)¹⁶⁷.

A superação do legalismo juspositivista também se dá em outras frentes, com o reconhecimento da contingência semântica dos textos normativos, cujo conteúdo é delimitado pelo tempo e espaço na qual são interpretados e aplicados, além da consideração dos fatos como integrante da estrutura normativa. Ocorre um deslocamento da concretização do direito do legislador para o intérprete, do momento da edição do texto normativo para o da avaliação do caso concreto. A norma deixa de ser obtida a partir de um mero processo cognitivo e passa a ser fruto de um processo de criação, adstrito aos limites de seus pontos de partida,

166 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 837311 PI. Rel. Ministro Luiz Fux. Data do Julgamento 09/12/2015 DJe: 18/04/2016. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10744965>. Acesso em 01/08/2021.

167 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ACO 3473 MC-Ref/DF. Rel. Min. Rosa Weber. Data do Julgamento 08/04/2021, DJe 24/05/2021 Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755935256>. Acesso em 01/08/2021.

necessariamente pertencentes à ordem jurídica. A proliferação de fenômenos objetos do direito e do número de atores legitimados à produção de dispositivos normativos, no âmbito do legislativo, do executivo e do judiciário, promove uma inflação normativa que favorece o momento da concretização como o de criação de normas jurídicas, dada a incidência *prima facie* de um cabedal vultoso de princípios e regras, repleto de valores jurídicos abstratos, demandando a ponderação de valores ou o afastamento da antinomia pelo intérprete do direito.

Para além da hermenêutica neoconstitucionalista como caminho de alargamento da sindicabilidade dos atos administrativos, mencionemos duas teorias desenvolvidas inicialmente no Direito Administrativo francês que nos ajudam a compreender a superação do paradigma do mérito. A teoria do desvio de poder, ou desvio de finalidade, colocou sob escrutínio o elemento finalístico componente do ato, conferindo competência à autoridade judicial para avaliar se o exercício administrativo se destinou ao cumprimento de interesses hauridos da lei. Permitiu-se assim a intervenção do controle para coibir ou remover da ordem jurídica atos voltados à satisfação de interesses privados ou colidentes com os interesses coletivos. Atua em desvio de finalidade o agente que falseia, deliberadamente ou não, com intuítos subalternos ou não, aquele seu dever de operar o estrito cumprimento do que a lei configurou como objetivo prezável e atingível por dada via jurídica¹⁶⁸.

Já a teoria dos motivos determinantes abre espaço para a verificação dos fundamentos de fato e dos pressupostos de direito, que perfazem o elemento motivo do ato administrativo. Assim, possibilita ao controle verificar a real existência dos fatos que ensejaram a ação administrativa, bem como a adequação da situação fática à hipótese normativa legal, eliminando aqueles cujos motivos não mereçam proteção legal.

A motivação, assim, se torna peça fundamental para verificação da correção jurídica do ato administrativo pelos interessados, inclusive pelo controle, devendo ser explícita, clara e congruente, conforme dita o § 1º, art. 50 da Lei de Processo Administrativo. A motivação como exigência jurídica da composição do ato é reforçada pela LINDB, no parágrafo primeiro do art. 20, que demanda a inserção de um elemento consequencialista nas decisões baseadas em valores abstratos, ao exigir ponderação diante de outras alternativas disponíveis. Sobre o dever de motivação:

168 MELLO, op. cit., p. 57.

(...) o grande elo entre a atuação administrativa escoreita e seu necessário controle judicial ocorre pelas vias da adequada motivação e fundamentação do ato administrativo. Apenas com a demonstração objetiva sobre o que se fez, como se fez e quais os objetivos fitados a alcançar-se, na expressão clara dos motivos que consubstanciam o ato administrativo, e a corresponde justificação, haverá possibilidade de se cumprir os respectivos ditames constitucionais que determinam a atuação administrativa harmônica e plenamente sindicável inclusive pelo Estado-juiz¹⁶⁹.

As teorias não ficaram adstritas ao campo doutrinário, sendo correntemente utilizadas pelo Tribunal de Contas da União e as autoridades jurisdicionais na apreciação da legitimidade de atos administrativos. No Acórdão nº 435/2020 – Plenário, o Tribunal de Contas da União entendeu possível determinar medidas corretivas a ato praticado na esfera de discricionariedade por agência reguladora, ou mesmo determinar sua anulação, quanto inexistente motivo determinante e declarado¹⁷⁰. No caso concreto, o TCU entendeu que houve vício de motivação em ato da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), haja vista que a decisão constante do voto impugnado, que impediu importação excepcional de medicamento não autorizado pela Agência, se fundou em dados da realidade não devidamente comprovados (disponibilidade de produto farmacêutico no mercado nacional e ausência de inspeção *in loco* nas fábricas da empresa importadora para que fosse garantida segurança, qualidade e eficácia do produto).

O STJ, no Recurso em Mandado de Segurança nº 56.858 GO, concluiu que “a motivação do ato administrativo deve ser explícita, clara e congruente, vinculando o agir do administrador público e conferindo o atributo de validade ao ato. Viciada a motivação, inválido resultará o ato, por força da teoria dos motivos determinantes. Inteligência do art. 50, § 1.º, da Lei n. 9.784/1999”¹⁷¹. No julgado, verificou-se que o parecer de Comissão que

169 FRANÇA, Philip Gil. op. cit., p. 175.

170 TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão nº 435/2020 – Plenário. Rel. Min Augusto Nardes. Processo 038.439/2019-0. Data da Sessão 04/03/2020. Disponível em https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#!/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A435%2520ANOACORDAO%253A2020%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em 08/08/2021.

171 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RMS 56.858/GO, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, Primeira Turma, DJe 11/09/2018. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201800535440&dt_publicacao=11/09/2018. Acesso em 08/08/2021.

embasou decisão de indeferimento de promoção de militar se reportou a fatos estranhos ao apreciado, o que conduziu a sua invalidação.

No que tange ao desvio de finalidade, citemos o Recurso Especial nº 1.610.827 RJ, no qual foi alterado parcialmente decisão do Tribunal *a quo*, mantendo-se condenação da gestora pública municipal por uso de recursos do Programa Nacional de Transporte Escolar (PNATE) em desacordo com a finalidade do programa, destinado ao financiamento federal do transporte escolar para estudantes residentes na Zona Rural do ente federativo.

A decisão acima tem assento mais objetivo, dado que a finalidade dos recursos do PNATE é mais claramente percebida a partir dos enunciados normativos da lei instituidora do programa. Já no caso do Acórdão nº 3232 – Plenário, o TCU entendeu *caracterizado como desvio de finalidade o patrocínio, pelas entidades do Sistema S, de eventos que não guardam pertinência com os objetivos institucionais das entidades, o que enseja a condenação dos responsáveis ao ressarcimento ao erário. Embora não pertençam à Administração Pública, as entidades do Sistema "S" devem respeitar seus princípios, entre os quais se insere o princípio da finalidade, principalmente quando se estiver diante da utilização de recursos arrecadados sob a forma de contribuições sociais, revestidos da natureza de tributo*. Consta do voto do relator que *ainda que se possa argumentar que a concessão ou não do patrocínio consista em decisão sujeita à discricionariedade dos gestores do Sesc, está se diante da aplicação de recursos em desvio de finalidade, a qual é sabidamente aspecto vinculado da atuação administrativa*¹⁷².

A Corte de Contas, aqui, se valeu de um processo interpretativo para alcançar a divergência entre a finalidade institucional das entidades componentes do Sistema “S” e a celebração de contratos para patrocínio de eventos privados, o que demonstra a possibilidade alargada de sindicância de atos administrativos à luz da teoria.

7.4 Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa

172 TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão nº 3232 – Plenário. Rel. Min. Augusto Sherman. Processo 007.905/2015-7. Data da Sessão 02/12/2020. Disponível em https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO:3232%20ANOACORDAO:2020%20COLEGIADO:%22Plen%C3%A1rio%22DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20. Acesso em 09/08/2021.

A acomodação de novos valores e interesses na ordem jurídica implicou em maior dificuldade para formação de consensos ainda na esfera do parlamento. A nova estrutura social e a maior amplitude de interesse do sistema jurídico sobre a realidade social não poderiam se fazer representadas em fórmulas legais positivas com conteúdo preciso.

A incompletude proposital das leis, visando ao adiamento da resolução do embate entre interesses divergentes para o momento da concretização da norma jurídica, ou mesmo da impossibilidade fática de se regular tudo que se reveste de teor jurídico no âmbito do processo legislativo, seja pela complexidade técnica ou mesmo por especificidades conjunturais, deu ensejo ao desenvolvimento de novos paradigmas para análise da atuação do Estado e seus agentes, no cerne dos quais fosse possível compreender que os atos administrativos não possuem substância integralmente preenchida com conteúdo legal.

A imprecisão do conteúdo normativo da lei se apresenta a partir da inserção do que denominou de conceitos jurídicos indeterminados na estrutura do enunciado normativo. Termos cujo teor não são dados a priori, requerendo um exercício interpretativo para sua densificação. Assim como os princípios, que abordamos no capítulo 5 da pesquisa, possuem textura aberta e merecem ser inseridos no conceito de valores jurídicos abstratos inseridos no art. 20 da LINDB.

Mencionemos que Nobre Júnior compreende uma maior objetividade em dispositivos os quais são formados a partir de conceitos indeterminados, dado que possuem muitas vezes uma hipótese normativa observável e consequências predeterminadas, o que diminui o nível de abstração e generalidade. Assim, o insigne jurista entende que o comando do art. 20 direciona-se a cuidar precipuamente da concretização dos princípios. Ainda assim, o que não significa discordância com a doutrina citada, a vagueza de termos como interesse público, emergência, condições vantajosas e bens e serviços comuns demandam atenção, por também serem vetores de decisões arbitrárias ou contraditórias, e sua aplicação requer, pois, consonância com os ditames da LINDB. Marçal Justen menciona como o “interesse público” exemplo evidente do uso de fórmulas verbais com conteúdo indeterminado para produzir decisões concretas com resultados diversos¹⁷³.

A doutrina busca diferenciar a liberdade decorrente da interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados, imprecisos ou fluidos, variando conforme o autor, e a liberdade conferida propositalmente para o administrador, a partir da qual há autorização legal

173 JUSTEN FILHO, op. cit., p. 22-23.

para o exercício de oportunidade e conveniência, ou seja, da discricionariedade. A primeira delas, referente à elucidação do conteúdo semântico dos conceitos, seria exercida no âmbito da interpretação, da inteligência. Não se trata de uma verdadeira liberdade, uma concessão ao aplicador para uma escolha subjetiva de como, quando e para que agir. Afasta-se o conteúdo volitivo do ato, presente o qual não se poderia reconhecer que o conteúdo seria integralmente haurido do enunciado normativo.

Já o segundo, em sentido contrário, adviria na sequência da interpretação do comando normativo, sendo possível a partir daí verificar uma pluralidade de ações possíveis à luz do sistema normativo. Em se tratando de um processo de inteligência, caberia ao intérprete, em última instância o juiz, estabelecer qual o sentido que melhor delimita o significado do conceito, legitimando a censura de quaisquer atos editados em desacordo com tal interpretação. No campo da liberdade volitiva, estaria o gestor público autorizado para o exercício pleno da discricionariedade e optar, diante do caso concreto, qual o caminho mais adequado para o atingimento da finalidade jurídica.

Bandeira de Mello esclarece bem as duas possibilidades, concluindo todavia no reconhecimento de que a liberdade de delimitação semântica de um conceito mediante ato de interpretação e aplicação do direito ao caso concreto não possui efeitos diversos da liberdade exercida quanto à análise de oportunidade e conveniência na edição do ato administrativo. Em suas palavras, a circunstância de que um ato de inteligência e um ato de volição sejam realidades logicamente distintas não implica que necessariamente tenham ressonâncias diversas em face do direito¹⁷⁴. Como consequência, caberia ao gestor público, no exercício de sua competência, decidir pelo adensamento do conteúdo dos conceitos indeterminados, sendo possível a convivência de inteligências distintas sem contrariar o direito. Diz Mello que é impossível contestar a possibilidade de conviverem inteligências diferentes e razoáveis, não sendo possível concluir que quaisquer delas sejam incorretas.

O célebre jurista lembra que essa conclusão não possui o condão de afastar o controle de legalidade dos atos editados a partir de inteligência da fluidez dos conceitos, esclarecendo que a indeterminação não que dizer determinabilidade, havendo sempre uma zona de certeza positiva, na qual há maior consenso quanto à razoabilidade do conteúdo, e uma zona de certeza negativa, no qual o consenso é convergente no sentido de invalidade de dada interpretação. Assim, o controle de legalidade seria exercido para verificação do

174 MELLO, op. cit., p. 25

atendimento dos limites semânticos das palavras empregadas pelo legislador, sendo legítima a atuação do controle para infirmar interpretações realizadas para além desses limites.

Além disso, a determinabilidade se dá sobre uma lógica de contextualização, aqui se aproximando da lógica da integração sistemática do direito, ou da unidade da Constituição. O conteúdo de determinado conceito se torna menos fluido a partir de uma análise do todo. Mello ainda afirma que o sentido de determinado conceito é relativo, mas ganha contornos mais absolutos a partir de uma perspectiva contingente, que a localize em determinado tempo e espaço, nos quais se formam os consensos.

Semelhante entendimento é o de Alexandre de Moraes quando avalia, indiretamente, a presença da discricionariedade na interpretação de “expressões legais que não apresentam noções precisas”. Entende possível ao Poder Judiciário substituir a definição anteriormente dada pela Administração, desde que utilizado de forma restrita, quando desviado do sentido usual da expressão, produzindo desrespeito ao interesse público¹⁷⁵.

Eros Grau sustenta posição divergente da que prega Bandeira de Mello. O ex-ministro do STF não entende haver coincidência entre a discricionariedade, no âmbito da qual se verifica um juízo de oportunidade, que se identifica com uma diversidade do que chama de indiferentes jurídicos como solução do caso concreto. O juízo de oportunidade se refere a escolha entre uma pluralidade de possibilidades extrajurídicas. A discricionariedade não se confunde com a interpretação do direito, no cerne da qual o agente procede a um juízo de legalidade. Uma operação no interior do sistema da qual se obtém o conteúdo do jurídico diante do caso concreto, não cabendo conceber uma pluralidade de juízo plausíveis, só permitindo uma unidade de solução para cada caso¹⁷⁶. A discricionariedade, inclusive decorreria de um prévio juízo de legalidade, observável apenas na sequência da interpretação da norma. Nas palavras de Di Pietro, a discricionariedade administrativa começa quando termina o trabalho de interpretação¹⁷⁷.

Grau diverge também quando critica a própria concepção de conceitos indeterminados. Defende que o “conceito” não pode ser indeterminado, sendo a determinação

175 MORAES, Alexandre de. Princípio da Eficiência e Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos Discricionários. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, p. 19. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/42538/41302>. Acesso em 29/01/2021.

176 GRAU, Eros. O Direito Posto e o Direito Pressuposto, 9ª ed. rev. e ampl. São Paulo, Malheiros Editores, 2014, p. 201.

177 DI PIETRO, Da Constitucionalização do Direito Administrativo: Reflexos Sobre o Princípio da Legalidade e a Discricionariedade Administrativa. Revista do Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil. Belo Horizonte, ano 2, n. 2, jan/jun 2012, p. 10. Disponível em <https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/05/Da-constitucionalizacao-do-direito-administrativo.pdf>. Acesso em 08/08/2021.

própria da natureza do conceito, produto de uma reflexão que expressa uma suma de ideias. A indeterminação reside, pois, no termo, no signo que o veicula. Mello, em outra linha, defende a absoluta precisão das palavras, pois, se a imprecisão nelas residissem, seria suficiente para elidi-la a substituição por outra ou mesmo a criação de uma nova. A imprecisão está, logo, no significado, não no signo.

Aprofundando a discussão, Grau identifica que o problema de indeterminação do “conceito” em uma de suas espécies, os conceitos tipológicos, ou *fattispecie*, cujo conteúdo refere-se a fatos típicos da realidade, afastando a problemática das demais espécies de conceitos (meramente formais e *regulae juris*). Os conceitos tipológicos compõem a hipótese normativa, mas seu conteúdo é extrajurídico, obtido a partir da observação em um dado contexto histórico. Nesse caso, diz-se tratar não de conceito, que guarda correlação com a estrutura, mas de noção, a partir do momento que a inserção temporal, que a contextualização, influencia na sua densificação. A noção jurídica definida como ideia que se desenvolve a si mesma por contradições e superações sucessivas e que é, pois homogênea ao desenvolvimento das coisas¹⁷⁸, sendo então passível de interpretação, não de escolha.

Em suma, a discricionariedade seria entendida como uma “subversão da legalidade”¹⁷⁹, todavia devendo ser exercida quando da autorização prévia decorrente de lei, sendo pois o juízo de oportunidade que lhe condiz insindicável pelo controle judicial. Não se pode falar de discricionariedade ao tratar da interpretação e aplicação da lei, essa plenamente adstrita ao direito, na qual se processo um juízo de legalidade e, assim, submetida à apreciação do órgão judicial. A problemática dos conceitos indeterminados estaria inserida no âmbito de um problema de interpretação do direito, de um juízo de legalidade, não se extraíndo a partir deles, pois, espaço para o exercício de discricionariedade.

A despeito de todo o esforço empreendido para se distinguir a lógica das operações relacionadas à discricionariedade e a interpretação do direito, que o inserem em uma rota de colisão com a doutrina de Bandeira de Mello, Grau conclui que, mesmo defendendo a existência de uma única solução possível decorrente do juízo de legalidade, ou seja, *tertium non datur*, em um aparente paradoxo, inexistem soluções exatas no âmbito do direito, cabendo sempre para cada caso um elenco de soluções corretas¹⁸⁰.

178 GRAU, Eros. O Direito Posto e o Direito Pressuposto, 9ª ed. rev. e ampl. São Paulo, Malheiros Editores, 2014, p. 199.

179 *Ibidem*, p. 200.

180 *Ibidem*, p. 202.

O paradoxo enseja a menção à doutrina de Andreas Krell, o qual aborda o tema da distinção entre discricionariedade e dos conceitos jurídicos indeterminados a partir de uma leitura da doutrina europeia sobre o tema, especialmente a alemã, que dá suporte ao pensamento de Grau e de outros juristas que optam pela diferenciação. O jurista vincula a forte distinção entre os institutos à doutrina germânica da década de 1950, a qual dava sustentação a uma forte sindicabilidade dos atos administrativos pelo poder judiciário, interessante à superação dos períodos prévios de exceção.

Demonstra que tal abordagem não ganhou força no âmbito da comunidade europeia, e vem perdendo espaço mesmo na própria Alemanha. Por meio de pesquisa jurisprudencial promovida por Haberle, verificou-se que, na prática, os tribunais alemães pouco se valiam de uma distinção prefixada entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados, sendo as decisões balizadas muito mais pelas consequências práticas, orientadas pelos resultados, no grau da necessidade de proteção dos direitos envolvidos e na qualificação técnica dos órgãos públicos na concretização de interesses¹⁸¹. O que se coaduna, não podemos perder a oportunidade de ressaltar, com o mandamento presente no art. 20 da LINDB.

Krell entende extrema dificuldade, que beira a impossibilidade, de se estabelecer definições de onde termina o trabalho da interpretação para que se tenha início o exercício da discricionariedade. Afirma ainda que, ancorado na “teoria dos degraus” de Kelsen e Merkl, todas as normas gerais e individuais, em maior ou menor grau, possuem conteúdos autônomos, não fixados previamente, representando atos de criação jurídica, envolvendo então atividade volitiva. Assim, o exercício interpretativo não se daria por uma mera intelecção, por meio de um processo cognitivo, compreendendo também um ato de vontade do intérprete, aproximando-o do juízo de oportunidade presente na discricionariedade. Afasta a possibilidade de uma única solução adequada, reconhecida pelo próprio Grau, dado que o exercício da discricionariedade não se observa na edição do ato em si, mas no próprio percurso hermenêutico, dentro do qual é possível que o intérprete se depare com diversos caminhos possíveis.

A despeito de não se desconsiderar os resultados da sofisticada investigação empreendida por Grau e de seu resultado, que elucida uma diferenciação lógica do procedimento de interpretação e do procedimento de escolha discricionária, hemos de

181 KRELL, op. cit., p. 38.

concordar com a crítica de Krell no sentido do impedimento de definição de limites claros entre uma operação e outra, além do reconhecimento de que seus efeitos no mundo jurídico são muito próximos, o que dificulta o emprego dogmático da diferenciação.

A insistência em uma clara distinção entre os dois paradigmas parece voltada à proteção de uma maior sindicabilidade dos atos da Administração mediante controle de legalidade, objetivo que pode ser realizado mediante outros paradigmas, como o da força normativa dos princípios, ou mesmo por uma avaliação não de exclusão entre ambos, mas de gradação decorrente do grau volitivo ou de cognição, extraído do nível de objetividade do conceito. Nessa esteira, citemos a conclusão de Dinorá Grotti, obtida após extenso percurso investigativo sobre a doutrina nacional e estrangeira que aborda o tema:

O exame das circunstâncias de fato, a finalidade normativa, a causa do ato, os princípios e valores do ordenamento, as zonas de certeza positiva e negativa dos conceitos jurídicos indeterminados, o critério da razoabilidade e a interpretação feita contextualmente, em regra, afunilam o caminho a ser seguido pelo administrador, de tal maneira que este possa se ver não mais diante de um leque de opções, mas diante de uma única escolha legítima diante do caso concreto.

Só reconhecemos a discricionariedade na aplicação, pois, a discricção é atribuída ao administrador para que este opte, não por qualquer solução, mas, sempre, pela solução mais adequada para atender a finalidade legal, pela melhor solução para um caso concreto¹⁸².

7.5 Legalidade, Eficiência e Discricionariedade

Traçados os contornos jurídicos a partir da evolução do entendimento doutrinário e jurisprudencial quanto à legalidade, a eficiência administrativa e a discricionariedade, não podemos deixar de avaliar como os princípios e a competência discricionária se comunicam na análise jurídica dos atos administrativos, lançando caminhos que possibilitem maior segurança jurídica e estabilidade nas relações promovidas pelos agentes públicos.

182GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa. Revista dos Tribunais Online, p. 23. Disponível em https://www.academia.edu/download/60603340/Conceitos_juridicos_indeterminados_Dinora_Grotti20190915-30670-ewe8yy.pdf. Acesso em 08/08/2021.

A legalidade, como vimos, teve sua compreensão expandida à luz do Estado Democrático (Social) de Direito fundado com a Constituição de 1988, demandando a observância dos atores jurídicos a todas as normas do ordenamento, desde as de sede constitucional aos atos normativos editados pela Administração de cunho regulamentar. Além desse aspecto quantitativo e funcional, no sentido de expansão das fronteiras dos agentes legitimados ao exercício da função normativa, que implica numa maior dificuldade em avaliar qual o comando normativo mais adequado como guia para a edição de atos com valor jurídico em decorrência da pluralidade de fontes, há também um aspecto hermenêutico, que resulta na pluralidade de sentidos, inerentes à própria natureza da linguagem e da integração sistêmica, sobretudo após a constitucionalização do direito e a larga aceitação da dogmática principiológica pós-positivista na interpretação e aplicação do direito.

Essa evolução da legalidade até chegar aos parâmetros hodiernos implicou no redesenho do paradigma do mérito administrativo, outrora apartado do conteúdo legal e, portanto, insindicável à luz do direito. A análise de oportunidade e conveniência, no exercício da discricionariedade, com a imperatividade dos valores e interesses consagrados na Constituição, perdeu seu caráter extrajurídico, legitimando a atuação do controle sobre a totalidade do ato administrativo. Nessa esteira, convém fazer uso da inteligência de Juarez Freitas para pontuar uma avaliação da discricionariedade à luz da Constituição de 1988:

Seria, de fato, errôneo conceber a discricionariedade como irrestrita liberdade para emitir juízos de conveniência ou oportunidade quanto à prática, ou não, de certas políticas, como se estas não fossem mensuráveis. Na verdade, as opções válidas “*prima facie*” nunca são indiferentes. Pode-se, desse modo, reconceituar a discricionariedade administrativa como a competência (não mera faculdade) de avaliar e eleger, no plano concreto, as melhores consequências diretas e indiretas (externalidades) de determinados programas preliminarmente estabelecidos, com observância justificada (interna e externamente) de prioridades constitucionais, no uso pertinente e eficaz dos recursos disponíveis.

Ou seja, toda a atividade administrativa, pela exigência de se dar em conformidade com a ordem constitucional, merece controle jurídico. O ato administrativo deve respeito concomitante a todos os comandos da ordem jurídica, emanados de regras e princípios, constitucionais, legais e regulamentares. Tal constatação teórica não apresenta *prima facie* a complexidade de se resguardar a juridicidade do ato diante da relatada

pluralidade de fontes normativas e de sentidos possíveis dos enunciados. Moraes, ao falar de apenas um dos princípios da Administração, o da eficiência, discorre que o ordenamento jurídico demanda:

(...) à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar desperdícios e garantir uma maior rentabilidade social.

O atual ministro da Suprema Corte, *data venia*, se equivoca ao inserir todos esses mandamentos no espectro da eficiência, mas acerta ao estabelecer que os demais elementos hauridos de normas diversas de sede constitucional, como a impessoalidade, a publicidade e a moralidade, são de observância obrigatória e merecem proteção jurídica. Sem embargo, nem sempre visam promover valores e interesses convergentes. Já demonstramos que a hermenêutica principiológica constitucional consagra a método de ponderação desenvolvido por Alexy, por meio do qual se concretiza normas extraídas de princípios colidentes, sem que a preponderância de um deles no caso concreto signifique a invalidação do outro. Exemplificando, nem sempre a maior participação possível vai resultar no melhor resultado para a política pública, sobretudo por promover delongas no processo decisório e adiar o adimplemento de determinado dever. Por vezes, o caminho mais eficiente vai colidir com a moralidade pública, demandando a preponderância deste valor em detrimento daquele.

Nessa senda, a doutrina não deixou de observar a colisão entre legalidade e eficiência, sobretudo com o entendimento da legalidade em sentido amplo, no escrutínio do exercício de competência discricionária da Administração. Di Pietro entende a existência de acentuada oposição entre o princípio da eficiência e o da legalidade, afirmando que o primeiro é pregado pela ciência da Administração e o segundo, inerente ao Estado de Direito e à Constituição. Diz que a eficiência não pode se sobrepor a nenhum dos princípios, sob pena de por riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de Direito¹⁸³. Acentua, claramente, a legalidade como corolário da ordem jurídica e, indiretamente, a insere em um patamar superior, ao afirmar que a eficiência decorre de valor extrajurídico, o que já desmistificamos

183 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 32ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 2019 p. 244-245.

ao longo do capítulo 06, dado que sua incorporação à ordem jurídica reveste o valor de juridicidade e impede sua interpretação com base em critérios extrajurídicos e sem conexão com as demais normas do sistema.

Em caminho diverso, Nobre Júnior visualiza harmonia entre os princípios. É um caminho que não destoa da constatação de enunciados plurissêmicos, cujos comandos não são extraídos por meio de silogismo, mas por um processo hermenêutico mais complexo, que envolve uma lógica sistemática e o contexto fático. Para ele, a eficiência não rejeita a adstrição do administrador à juridicidade, mas sim a preenche com um novo sentido, de maneira que a realização de atos administrativos vá para além da observância da formalidade, buscando a realização de determinados resultados¹⁸⁴.

Convergindo com o entendimento supra, Alexandre de Aragão fala da continuidade de normas jurídicas com o modelo “hipótese de incidência → sanção”, somado com o modelo “finalidades → meios de alcance destas finalidade”¹⁸⁵. Ou seja, a insurgência de uma legalidade finalística e material, dos resultados práticos alcançados, e não mais uma mera legalidade formal e abstrata¹⁸⁶. Para o jurista, com supedâneo na doutrina de Morand:

O Princípio Constitucional da Eficiência (art. 37, caput, CF) não legitima a aplicação cega de regras legais (ou de outro grau hierárquico), que leve a uma consecução ineficiente ou menos eficiente dos objetivos legais primários. As normas jurídicas "passam a ter o seu critério de validade aferido não apenas em virtude da higidez do seu procedimento criador, como da sua aptidão para atender aos objetivos da política pública, além da sua capacidade de resolver os males que esta pretende combater"¹⁸⁷.

Não é outro o entendimento de Moreira Neto¹⁸⁸:

184 NOBRE JÚNIOR, Administração Pública e o Princípio Constitucional da Eficiência. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, nº 241, jul/set 2005, p. 236. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43371/44674>. Acesso em 22/10/2020.

185 ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. O Princípio da Eficiência. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 2004, p. 4. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/44361/44784>. Acesso em 22/10/2020.

186 *Ibidem*, p. 3.

187 *Ibidem*, p. 3-4.

188 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Cidadania e Administração de Resultado: o Direito Administrativo e o Controle Prospectivo no Planejamento e nas Ações do Estado. Revista de Direito e Política, p. 19-21, 2007, *apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. Interpretação Consequencialista e Análise Econômica do Direito Público à Luz dos Princípios Constitucionais da Eficiência e da Economicidade. Interesse Público, ano 11, n. 57, set/out 2009, Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 19.

(*É dessa maneira que a Constituição de 1988*) já estabelece todo fundamento necessário para a afirmação e aplicação, em nosso País, da doutrina da, assim denominada, *administração de resultado*, ou seja: confere uma base institucional na legalidade finalística (...) É indubitável que o futuro deva ser realmente considerado como uma das dimensões temporais próprias a qualquer norma, o que lhe faz merecedor de uma cuidadosa atenção prospectiva, tanto por parte dos seus elaboradores quanto dos seus aplicadores.

A provocação feita por Juliano Heinen elucida bem a discussão aqui posta. Em artigo publicado no site Consultor Jurídico, afirmou que o Direito Administrativo permite defender a manutenção de atos administrativos ilegais. Da mesma legalidade que se extrai o dever de atuação do administrador conforme o direito, se extrai a possibilidade de, em certas situações, defender a manutenção de uma ilegalidade¹⁸⁹. Na linha da convivência harmônica entre diversos interesses protegidos pela ordem jurídica, nem sempre concluiremos que a legalidade é o bem jurídico mais relevante.

É decorrente desse raciocínio, por exemplo, a presença da convalidação no direito positivo, como se depreende do art. 55 da Lei nº 9.784/99, e do art. 147, da Lei nº 14.133/2021. Nobre Júnior, Aragão e Heinen convergem, assim, para compreender uma legalidade ampla e submetida a uma interpretação sistemática, convivendo com outros princípios de mesma estatura e valor jurídico *a priori*, ponderados na concretização do direito.

Não obstante, a leitura de Di Pietro quando à necessária proteção da segurança jurídica, que pode ser aviltada com uma textura mais fluida das normas, porta aberta para decisões particularistas que implicam em prejuízo para a função de orientação geral do direito, torna a verificação da juridicidade dos atos ainda mais complexa. Complica ainda mais o cenário se recordarmos que, se a segurança jurídica é necessária para assegurar maior cognoscibilidade e calculabilidade do sistema, possibilitando que o indivíduo, nesse particular o agente público, possa melhor planejar o futuro e assim, desenhar políticas públicas com maior aderência ao ordenamento e com menores chances de serem judicialmente infirmadas, a maior permeabilidade do conteúdo dos enunciados normativos, visando prover eficiência, pode paradoxalmente gerar ineficiência ao dificultar esse exercício de planejamento.

É o que conclui a partir da inteligência de Ávila, para quem a elevada incerteza quanto às consequências normativas da ação leva à inação, pela falta de controle mínimo

189 HEINEN, Juliano. Antes da Nulidade, Há uma Ponderação. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-ago-05/juliano-heinen-antes-nulidade-ponderacao?imprimir=1>. Acesso em 09/08/2021.

sobre o futuro. Seguindo o raciocínio, a generalidade da previsão conduz à falta de informação e, por conseguinte, à impossibilidade de planejamento¹⁹⁰. Eis o substrato do “apagão das canetas”, que diz respeito à concepção doutrinária da temeridade do gestor para tomar decisões, especialmente as que promovem inovação. A avaliação quanto aos resultados e a criatividade sucumbem ao foco no procedimento e a repetição irrefletida de padrões sem adequação ao contexto, perpetuando a estrutura burocrática custosa e a consequente lentidão na solução dos problemas cotidianos.

E a insegurança quanto ao conteúdo se revela na prática, quando ocorre desacordo quanto ao comando normativo no âmbito de controle administrativo e jurisdicional. O caráter plurissêmico dos enunciados, o alargamento da legalidade e a ampla sindicabilidade decorrente elevam exponencialmente a margem de indefinição do direito contribuiu para a contenção dos excessos e vícios que passavam ao largo da legalidade e perpetuavam interesses escusos no seio da máquina pública, mas gerou um novo problema quanto à definição das margens de atuação de cada um dos atores legitimados constitucionalmente.

Inexistentes os limites para atuação do controle, o regime jurídico-administrativo acaba por validar, na prática e em detrimento do equilíbrio harmônico do exercício dos poderes, a substituição do administrador pelo juiz, a quem compete a última palavra quanto à jurisdição, ao conteúdo do direito. E se tudo é jurídico, tudo se torna possível ao intérprete constitucional. Mesmo na compreensão da eficiência no caso concreto, cujo mandamento se deve fazer ainda mais presente na aplicação de normas jurídicas com menor densidade, ou seja, no exercício da discricionariedade (superada a celeuma de separação entre o juízo de legalidade e o juízo de oportunidade, na esteira da doutrina de Bandeira de Mello), pode-se prevalecer o entendimento judicial, a despeito da capacidade institucional inferior que *a priori* se identifica no Poder Judiciário para resolução de questões afeitas à implementação de políticas públicas, ou na baixa legitimidade democrática em comparação a outros poderes, cujos postos são titularizados por agentes públicos que dependem de aprovação popular.

Para Vladimir da Rocha França, o total controle jurisdicional da eficiência implicaria numa intervenção inaceitável do Poder Judiciário na seara administrativa usurpando atribuições constitucionais da Administração Pública. Entende que o controle mais adequado para satisfação do mandamento constitucional da eficiência é o controle interno, no qual a própria Administração pode revisar seus atos considerados ineficientes, ou no âmbito

190 ÁVILA, Humberto. Teoria da Segurança Jurídica, 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Malheiros Editores, 2019, p. 284.

do Controle Externo realizado pelo Poder Legislativo e pelo Tribunal de Contas, no que tange à economicidade. Aduz ainda que analisar a eficiência é analisar a discricionariedade, que se perfaz a partir da eleição de critérios metajurídicos e científicos aplicáveis ao caso concreto¹⁹¹. Mencione-se que a eficiência é explicitamente citada como parâmetro de análise do controle interno, assim como a economicidade do controle externo, o que pode não confirmar, mas reforça a tese aqui exposta.

Em leitura semelhante, Gabardo coloca como ponto chave do controle da eficiência administrativa a sua relação com a discricionariedade, em especial no que tange ao controle judicial. De fato, o controle do ato vinculado, resultante de uma aplicação de regra com clareza na hipótese normativa e em seus mandamentos, parece gerar menor controvérsia, dado o que ele chama de preponderância pragmática da legalidade. Defende, na linha de Vladimir França, o exercício de um controle judicial de cunho negativo, reduzindo a possibilidade de substituição da consciência do agente público pela do juiz. Defende que o Poder Judiciário preste deferência à competência da ativa Administração, de forma a compatibilizar o princípio da separação de poderes com o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional¹⁹².

Gil França, em outra linha, já pugna por uma maior sindicabilidade dos atos administrativos, inclusive quando editados no exercício da discricionariedade. Tem como um dos pilares da tese esposada no livro *Ato Administrativo e Interesse Público a necessidade de se considerar, avaliar e sindicatar as falhas da Administração Pública, objetivando delimitar o caráter subjetivo remanescente do exercício administrativo estatal, com destaque na formação do respectivo mérito administrativo*¹⁹³. Não considera haver limites ao pleno controle jurisdicional do ato, destacando a ideia de gestão pública eficiente voltada à organização de meios e procedimentos que simplifiquem e possibilitem o saneamento de dúvidas, a correção de desvios e o cancelamento de acertos, inclusive pela via judicial,

191FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência Administrativa na Constituição. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 220, abr/jun 2000, p. 174. Disponível em https://www.academia.edu/download/68239190/EFICIENCIA_ADMINISTRATIVA_NA_CONSTITUICA_O_FEDERAL.pdf. Acesso em 31/01/2021.

192GABARDO, Emerson. Princípio da eficiência. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, p. 16. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/82/edicao-1/principio-da-eficiencia>. Acesso em 19/01/2021.

193FRANÇA, Philip Gil. op. cit., p. 115.

especialmente no aspecto discricionário¹⁹⁴. Em artigo em que trata sobre a adequada tutela jurisdicional no controle da Administração Pública, o ilustre pesquisador, em conclusão semelhante:

(...) o ato administrativo apenas será legítimo, portanto, cogente, se for produzido conforme a plena verificação - e nova verificação, se necessário - de sua conformação legal e aos valores do Direito. Realização tal feita por escolha constitucional estampada no art. 5.º, XXXV, da CF/1988, pelo Estado-juiz - sem que, por isso, simplesmente (ou sem motivação constitucionalmente aceitável), promova a substituição da vontade executiva por sua vontade judicial¹⁹⁵.

A despeito de ressaltar o esforço de Gil França na produção de ferramentas dogmáticas que permitam um mais adequado escrutínio do ato administrativo à luz do controle judicial, provendo de maior racionalidade o exercício dessa atividade reconhecidamente complexa, a lógica de plena sindicabilidade busca resolver o problema da interdição ao controle posta pela teoria clássica da discricionariedade, mas dá azo para a continuidade de problemas observáveis à luz do sol, decorrentes da maior participação do judiciário e do controle externo, sobretudo do TCU, na conformação do interesse público, aos quais tratamos com mais atenção no capítulo 04 desta dissertação. Nessa linha, é oportuno mencionar Eduardo Jordão e sua crítica a uma visão profundamente otimista e irrealista dos que enxergam qualquer restrição ao controle judicial como um convite à violação de direitos individuais, ou que os tribunais atuariam como “corretores” dos “erros” da Administração. Defende uma análise mais pragmática, a partir de um raciocínio institucionalista, que leve em consideração as complexidades, incertezas e falibilidades que marcam o mundo real da aplicação do direito. Conclui o raciocínio afirmando que a multiplicidade de problemas sociais referentes ao controle judicial pode dar ensejo a uma multiplicidade de formas de estruturação de instituições públicas para enfrentá-los¹⁹⁶. Não se trata de ferir de morte a

194 *Ibidem*, p. 140-141.

195 FRANÇA, Philip Gil. A Adequada Tutela Jurisdicional no Controle da Administração Pública. Revista de Direito Público Contemporâneo, Instituto de Estudios Constitucionales da Venezuela e Universidade Federal de Rural do Rio de Janeiro do Brasil, a. 1, v. 1, edição extra, p. 28, dezembro 2017. Disponível em <http://www.rdp.com.br/index.php/rdpc/article/view/19/21>. Acesso em 09/08/2021.

196 JORDÃO, Eduardo. Controle Judicial de uma Administração Pública Complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. São Paulo, Malheiros SBDP, 2016. p. 165-166.

inafastabilidade da jurisdição, mas de reconhecer a diversidade de caminhos para a solução dos problemas a serem solucionados com o uso do direito.

Como se observa, o direito foi capaz de se reinventar para absorver a complexidade da dinâmica social e proporcionar ferramentas para a realização do cada vez maior número de deveres a serem observados pelo Estado, mediante sua ação ou sua omissão, bem como para conter o abuso de poderes concedidos pela ordem jurídica para cumprimento de tais misteres. A atividade administrativa ganha ampla sindicabilidade jurídica sob a égide das normas constitucionais, não havendo mais proteção *a priori* do conteúdo do ato administrativo, na lógica clássica do mérito discricionário, contra sua invalidação mediante processo de controle. O espaço doutrinário e jurisprudencial para ampliação do controle é materializado por uma estrutura constitucional robusta de órgãos estatais autônomos e independentes com finalidade de garantir a efetivação do direito na ordem social. Desloca-se poder da esfera administrativa para a de controle, sobretudo o judicial, não significando, todavia, a plena extinção dos abusos por parte do Estado-Administração, marcado por elevada ineficiência na implementação de direitos e por um histórico de corrupção que evidencia a estrutura colonial patrimonialista que persiste mesmo na era do Brasil republicano.

Cavalcanti alerta, mesmo tendo em consideração que um a concentração descomedida do poder nas mãos do legislador tradicional seja empecilho ao desenvolvimento econômico e social, que o abrandamento da lei e o fortalecimento excessivo da edição de normas secundárias representam um enfraquecimento do modelo democrático do direito¹⁹⁷.

Tal deslocamento tampouco significa que os órgãos de controle não estão sujeitos a erros e abusos que também geram disfuncionalidades impeditivas à superação dos atrasos indesejados, a “ditadura do judiciário” mencionada por Tácito, razão pela qual se faz importante o debate doutrinário quanto aos limites jurídicos da função de controle e judicial, evidenciando com mais clareza o espaço de conformação do ato jurídico dado pelo ordenamento à Administração Pública, na sua complexa configuração atual, com pluralidade de órgãos e entidades, prezando pelo equilíbrio e a otimização do sistema jurídico-administrativo nacional.

197 CAVALCANTI, op. cit., p. 72.

8 PRAGMATISMO JURÍDICO E A LEI FEDERAL Nº 13.655/2018

8.1 A LINDB a partir da Lei 13.655/2018

A edição da Lei 13.655/2018 traz à LINDB - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - novos dispositivos voltados à interpretação e aplicação do Direito Público. Assim como os dispositivos que a antecederam, o novo diploma legal estabelece comandos destinados ao processo de concretização das demais normas do sistema jurídico, criando o que se pode denominar como metanormas, ou postulados, condições de possibilidade de conhecimento do fenômeno jurídico¹⁹⁸. São normas de aplicação reflexa, de interpretação, que serão utilizadas pelos intérpretes na aplicação de outras normas, não se destinando, portanto, a estabelecer direitos ou limitá-los¹⁹⁹.

Entendemos aplicação do direito, consoante magistério de Carlos Maximiliano, como a pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso concreto, entre a norma jurídica e o fato social. Para tanto, necessário previamente determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito, ou seja, interpretá-lo²⁰⁰. Eros Grau faz uma distinção entre ambas, qualificando a aplicação como uma interpretação in concreto, da qual se extrai a norma de decisão. A interpretação “strictu sensu” seria a interpretação in abstrato, da qual se extrai a norma jurídica. Essa diz respeito ao texto, à premissa do silogismo. Aquela, como qualificação jurídica da conduta, dos fatos²⁰¹.

Diferentemente das que já constavam do Decreto-Lei nº 4.657/1942, cujo origem denota a importância dada ao Direito Privado, sendo denominada inicialmente como Lei de Introdução ao Código Civil, as normas originadas a partir da Lei nº 13.655/2018 são voltadas especificamente ao regramento do Direito Público. Sobre a coerência quanto a tal recorte específico, recorre-se novamente ao magistério do Professor Edilson Nobre, ao defender a impossibilidade de existir uma teoria de interpretação única e universal, cabendo uma distinção hermenêutica com o Direito Privado, dados os diferentes fundamentos que

198 ÁVILA, Humberto. A distinção entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, nº 215, jan/mar 1999, p. 165. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47313/45714/0>. Acesso em 19/07/2021.

199 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo e FREITAS, Rafael Vêras de. Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública), 2ª reimp. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 14.

200 MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito, 19ª Ed. Rio de Janeiro, Forense, 2005. p. 1.

201 GRAU, Eros. O direito posto e o direito pressuposto, 9ª Ed. rev. e ampl. São Paulo, Malheiros Editores, 2014, p. 278-279.

alicerçam as respectivas relações jurídicas²⁰². Diferentemente do sistema monolítico (a lei como fonte única do direito), retrospectivo e supostamente estável da LINDB até 2018, o novo diploma vem em um momento que se demanda uma compreensão do Direito Público que cogite do futuro e que se ocupe da plurissubjetividade dos efeitos das decisões, com promova um sistema com maior segurança e eficiência²⁰³.

Escolheu-se deliberadamente pela inserção dos novos dispositivos na LINDB, optando por tal caminho em vez da edição de uma nova lei independente, dotando-os de caráter geral e aplicável em todas as atividades interpretativas do direito, em todos os atores político-administrativos, de todas as esferas de poder. Conforme Sundfeld, as normas propostas tinham identidade funcional com o conteúdo da antiga Lei de Introdução ao Código Civil, já que se destinada a regular as bases da criação e aplicação do direito²⁰⁴. Seus comandos atingem administradores e controladores em seu amplo espectro, administrativo (interno e externo) e judicial. A nova lei traz em si uma superação da vetusta discussão quanto à posição do gestor público como mero braço mecânico da lei ao compreendê-lo, ao mencioná-lo como destinatário da norma, como agente criador, intérprete e aplicador do direito. Assim, a legalidade de viés oitocentista, exclusividade do parlamento, é minada pelo próprio direito positivo.

Não nos dedicaremos no presente trabalho a esclarecer a discutível constitucionalidade da extensão dos comandos do novel diploma legal, cujo conteúdo se pretende nacional, ou seja, aplicável à União, aos Estados e aos municípios. Mencionemos aqui a concordância com a doutrina de Nobre Júnior, a qual defende a aplicabilidade da Lei nº 13.655/2018 para toda a República Federativa do Brasil, haja vista que desenvolve princípios consagrados na Carta Magna aplicáveis a toda a Administração Pública, com normas que

202 NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *As Normas de Direito Público na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro: paradigmas para interpretação e aplicação do direito administrativo*. São Paulo, Editora Contracorrente, 2019, p. 17.

203 MARQUES NETO, Floriano Azevedo, e MOREIRA, Egon Bockmann. *Segurança Jurídica e Eficiência na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro* in *Segurança Jurídica e Qualidade das Decisões Públicas: desafios de uma sociedade democrática*, Brasília, Senado Federal, 2015, p. 11. Disponível em <http://anastasia.com.br/wp-content/uploads/2015/09/segurancajuridica.pdf>. Acesso em 16/08/2021.

204 SUNDFELD, Carlos Ari. *Uma lei inovadora para o Direito Público*. Publicado em 31/10/2017. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/uma-lei-geral-inovadora-para-o-direito-publico-31102017>. Acesso em 20/08/2021.

veiculam conteúdos conexos com princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito e com os direitos e garantias fundamentais, todos com assento na Constituição de 1988²⁰⁵.

8.2 Percurso legislativo da Lei nº 13.655/2018

A lei tem sua origem em anteprojeto de autoria de juristas pesquisadores na área do Direito Público, Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto, trazendo originalmente 10 (dez) novos artigos que buscavam prover força normativa a valores pragmáticos presentes na doutrina e na jurisprudência, mas até então não incorporados ao direito positivo de forma consolidada. O anteprojeto surge com a finalidade declarada de estabelecer um ambiente de maior segurança jurídica, propiciando espaço inclusive para a inovação na gestão pública, sendo o experimentalismo, a adaptação e o contextualismo ideias com larga aceitação no ideário dos pragmáticos.

Segurança jurídica é uma *norma* que determina a realização de um *estado* de fato marcado pela capacidade do indivíduo de realizar um planejamento estratégico juridicamente informado e respeitado de sua ação²⁰⁶. Norma, inclusive, de estatura constitucional. Ávila, para além de identificar os fundamentos diretos e indiretos da segurança jurídica na estrutura constitucional, defende que ela decorre do próprio sistema constitucional como um todo²⁰⁷. A busca por maior segurança jurídica no Direito Público nacional passa por 03 vetores: estabilidade, buscando dotar de perenidade os atos jurídicos e seus efeitos, mesmo diante de mudanças sobre sua interpretação; previsibilidade, criando óbices para mudanças bruscas e surpresas; e proporcionalidade, evitando aplicação irracional, desmesurada, do direito²⁰⁸.

O anteprojeto da nova LINDB está contido no último capítulo do livro “Contratações Públicas e Seu Controle”, publicado no ano de 2013, com o artigo *Uma Nova*

205 NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. As Normas de Direito Público na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro: paradigmas para interpretação e aplicação do direito administrativo. São Paulo, Editora Contracorrente, 2019, p. 31.

206 ÁVILA, Humberto. Teoria da Segurança Jurídica, 5ª Ed. rev., atual., e ampl., São Paulo, Malheiros Editores, 2019, p. 200.

207 *Ibidem*, p. 218.

208 MARQUES NETO, e FREITAS, op. cit., p. 18.

*Lei Para Aumentar a Qualidade Jurídica das Decisões Públicas e de seu Controle*²⁰⁹, como uma proposta legislativa para solucionar diversos problemas identificados pelos autores em pesquisas acadêmicas que tratam sobre a produção, interpretação e aplicação de normas pelos diversos atores e instituições que compõem a Administração Pública e seu controle. Em artigo publicado em um site especializado, o professor Carlos Ari Sundfeld explicou que a pesquisa empreendida para dar origem à proposta identificou problemas na construção do interesse público, no tratamento da autoridade pública e os papéis dos poderes de Estado e dos órgãos constitucionais autônomos, decorrentes da atuação pontual e fragmentada dos diversos partícipes institucionais, incapaz de promover um “direito mais que administrativo” que evitasse a ineficiência e o arbítrio no exercício de competências compartilhadas e a fragilização da gestão pública. Do mesmo artigo, destacamos trecho que resume o que veicula o projeto, na visão de um de seus autores:

Fala-se em gestão pública, em políticas públicas, em consequências práticas das decisões, em obstáculos e dificuldades reais do gestor, em circunstâncias práticas e em alternativas de decisão. Tudo a ver com uma visão mais atual e pragmática do direito público. Garantem-se direitos e mecanismos para a transição jurídica adequada em caso de mudanças, para a estabilização de relações jurídicas, para a eliminação de incertezas jurídicas, para a solução consensual de dificuldades ou conflitos e para a participação da sociedade na produção de normas administrativas. São ganhos significativos para o direito público²¹⁰.

Se se buscou conscientemente com a proposta legislativa prover maior segurança jurídica à interpretação e aplicação do direito público, decerto que o diagnóstico realizado apontou para problemas causadores de algum nível de insegurança no ambiente legal. No artigo que deu origem ao PLS 359/2015, acima mencionado, encontram-se descritos os principais problemas identificados pelos autores, que mereceriam intervenção legislativa como meio de superá-los. Mencionemos os de maior interesse para o desenvolvimento da presente dissertação: o alto grau de indeterminação de grande parte das normas públicas; a relativa incerteza, inerente ao Direito, quanto ao verdadeiro conteúdo de cada norma; e a

209 SUNDFELD, Carlos Ari e MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Uma nova lei para aumentar a qualidade jurídica das decisões públicas e de seu controle in SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações Públicas e seu Controle*. São Paulo, Malheiros Editores, 2013, p. 277-285.

210 SUNDFELD, Carlos Ari. Uma lei inovadora para o Direito Público. Publicado em 31/10/2017. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/uma-lei-geral-inovadora-para-o-direito-publico-31102017>. Acesso em 20/08/2021.

tendência à superficialidade na formação do juízo sobre complexas questões jurídico-políticas²¹¹. Sobre os mencionados problemas, os autores estabelecem, no mesmo artigo, as seguintes diretrizes, que se consubstanciaram nos dispositivos da Lei nº 13.655/2018 (grifo nosso):

Como é amplo e crescente o grau de indeterminação das normas, em especial as de direito público, é preciso impedir que as autoridades, ao delas extraírem consequências concretas – criando direitos, deveres e proibições específicas para sujeitos certos, o façam de modo superficial. **É possível combater a tendência à superficialidade na formação do juízo sobre questões jurídico-políticas pela adoção do paradigma de que as autoridades não podem tomar decisões desconectadas do mundo real; de que elas têm o dever de medir consequências, de considerar alternativas, de analisar a necessidade e a adequação das soluções cogitadas, de pesar os obstáculos e circunstâncias da vida prática etc.** Além disso, em nome da segurança jurídica, é preciso impedir que, por via de simples interpretação de normas totalmente indeterminadas, as autoridades públicas instituem, sem um regime adequado de transição, deveres e proibições específicas para sujeitos certos, modificando situações jurídicas com efeitos em relação ao passado²¹².

O diagnóstico realizado pelos autores do anteprojeto se identifica com o que nos deparamos no percurso investigatório empreendido ao longo desta pesquisa. A instabilidade jurídica decorre da baixa densificação de normas constitucionais fundadas em princípios, e da concretização de conceitos jurídicos indeterminados presentes nos enunciados normativos, que ampliam as margens semânticas do texto legal e deslocam a determinação dos seus comandos para o momento da aplicação da norma. Além disso, a proliferação de fontes normativas e de atores institucionais competentes para interpretá-las e aplicá-las, cada um com relativo grau de autonomia, também se somam ao cenário de insegurança que cerca a atividade jurídico-administrativa. O Direito Público é hoje essencialmente dinâmico (ritmo intenso), mutável (transforma-se em vista dos desafios), espiralado (desenrola-se a partir da Constituição e atinge multiplicidade de planos jurídicos), plurissubjetivo (relações multilaterais, coletivas e difusas) e diacrônico (as futuras gerações)²¹³. O aumento da

211 SUNDFELD, e MARQUES NETO, op. cit., p. 278.

212 *Ibidem*, p. 279.

213 MARQUES NETO, e MOREIRA, op. cit., p. 11.

complexidade social e o plexo de interesses envolvidos nas contendas, e de alguma forma protegidos pela ordem constitucional, deslocam a identificação da norma para o momento de concretização. O aprofundamento exigido do criador da norma de decisão nem sempre é alcançado, levando a decisões fundadas em valores apriorísticos que não se conectam com o contexto social sob análise, sem avaliar com cautela os efeitos mediatos e imediatos para as partes envolvidas e o sistema jurídico como um todo.

O projeto foi apresentado inicialmente no Senado Federal, encampado pelo senador pelo Estado de Minas Gerais Antônio Anastasia, do PSDB mineiro. Foi aprovado pelas duas casas legislativas federais nas respectivas comissões de constituição e justiça. Na Casa Alta, o projeto tramitou sem maiores entevos, não havendo votos contrários ao parecer da Relatora na CCJ, Simone Tebet, do PMDB-MS²¹⁴. Nessa peça, a parlamentar ressaltou o caráter de uma norma de “sobredireito” da LINDB. Defendeu o acréscimo dos dispositivos ao Decreto-Lei nº 4.657/1942 como uma forma de promover um incremento de coerência sistêmica ao Direito Público, unificando conceitos do direito material e processual administrativo, penal, trabalhista e eleitoral. O parecer concluiu que a proposta é inovadora, e que as consequências esperadas com o novel diploma seriam benéficas à sociedade e à Administração Pública, como maior eficiência, transparência, celeridade e segurança jurídica. A relatoria promoveu algumas modificações no projeto original, alterando a redação de alguns dispositivos, modificando a ordem de apresentação original dos dispositivos e inserindo alguns novos enunciados, com destaque à inserção do art. 30, que positivou incentivos à produção de regulamentos e súmulas administrativas como caminhos para elevação da segurança jurídica²¹⁵.

Na tramitação do PL nº 7.448/2017 na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) na Câmara dos Deputados, numeração que recebeu o PLS nº 349/2017 ao ingressar na casa revisora, foi identificado apenas um único voto isolado na CCJ da Câmara dos Deputados contrário ao Parecer, proferido pelo Deputado Luiz Couto²¹⁶, do PT-PB. Na CCJ

214 SENADO FEDERAL. Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Lista de Votação Nominal - Parecer da Relatora do 349/2015. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5205869&ts=1593913219299&disposition=inline>. Acesso em 22/08/2021.

215 SENADO FEDERAL. Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. PLS nº 349/2015 – Parecer da Relatora. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4407681&ts=1593913219488&disposition=inline>. Acesso em 22/08/2021.

216 PROJETO DE LEI Nº 7.448/17 - do Senado Federal - Antonio Anastasia - (PLS 349/2015) - que "inclui 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". RELATOR: Deputado PAULO ABI-ACKEL. PARECER: pela constitucionalidade, juridicidade, técnica legislativa e, no

da casa, destaca-se a ênfase que o parecer do relator deu a ausência de motivação na edição de atos jurídicos como um dos principais problemas de um ordenamento repleto de princípios e normas genéricas, reconhecendo na aplicação da lei o momento de revelação da solução jurídica, e a necessidade do reforço da motivação como mecanismo de transparência, fortemente incentivado pelo projeto de lei²¹⁷.

Houve recurso apresentado para que o projeto fosse submetido à apreciação do plenário da casa, apresentado pela deputada Érika Kokay, do PT-DF, a qual compreendeu a necessidade de ampliação do debate sobre o conteúdo do projeto, em especial para que fossem ouvidos os órgãos de controle²¹⁸, que se insurgiram quanto à sanção do projeto, como veremos mais à frente. Todavia, após interposição de requerimento do então deputado Rodrigo Pacheco, do PMDB-MG, deferido pela Mesa Diretora, o PL não foi submetido ao plenário, sendo então convertido na Lei Federal nº 13.655/2018, seguindo para o Senado Federal e, na sequência, para a Presidência da República, para a etapa final do processo legislativo de competência do chefe do Poder Executivo, qual seja, análise e sanção da lei.

A tramitação do projeto sem grandes debates nas casas parlamentares, ocorrendo participação de setores da sociedade apenas em audiência pública promovida pela CCJ do Senado Federal²¹⁹, a qual foi bastante criticada pelos representantes dos órgãos de controle, que questionaram em diversas manifestações institucionais e de entidades representativas dos profissionais da área a impossibilidade de contribuir efetivamente para a construção da lei ao longo da tramitação do processo legislativo. A reação desses atores institucionais se deu de forma mais robusta apenas durante o processo de sanção da Presidência da República.

mérito, pela aprovação. Em 19/09/2017, foi lido o Parecer do Relator, Deputado Paulo Abi-Ackel, pelo Deputado Luiz Fernando Faria e concedida vista ao Deputado Valmir Prascidelli. Na presente Reunião, discutiu a matéria o Deputado Marcos Rogério. O Deputado Luiz Couto, Vice-Líder do PT, orientou contrariamente sua bancada. Passou-se à votação. Foi aprovado o Parecer, com o voto contrário do Deputado Luiz Couto. Transcrição de publicação, disponível em <https://www.camara.leg.br/internet/ordemdodia/integras/1613859.htm>.

217 CÂMARA DOS DEPUTADOS. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. PL nº 7.448/2017. Parecer do Relator. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1598338&filename=PRL+1+CCJC+%3D%3E+PL+7448/2017. Acesso em 22/08/2021.

218 CÂMARA DOS DEPUTADOS. Recurso interposto pela deputada Érika Kokay para apreciação do PL pelo Plenário da Câmara dos Deputados. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1617233&filename=Tramitacao-PL+7448/2017. Acesso em 22/08/2021.

219 SENADO FEDERAL. Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Requerimento nº 35/2015. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4407672&ts=1593913219561&disposition=inline>. Acesso em 22/08/2021.

O Tribunal de Contas da União, por meio de parecer editado no âmbito do Processo nº TC-012.028/2018-5, de lavra do consultor jurídico Odilon Cavallari de Oliveira, criticou que os diagnósticos que precederam a criação do projeto não foram avaliados pelos órgãos de controle, tampouco as soluções propostas, o que seria um teste bastante rigoroso para as premissas que foram adotadas, e atribuíram responsabilidade à atuação do controle pela insegurança jurídica e pela ineficiência da Administração Pública. Na peça, o consultor cita como fontes geradoras da ineficiência, de uma forma geral, a existência de déficits institucionais de governança e gestão, já apontados em Relatório de Políticas Públicas e Programas de Governo produzido pela própria Corte de Contas. Menciona estudos produzidos por entidades como a Confederação Nacional da Indústria (CNI) e o Instituto de Ensino e Pesquisa (INSPER) tratando sobre o desenvolvimento da infraestrutura nacional, não atribuindo, em nenhum deles, a atuação do TCU como geradora das falhas identificadas no setor. Por fim, o consultor conclui que a insegurança jurídica e a ineficiência da Administração não serão superadas a partir de critérios de interpretação normativa, mencionando inclusive que o próprio PL é preenchido com conceitos de textura aberta, o que seria, pois, um contrasenso²²⁰.

Em Nota Conjunta de Subprocuradores da República, atuantes no Ministério Público Federal, avalizada pela Procuradora Geral da República à época, Raquel Dodge, consta avaliação de que a norma impacta de forma direta e imediata a atuação dos órgãos de controle da Administração Pública, entendendo haver transferência de responsabilidades inerentes ao gestor público aos controladores, já que a lei demanda análise de consequências e alternativas. É como se exercessem de alguma forma, segundo os procuradores, atividade de consultoria jurídica para a Administração. Os membros do *Parquet* que assinam a nota apontam um afrouxamento de mecanismos de controle, ao incluir parâmetros exegéticos benevolentes ao Administrador, criando óbices para uma maior sindicância dos atos praticados. Denunciam, assim como o TCU, que a própria lei se socorre de termos passíveis de ampla margem de interpretação e subjetivismo, o que soaria contraditório perante os

220 TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Processo TC 012.028/2018-5. Parecer sobre o PL 7448/2017, em face do parecer-resposta dos autores do PL e de outros juristas, p. 5-6. Disponível em https://portal.tcu.gov.br/data/files/CD/E3/51/19/E151F6107AD96FE6F18818A8/Discussao_projeto_lei_7.448_2017.pdf.

objetivos de redução das incertezas e imprevisibilidade que imperam na ordem jurídica, conforme diagnóstico dos autores do projeto²²¹.

Outras entidades ligadas às entidades e membros dos órgãos de controle também se manifestaram contrárias à sanção da lei, endereçando manifestações à presidência da República, todas protestando contra o que parecia ser um esforço contra o livre e eficiente exercício da atividade de controle externo e judicial da Administração²²². Os autores do anteprojeto, ladeados por grandes nomes do direito público nacional, emitiram resposta às considerações da Nota Técnica supracitada do TCU, contendo análise detida das críticas, defendendo a constitucionalidade e a legalidade da lei, enfrentando individualmente cada uma das críticas direcionadas aos dispositivos do novo diploma²²³.

Todavia, as investidas críticas não lograram êxito, ao menos no sentido de obter o veto integral e devolver as ideias presentes no projeto a um mais amplo debate no Congresso Nacional em nova oportunidade. Mesmo com todo o apelo fulcrado no combate à corrupção, atribuindo ao novel diploma algum nível de reação do sistema político ao relevante papel que entidades como o TCU e o MPF tiveram no desvelamento de esquemas ilícitos de impacto bilionário, que dominava amplamente o debate político nacional, dado que vivíamos o auge da operação Lava-Jato.

A Lei nº 13.655/2018 foi sancionada parcialmente pela Presidência da República, sendo válido mencionar alguns dispositivos que foram objetos do veto parcial, como a íntegra do art. 25, que propunha a criação de uma ação judicial declaratória de validade do ato administrativo, e dos parágrafos do art. 28, os quais delimitavam a interpretação do conceito de erro grosseiro presente no *caput* do dispositivo (§ 1º) e a

221 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Nota Técnica Conjunta nº 01/2018. Disponível em http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/Oficio_NotaTecnica_130418_PGR00192069_2018.pdf. Acesso em 26/01/2021.

222 Como exemplo, verificar a Nota Técnica do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Contas (CNPGC) e da Associação Nacional dos Ministério Público de Contas (AMPCON), disponível em <http://www.mpc.sp.gov.br/wp-content/uploads/2018/04/CNPGC-e-AMPCON-Nota-Te%CC%81cnica-conjunta-01-2018-sobre-o-PL-7448-2017.pdf>; Nota Técnica da Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (ATRICON) e da Associação Nacional dos Ministros e dos Conselheiros-Substitutos dos Tribunais de Contas (AUDICON), disponível em <https://www.atricon.org.br/wp-content/uploads/2017/03/Nota-Tecnica-01-2018-PL-7448-2017Atricon-Audicon.pdf>; Nota Técnica da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), disponível em <https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/26354-associacoes-pedem-veto-integral-aoprojeto-de-lei-que-altera-a-lei-de-introducao-as-normas-no-direito-brasileiro>;

223 SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO. Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL nº 7.448/2017. <http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/Parecer-apoio-ao-PL-7.448-17.pdf>. Acesso em 22/08/2021.

participação do órgão ou entidade na defesa das condutas do agente público, inclusive nas despesas com a defesa (§§ 2º e 3º)²²⁴.

Veremos, em uma análise mais detida dos dispositivos da Lei nº 13.655/2018, como a solução proposta pelos autores do anteprojeto foram apropriadas pelo ordenamento jurídico, em especial os que positivam uma lógica pragmatista no processo decisório público.

8.3 Influência pragmatista no Direito Público

Nesse contexto de fluidez semântica e elevada amplitude normativa, ou seja, pouca consistência e bastante insegurança jurídica, o legislador pátrio decidiu então adotar critério estreitador do espectro decisório, ao impedir o uso de valores jurídicos abstratos como elemento fundamentador da decisão sem uma prévia avaliação das consequências advindas da decisão assentada nessa base líquida.

A visão prospectiva do direito, ou seja, que direciona a investigação jurídica ao futuro, em detrimento da tradição retrospectiva da interpretação, fundada em normas editadas no passado pelos órgãos constituídos, seja a lei formal, pelo parlamento, ou os precedentes, pelos órgãos judiciais, caracteriza uma visão pragmatista do sistema jurídico, que dialoga com a corrente filosófica pragmática, original dos fins do século XIX nos Estados Unidos da América. Tem suas bases assentadas pelos filósofos Charles Sanders Peirce, William James e John Dewey, cujo pensamento é retomado, em algum nível, por uma corrente “neopragmatista”, de fins do século passado, que tem em Richard Rorty seu maior expoente.

O pragmatismo buscava uma filosofia sem fundamentos ontológicos apriorísticos, sendo a realidade identificada como o conjunto da experiência subjetiva²²⁵. Abandona-se assim a metafísica e uma filosofia descolada da realidade, da experiência prática, cortando os laços com a influência platônica de longa data. Rejeita-se a confiança em um método de investigação que tem base em um apelo a faculdades racionais que se voltam a captar verdades profundas sobre ética, política e ciência, que não acredita no empiricismo como alternativa²²⁶. Com um olhar voltado à prática cotidiana, onde as pessoas precisam

224 Além do art. 25, foram vetados o parágrafo único do art. 23; o inciso II do § 1º do art. 26; o § 2º do art. 26; os §§ 1º, 2º e 3º do art. 28; e o § 2º do art. 29. Veto nº 15/2018, da Presidência da República. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7725430&ts=1594381637426&disposition=inline>.

225 STRECK, Lênio Luiz. Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte, Letramento, 2017, p. 30.

226 POSNER, Richard. Direito, Pragmatismo e Democracia. São Paulo, Editora Forense, 2010, p. 24.

encarar e dominar a realidade, se convida a uma renúncia à certeza da pura teoria para o enfrentamento do mundo contingente, à tentativa de estabilizar o hiato entre o mais alto e o mais baixo²²⁷.

Ghiraldelli explica que a ideia inicial do pragmatismo era uma eliminação dos dualismos que caracterizam a metafísica, realidade a aparência, corpo e mente, sujeito e objeto, fazendo uso da noção de experiência²²⁸. Interessava aos pragmatistas não avaliar a verdade em determinada proposição, se há alguma correspondência exata entre determinado enunciado e o mundo, mas os procedimentos por meio de quais se procederia a essa avaliação. A mutabilidade das práticas sociais nos demandaria constante reavaliação e ressignificação das experiências sociais, dos enunciados, dos comportamentos²²⁹. Pogrebinschi conceitua pragmatismo como uma teoria que nos permite tanto a compreensão de antigas teorias como a elaboração de novas, um meio de dar sentido à realidade e à ação através da teoria²³⁰.

Pogrebinschi identifica três elementos comuns às diferentes vertentes pragmatistas: o antifundacionalismo, o contextualismo e o consequencialismo. O antifundacionalismo representa a aversão do pragmatismo aos elementos metafísicos da filosofia tradicional, às verdades eternas, aos valores apriorísticos. Valorizam a experiência, o real em detrimento do transcendental, o contingente sobre o universal. Trata-se de uma negação que o pensamento seja passível de uma fundação estática, perpétua, imutável, uma recusa à certeza quanto à verdade e a realidade dos tradicionais conceitos filosóficos²³¹.

O contextualismo representa a importância que é dada aos fatores sociais, culturais, à experiência cotidiana. A investigação está no cerne do conceito do contextualismo pragmatista, associando-se à ênfase nos fatos (experimentalismo, baseando-se na experiência e no que se deduz dos fatos), à relevância da concretude e do social, ao papel da comunidade e à ideia de adaptação²³². Dialoga com a crítica antimetafísica à filosofia tradicional, o antifundacionalismo, ao valorizar o contingente em detrimento do imutável. A predisposição à

227 HABERMAS, Jürgen. *Era das Transições*. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 2003, p. 178.

228 GHIRALDELLI, Paulo. *O que é pragmatismo*, 1ª ed. *ebook*. São Paulo, Brasiliense, 2017, p. 9

229 *Ibidem*, 11.

230 POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo: teoria social e política*. Rio de Janeiro, Relume Dumará, 2005, p. 15.

231 POGREBINSCHI, op. cit., p. 26.

232 POGREBINSCHI, Thamy. *Será o neopragmatismo pragmatista? Interpelando Richard Rorty*. Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (CEBRAP), *Revista Novos Estudos*, nº 74, Março/2006. Disponível em <https://www.scielo.br/j/nec/a/KxHW9SQpgTyTHpq9r8s5zyj/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em 19/08/2021.

adaptação e o descolamento de verdades eternas dota o pragmatismo de uma teoria de inegável pluralismo e uma capacidade de se harmonizar com formas distintas de pensamento²³³.

O consequencialismo pragmatista direciona a investigação filosófica ao futuro, segundo a noção de que a verdade se obtém a partir das consequências que podem decorrer de determinado enunciado. Como a experiência está em constante redefinição, a partir dos novos fatos que redesenham a realidade e modificam as crenças, a verdade não se cristaliza, está o tempo todo sob investigação, em um processo contínuo e interminável. A filosofia então, em vez de prover verdades incontestes explicadoras do mundo, passa a ter uma razão instrumental, assim como a ciência, provendo ferramentas para que se busque, com um olhar prospectivo sobre as consequências, significar a realidade. A referência ao passado não é um dever para a filosofia pragmática, sendo feita apenas quando for metodologicamente interessante ao próprio estabelecimento do futuro²³⁴.

As correntes pragmatistas no campo do direito, ainda que seja clara a influência da corrente filosófica clássica, como a descrença nos valores sólidos e unívocos que envolvem a concepção mistificadora da decisão judicial, não são plenamente correspondentes. O ex-juiz federal norte-americano Richard Posner, maior expoente do pragmatismo jurídico, fala de uma atitude pragmática (*pragmatism mood*), um pragmatismo cotidiano. Uma atitude mental denotada a partir do sentido popular da palavra pragmático, desprezando a teoria abstrata e a pretensão intelectual²³⁵. Em suma, o pragmatista cotidiano usa o senso comum para resolver problemas, enquanto o filósofo pragmatista explica porque este é um procedimento sensato²³⁶.

Uma visão pragmática, assim, se incorpora à interpretação do direito público nacional de forma imperativa, dado o valor consequencialista que identificamos no dispositivo. A investigação do sentido normativo empreendida pelo intérprete, diante de normas primárias de baixa densidade, as quais naturalmente possibilitam uma pluralidade semântica *a priori*, não pode prescindir de considerar os efeitos decorrentes de cada um dos sentidos plausíveis para escolher, dentre eles, aquele que melhor realiza a proteção dos bens jurídicos consagrados pela ordem constitucional. Esse giro consequencialista, com uma certa

233 POGREBINSCHI, Thamy. Pragmatismo: teoria social e política. Rio de Janeiro, Relume Dumará, 2005, p. 15.

234 Ibidem, p. 38.

235 POSNER, op. cit., p. 38.

236 Ibidem, p. 40.

compreensão instrumental das normas jurídicas, colide com uma visão hermenêutica neoconstitucionalista que se desenvolve no Brasil com a Constituição de 1988, que reaproxima o direito da moral e o preenche de conteúdo metafísico, portador de ideais de justiça.

Todavia, a consideração das consequências no âmbito da decisão, por mais relevância que tenha recebido com a edição da Lei nº 13.655/2018, não pode ser compreendida como algo plenamente inovador no âmbito do direito. Aliás, não seria desprovido de certo empirismo afirmar que o conteúdo normativo dos dispositivos da nova lei já possuem espaço, em maior ou menor medida, no nosso ordenamento jurídico. Nobre Júnior, concordando com a compreensão de que não há grandes novidades com a edição da Lei nº 13.655/2018, afirma que o mérito do da nova lei reside na insistência do legislador por imprimir uma cultura aos órgãos de controle que permita um desenvolvimento ágil da Administração na realização do interesse público²³⁷. Barroso defende, ainda em 2005 que, nas decisões proferidas em casos difíceis, que são os que comportam mais de uma solução possível e razoável, mediante processo de ponderação para solução de conflitos normativos, o intérprete deverá, visando assegurar a legitimidade e a racionalidade da interpretação, levar em consideração as consequências práticas que sua decisão produzirá no mundo dos fatos²³⁸.

Com o consequencialismo positivado na LINDB, tem-se um processo decisório que incorpora também elementos do porvir, introduzindo um viés prospectivo à atuação da instância decisória. Quebra-se o paradigma temporal da orientação interpretativa vinculada ao passado, se assim podemos caracterizar a produção jurídica tradicional, ou a mais comum e abundante, para dar relevância normativa aos resultados que advirão da decisão, passando o futuro a ganhar legitimidade como fundamento decisório.

A lógica consequencialista tem o condão de quebrar, ou ao menos incomodar, os parâmetros decisórios tradicionais do mundo jurídico, assentados em sua maioria em uma análise retrospectiva. Fernando Leal levanta que, mesmo sendo controversa a existência de uma maneira jurídica típica de pensar o direito, o que há de comum a respeito dos parâmetros normativos de decisão é o fato de instarem advogados, juízes, pesquisadores e demais atores

237 NOBRE JÚNIOR, op. cit., p. 34.

238 BARROSO, Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Revista de Direito Administrativo, nº 240. Rio de Janeiro, 2005, Disponível em http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf. Acesso em 22/10/2020.

jurídicos a buscarem algum elemento autoritativo preexistente à tomada de decisão como justificativa para a imposição de cursos de ação definidos no presente, quando se avalia a situação sob olhar juridicizante²³⁹. A lei, a doutrina, a jurisprudência, são todas produzidas no passado.

8.3.1 O consequencialismo no art. 20 da LINDB

O art. 20 da LINDB, introduzido pelo novel diploma supracitado, estabelece que *nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão*. A lei obriga então que todos os atores envolvidos com a interpretação e aplicação do direito, independentemente de se situarem na execução de políticas públicas, ou em seu controle, de cunho administrativo ou judicial, tragam ao bojo do processo as alternativas decisórias e os respectivos efeitos esperados. A consequência passa a ser não apenas um efeito futuro que não interessa ao órgão decisor, integrando necessariamente a fundamentação do ato. Traz-se um comando claro no sentido de impedir que o intérprete e aplicador do direito, quando diante de fatos que implicam a incidência de norma extraída de valores jurídicos abstratos, deixe de avaliar as consequências práticas atreladas a ela. A *ratio* do art. 20 da LINDB, conforme Marques Neto e Freitas, é a de interditar a utilização indiscriminada de abstrações nas razões de decidir²⁴⁰. Optou por um filtro pragmático, ou consequencialista, reforçando o aspecto instrumental do direito que compreendemos com o que dita supracitado quinto artigo da antiga Lei de Introdução ao Código Civil.

A norma extraída do dispositivo e sua conexão com outras normas já amplamente reconhecidas no ordenamento fica ainda mais clara se somada a que se depreende do parágrafo único do mesmo artigo: *a motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas*. Visualiza-se, pois, além da inserção das consequências na razão de decidir cuja norma seja extraída de valor jurídico abstrato, a necessidade de se ponderar, sob o prisma da proporcionalidade, se as medidas determinadas conduzem de fato aos resultados pretendidos e se são suficientes para atingi-los.

239 LEAL, Fernando. Consequencialismo, racionalidade e decisão jurídica: o que a teoria da decisão e a teoria dos jogos podem oferecer? In PINHEIRO, Armando Castelar *et al* (org). Direito e Economia: diálogos. Rio de Janeiro, FGV Editora, 2019, p. 86.

240 MARQUES NETO, e FREITAS, op. cit., p. 21.

Consoante o magistério de Gilmar Mendes, o subprincípio da adequação, mencionado no enunciado, exige que as medidas interventivas adotadas se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos. Do subprincípio da necessidade, também explicitado, decorre que não se vislumbra nenhum meio menos gravoso para o indivíduo que se revela eficaz na consecução dos mesmos objetivos²⁴¹.

A doutrina reforça a conexão entre a decisão baseada em consequências e o princípio da proporcionalidade. Para Marçal Justen Filho, o art. 20 limita-se a exigir que sejam levadas em consideração as consequências práticas da decisão adotada, permitindo inclusive que seja aferida a proporcionalidade do ato decisório, em suas três acepções²⁴². Para Rafael Maffini, há uma ampliação do ônus argumentativo das decisões, prestigiando-se o princípio da motivação, destacando ainda que, para além de ressaltar o dever de motivação, o dispositivo evidencia o dever de observância ao princípio da proporcionalidade²⁴³. Philip Gil França cita a aplicação concreta do princípio da proporcionalidade como um bom exemplo da relevância de uma aplicação consequencialista responsável do Direito Administrativo²⁴⁴.

A conexão do dispositivo com o racional jurídico do princípio da proporcionalidade é uma evidência de que a consideração dos efeitos da decisão não é algo inédito no nosso ordenamento jurídico, sobretudo na seara da hermenêutica constitucional, o que concorre para diminuir a pertinência de críticas que pesam contra o dispositivo e o viés consequencialista no direito, sendo possível, pois, uma concertação de visões aparentemente contraditórias. Como deixar de considerar as consequências para avaliar determinada decisão sob o prisma de princípios como a proporcionalidade?

Se o sistema jurídico impõe o dever de observância a tal princípio, como requisito necessário para a validade de determinada norma, conforme prescreve o art. 8º do Código de Processo Civil e o art. 2º da Lei Federal do Processo Administrativo, como verificar **a adequação** – nexos de causalidade entre a norma e a produção dos efeitos esperados, **a necessidade** – se os mesmos efeitos pretendidos podem ser obtidos a partir de medida menos gravosa aos direitos envolvidos, ou mesmo **a proporcionalidade em sentido estrito** – se o grau de intervenção é suficiente para a proteção do direito em apreço - de

241 MENDES, Gilmar Ferreira. op. cit., p. 333.

242 JUSTEN FILHO, Marçal. op. cit., p. 38.

243 DUQUE, Marcelo Schenk e RAMOS, Rafael. Segurança Jurídica na aplicação do Direito Público, 1ª Ed, Editora Jus Podium, Salvador, 2019, p. 53.

244 FRANÇA, Philip Gil. Ato Administrativo e Interesse Público: gestão pública, controle judicial e consequencialismo administrativo, 3ª ed. rev., atual., e ampl. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 132.

qualquer norma sem considerar os efeitos dela juridicamente exigidos? Adequação e necessidade, como vimos, são requisitos demandados pelo próprio direito positivo ao órgão decisor, quando da motivação dos atos, consoante parágrafo único do art. 20. Uma decisão proporcional assim se qualifica a partir de uma avaliação de seus efeitos, não sendo possível extrair tal adjetivo a partir de considerações apriorísticas.

8.3.2 Críticas dos Órgãos de Controle ao então PL nº 7.448/2017

As críticas direcionadas a lei, quando ainda não vencido inteiramente o processo legislativo, parece não reconhecer a consonância de seus dispositivos com a ordem jurídica então vigente, elencando problemas de ordem prática e valorativa. O parecerista do TCU Odilon Cavallari critica o dispositivo por atribuir certo ônus ao órgão decisor na consideração das consequências, entendendo que não caberia ao julgador conhecer a realidade para além do que se verifica nos autos. Contesta uma certa inversão do ônus da prova, originalmente atribuído ao gestor público, em decorrência do dever de prestação de contas previsto no parágrafo único do art. 70 da Constituição. Refuta a argumentação empreendida pelos defensores do então PL 7.448/2017, que do dispositivo extraem uma preocupação legislativa quanto à qualificação da motivação dos atos públicos, em especial os fundados em bases principiológicas, a fim de agregar maior responsabilidade aos que detêm poder de decisão, baseado no fato de que o direito positivo já proveria solução para tal problema, a partir do §1º do art. 489 do Código de Processo Civil e do art. 2º da Lei de Processo Administrativo. Por fim, cita doutrina do professor Fernando Leal, que em análise crítica do PL aponta a problemática decorrente do controle das prognoses que serão realizadas, no sentido de torná-las confiáveis e evitar que se realizem meras especulações intuitivas, bem como da ausência de critério claro de valoração das consequências que serão identificadas²⁴⁵.

A Nota Conjunta nº 01/2018, do Ministério Público Federal, por sua vez, entende que o dispositivo nega a possibilidade de prolação de decisão com base em princípios, desconsiderando a “densidade normativa” dessa fonte do direito. Entende também que há

245 TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Processo TC-012.028/2018-5. Parecer sobre o PL 7448/2017, p. 17. Disponível em <https://cdn.oantagonista.net/uploads/2018/04/PL-7448-2017-Inteiro-teor-Altera-LINDB-Parecer-Conjur-2018-04-20.pdf>.

transferência de ônus ao julgador, entendendo como atividade exclusiva do gestor público a ponderação de consequências²⁴⁶.

Já a petição inicial da Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 6146, tendo como parte autora a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho - ANAMATRA, impugna-se a norma em comento por exigir um certo “juízo de futurologia” ao juiz, o que o tornaria, mais uma vez, consultor ou parecerista da Administração, abandonando sua função de julgador e violando o princípio da separação dos poderes. Defende que ao juiz não cabe uma leitura processual para além dos autos, demandando à Suprema Corte minimamente uma interpretação constitucional conforme o princípio do contraditório, deixando para as partes a tarefa de enumerar e quantificar as consequências possíveis. Reforça que o § 1º do art. 489 do Código de Processo Civil já positivou critérios mínimos para validade da decisão judicial²⁴⁷.

Alguns dos apontamentos realizados pelos documentos acima referenciados ajudam a elucidar alguns problemas decorrentes da absorção de valores pragmatistas no sistema jurídico e merecerão análise detida nesta pesquisa. Outros, apresentaremos desde já nossa discordância.

Quanto à problemática de inversão do ônus, ou de transferência de responsabilidades ao gestor público, a crítica parece confirmar o diagnóstico empreendido pelos juristas idealizadores do projeto, da ausência de responsabilidade das diversas instituições destinadas ao controle para a concretização do interesse público. Decerto que o sistema jurídico e sua lógica de divisão de poderes presentes na Constituição permite verificarmos o desdobramento dos deveres públicos em funções, exercidas precipuamente por cada um dos órgãos representantes dos poderes constituídos. Não parece ter assento no ordenamento, todavia, entendimento que a distribuição de competências resulta em objetivos distintos a serem perseguidos, ou, em outras palavras, que o interesse público a ser perseguido pelo exercício da função administrativa não seja correspondente ao que persegue a função legislativa ou judicial.

Os objetivos estabelecidos na Constituição obriga igualmente a todos cujos poderes são dela hauridos, não se podendo falar em poder sem conectá-lo a algum dever.

246 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Nota Conjunta nº 01/2018. Disponível em http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/Oficio_NotaTecnica_130418_PGR00192069_2018.pdf.

247 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 6146. Petição Inicial. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749929507&prcID=5702503#>.

Rememoremos o art. 5º da própria LINDB, presente desde a redação original do diploma, que demanda do juiz o atendimento aos fins sociais da lei. Carlos Maximiliano, décadas antes da Lei nº 13.655/2018:

Não pode o Direito isolar-se do ambiente em que vigora, deixar de atender às outras manifestações da vida social e econômica; e esta não há de corresponder imutavelmente às regras formuladas pelos legisladores. Se as normas positivas se não alteram à proporção que evolve a coletividade, consciente ou inconscientemente a magistratura adapta o texto preciso às condições emergentes, imprevistas. A jurisprudência constitui, ela própria, um fator de processo de desenvolvimento geral; por isso a Hermenêutica se não pode furtar à influência do *meio* no sentido estrito e na acepção lata; atende às consequências de determinada exegese; quanto possível a evita, se vai causar dano, econômico ou moral, à comunidade. O intuito de imprimir efetividade jurídica às aspirações, tendências e necessidades da vida de relação constitui um caminho mais seguro para atingir a interpretação correta do que o tradicional apego às palavras, o sistema silogístico de exegese²⁴⁸.

Se reconhecemos que, à luz da normatividade da Constituição, não cabe mais uma Administração Pública que apenas realiza subsunções formais, mas que atua visando modificar a realidade a partir de diretrizes constitucionais, como entender que tal dever se adstringe ao exercício da função administrativa? Que os resultados dos atos pouco interessam aos órgãos de controle? Não se sustenta, pois, a defesa de uma leitura do sistema jurídico que se pretenda autônomo com a convivência de diferentes prismas interpretativos que conduzam a diferentes resultados normativos.

Ainda, vale mencionar que as regras presentes na Lei nº 13.655/2018 também se dirigem ao gestor público, elevando a sua responsabilidade quanto à conformação dos atos administrativos e possibilitando maior escrutínio dos órgãos controladores, seja pela invalidade dos motivos que dão ensejo ao ato, necessariamente evidenciados no processo administrativo, seja pela antijurídica omissão do gestor em clarificar nos autos o percurso racional utilizado para concretização da norma abstrata.

E pleitear a restrição aos autos, ou simplesmente ao que for trazido pelas partes para avaliação de um ato jurídico, não se coaduna com a busca pela verdade material que deve permear o processo administrativo. O próprio Tribunal de Contas se pronuncia reiteradamente no sentido de que a decisão dos seus membros não está adstrita aos elementos trazidos pelas

248 MAXIMILIANO, op. cit., p. 128.

partes. Nesse sentido, mencionemos o Acórdão TCU nº 2.307/2018, no qual a corte se manifestou no sentido de conferir ao relator que preside a instrução do processo, a possibilidade de contrariar toda ou qualquer das manifestações técnicas contidas no processo para formação do seu livre convencimento e busca da verdade material²⁴⁹. No âmbito do processo civil, citemos a doutrina de Humberto Teodoro Júnior, para o qual o compromisso com uma ampla busca da verdade real, mesmo que inatingível, deve ser o farol, na busca pela superação das deficiências do sistema procedimental, sendo o espírito de servir à causa da verdade a baliza do juiz contemporâneo para trazer ao processo garantias fundamentais do Estado Democrático e Social de Direito²⁵⁰.

Impossível também corroborar com o entendimento constante da Nota Técnica do MPF que o dispositivo, de alguma forma, veda a decisão com base em princípios, negando sua densidade. A Lei nº 13.655/2018, com seus dispositivos supracitados, não visa afastar do mundo jurídico a abstração de determinados valores que permeiam a produção jurídica, em especial as normas de mais alto grau hierárquico.

Fazê-lo seria, sob um ponto de vista da teoria jurídica, buscar um retorno ao positivismo legalista que preponderou ao longo das primeiras décadas do século XX. Seria propor que o conteúdo normativo é perfeitamente cognoscível a partir de uma mera operação lógica, desconsiderando a necessidade de integração sistemática e qualquer vinculação com as condicionantes do contexto. Já externamos no presente trabalho a necessidade do direito absorver a complexidade social e a multiplicidade de interesses contemplados no sistema jurídico. Não se pode pretender, a não ser sob efeito de flagrante ilusão, que a produção legislativa em uma sociedade plural e democrática seja suficiente para garantir hipóteses normativas que comportem de forma abrangente todos os fatos que interessam ao direito, nem aqueles contemporâneos à edição do diploma legal, tampouco os supervenientes.

Na ordem vigente da Constituição de 1988, os princípios possuem imperatividade, como espécie de norma jurídica. A densidade, é atributo de toda norma, sendo característica dos princípios uma baixa densidade, uma maior fluidez, que transfere a construção do seu sentido normativo para o momento da concretização. O dispositivo da

249 TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão nº 2.307/2018 – Plenário. Rel. Min. Ana Arraes. Processo 015.601/2009-0. Data da Sessão 02/10/2018. Disponível em <https://bit.ly/3Dt5qeV>. Acesso em 23/08/2021.

250 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Prova - princípio da verdade real - poderes do juiz - ônus da prova e sua eventual inversão - provas ilícitas - prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (dna), p. 7. Disponível em <https://www.direitodefamilia.adv.br/2020/wp-content/uploads/2020/07/prova.pdf>. Acesso em 26/08/2021.

LINDB, contrariamente ao que afirma o MPF, considera a juridicidade dos princípios, ao reafirmar a possibilidade de decisão com base em valores abstratos. Cria uma regra de interpretação, uma metanorma, uma regra de “sobredireito”, apenas para determinar como necessária a avaliação de alternativas possíveis a partir de suas consequências quando da incidência de uma norma principiológica sobre fato jurídico, afastando métodos hermenêuticos meramente teóricos e desconexos com a realidade juridicamente conformada.

No mesmo sentido, a AGU defende em petição juntada à ADI 6146 que a norma em foco, de forma alguma, proíbe a decisão que se baseie em “valores jurídicos abstratos”, preceituando apenas que, quando amparadas em tais valores, sejam consideradas as consequências práticas da decisão²⁵¹. Oliveira, em artigo que antecede até mesmo a própria apresentação do PLS 359/2015, avaliou que adotar uma interpretação pragmatista, comprometida com o contexto e considerando as consequências, não significa abandonar os valores consagrados na Constituição. As consequências, inclusive, podem ser utilizadas como critérios justificadores para que se estabeleça a prevalência de determinado valor quando perante princípios colidentes em determinado caso concreto²⁵². Veja que a adoção do consequencialismo sequer significa eliminar *ex ante* a ponderação de valores à luz da metodologia alexyana.

Em outra via, destacamos, aqui, os apontamentos do TCU a partir da doutrina do Professor Fernando Leal, quando aos critérios de verificação do conteúdo prognóstico que constarão das decisões públicas, dado que nem sempre informações suficientes estarão acessíveis aos julgadores, em todas as esferas, tampouco ferramentas metodológicas aptas a promover uma análise descritiva que ao menos elevem a probabilidade de se antecipar o resultado de determinado conteúdo normativo. Schuartz avalia a presente problemática:

Contudo, em um ambiente institucional caracterizado por enorme escassez de pessoal tecnicamente treinado, informações pertinentes e bancos de dados prontamente disponíveis; por significativas assimetrias de recursos para fins de litigância e amplos espaços para o uso estratégico de informações privadas e de direitos processuais; e, enfim, por uma agenda de trabalho que coloca sérias restrições materiais e temporais aos esforços de solução de casos mais complexos

251 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 6146. Advocacia Geral da União, p. 11. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753242808&prcID=5702503#>. Acesso em 23/08/2021.

252 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A releitura do Direito Administrativo à luz do pragmatismo jurídico. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 256, jan/abr 2011, p. 158.

pelos julgadores, não há como afastar a hipótese de que seriam – ao menos no Brasil - de natureza *estrutural* os obstáculos à submissão dos processos reais de decisão no âmbito do Poder Judiciário aos mesmos padrões de racionalidade a partir dos quais são avaliadas as demais tentativas de intervenção social numa sociedade moderna²⁵³.

Ainda apoiado na doutrina de Leal, mencionemos a omissão da lei no que tange à eleição do critério valorativo para eleger qual das consequências promoverá melhor o interesse público. Em outro artigo, elaborado em conjunto com Diego Arguelhes, o Lal elucida que o processo pragmático de decisão jurídica é realizado em duas etapas, sendo na primeira delas realizada, em uma dimensão descritiva, a individualização das alternativas decisórias e as consequências associáveis a cada uma delas, e na segunda, em uma dimensão normativa ou valorativa, realizada a ordenação dos pares por um critério de preferência²⁵⁴. Na mesma linha, Schuartz fala de uma estrutura dual, com um componente descritivo e um normativo, estando cada um deles sujeito a diferentes condições de racionalidade que definem conjuntamente os critérios de adequação do juízo como um todo²⁵⁵.

Fica evidente que a Lei nº 13.655/2018 determina a realização da primeira etapa, silente todavia em relação à segunda. Essa valoração, inclusive, pode, ou deve, se dar a partir dos próprios princípios que compõem o núcleo normativo da Constituição Federal²⁵⁶. Mais especificamente ainda, aquele cuja carga valorativa prevaleça no caso concreto. Assim, considerando que existem múltiplos critérios aptos a identificar o melhor estado de coisas, uma teoria pragmática da decisão é compatível com diversas preferências normativas²⁵⁷, sendo possível extrair do dispositivo interpretação que compreenda valores políticos ou morais presentes na Constituição na concretização de valores abstratos, o que implica na compatibilização de um consequencialismo pragmatista com certo fundacionalismo constitucional.

A estrutura do enunciado acompanha a leitura doutrinária de Schuartz, para quem o juízo consequencialista se restringe à dimensão descritiva da decisão, sendo aplicável aos critérios normativos, no máximo, a consistência interna dos critérios valorativos e,

253 SCHUARTZ, Luiz Fernando. op. cit., p. 136.

254 LEAL, Fernando e ARGUELHES, Diego Werneck. Pragmatismo como (Meta) Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, estratégias e implicações in SARMENTO, Daniel (Coord.). Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, p. 190.

255 SCHUARTZ, op. cit., p. 133.

256 OLIVEIRA, op. cit., p. 6.

257 LEAL, e ARGUELHES, op. cit., p. 192.

dependendo das circunstâncias, a sua compatibilização externa com normas e práticas aceitas como devidas pelos integrantes de uma comunidade jurídica particular²⁵⁸. Diante da constatação dessa estrutura dual descritivo-normativa, supera-se ou mitiga-se, também, as críticas voltadas à compreensão do consequencialismo como uma demarcação de uma visão utilitarista maximizadora no direito nacional, já que o critério valorativo que elencará as consequências em uma ordem de prioridades não necessariamente será o econômico.

Um outro ponto que tomará nossa atenção se refere não a um mal compreendido favorecimento ao gestor, mas uma questão que decorre das capacidades institucionais de se promover o levantamento e a análise de informações pertinentes à tomada de decisão. O exercício da “futuurologia”, como resolveu denominar a ANAMATRA no âmbito da ADI 6146. A problemática do arco abrangente de consequências possíveis e a falta de razoabilidade de não se estabelecer um marco delimitador já foi observada durante o processo legislativo, com a emenda proposta pelo Senador Benedito de Lira, ao incluir no art. 21 a expressão jurídicas e administrativas à redação do *caput* do art. 21²⁵⁹.

Em muitos casos, decerto que os órgãos de controle não disporão das mesmas ferramentas que o gestor público detém para promover uma adequada análise descritiva da realidade fática. Eventualmente, tal disparidade pode ser reduzida a partir da utilização de ferramentas processuais como o auxílio de peritos, ou mesmo com a produção de prova técnica simplificada, nos termos do § 2º do art. 464 do Código de Processo Civil, que contribuirão para redução da margem de erro decisória atinente aos casos mais complexos.

Todavia, os custos inerentes ao uso de tais recursos, sejam financeiros, ou mesmo de tempo, concorrerão para um processo ineficiente e custoso para todas as partes envolvidas. As regras jurídicas possuem, inclusive, o condão de reduzir a complexidade inerente à sociedade para racionalizar expectativas e possibilitar à atuação e planejamento juridicamente orientados pelo cidadão. Nas palavras já mencionadas de Ávila, eliminam problemas de coordenação, cognoscibilidade, custos e controle de poder²⁶⁰. Ainda com fulcro no mesmo autor, por vezes o legislador pode deixar para o aplicador a ponderação do conflito entre razões e eleger o meio mais adequado para solucioná-lo. Em outras, todavia, poderá ele mesmo já efetuar previamente essa ponderação e solucionar o conflito por meio de uma regra.

258 SCHUARTZ, op. cit. . p. 132.

259 SENADO FEDERAL. Emenda Modificativa ao PLS 349/2015, de autoria do Senador Benedito Lira. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5199856&ts=1593913218694&disposition=inline>.

260 *Ibidem*, p. 4.

Nesse caso, não poderia estar o julgador livre para escolher os meios de atingimento das finalidades constitucionais quando o legislador já o fez²⁶¹.

Não se olvide, porém, que se faz impossível conceber uma postura formalista extremada, a ponto de se verificar a determinação do sentido da norma, não sua determinabilidade, constatada a vagueza linguística presente na estrutura do enunciado normativo, como alertam Arguelhes e Leal²⁶², em especial na presença dos conceitos jurídicos indeterminados, ou mesmo com a demanda por uma leitura sistemática ou à luz da Constituição Federal. Tal constatação não impede que, verificada a maior densidade normativa da norma jurídica, o decisor opte por uma maior nível de formalismo, ou seja, de adesão aos precedentes, legais ou jurisprudenciais, visando à manutenção da integridade sistêmica e privilegiando a segurança jurídica. Assim, constatamos que uma orientação finalística consequencialista da aplicação do direito que despreze os efeitos da decisão para além das partes envolvidas no caso em apreço nem sempre proverá um resultado material ou processual mais eficiente, dado que, para tanto, há custos inerentes para obtenção de informações e de desenvolvimento da capacidade institucional que podem suplantar os benefícios obtidos com a realização do próprio interesse jurídico.

Aqui vale a pena mencionar a diferenciação que Posner faz entre o consequencialismo e o pragmatismo jurídico. Para este último, existe uma preocupação com as consequências sistêmicas da decisão (*systemic consequences*), para além das consequências imediatas para as partes envolvidas (*case-specific consequences*). Não se adotaria, portanto, uma perspectiva reducionista do consequencialismo como uma teoria ética normativa. Não olhar para as consequências, em determinado caso - consequencialismo de atos, pode ser em si uma visão consequencialista -consequencialismo de regras. Demanda-se do julgador que avalie os impactos de sua decisão em todo o sistema jurídico. A norma de decisão tem influência decisiva na conformação dos atos jurídicos subsequentes a ela, tanto para o próprio decisor, que não pode deixar de observá-la nos casos análogos subsequentes, como para o próprio cidadão que adequar o seu agir ao direito.

Importante ressaltar que o comando inserto no art. 20 da LINDB não obriga a autoridade competente a decidir ou optar pelo caminho cujas consequências lhe pareçam mais adequadas ou satisfatórias aos fins preconizados pelo direito em detrimento das demais regras

261 ÁVILA, Humberto. Teoria da Segurança Jurídica, 5ª Ed. rev., atual., e ampl., São Paulo, Malheiros Editores, 2019, p. 619.

262 LEAL, e ARGUELHES, op. cit. p. 205.

e premissas que orientam o sistema jurídico. Não se deve depreender do dispositivo a imposição de uma prevalência do paradigma consequencialista sobre a legalidade (em sentido estrito), mas sim uma necessária ponderação dos efeitos reais da decisão no momento de concretização das normas jurídicas²⁶³. Tal posição coadunar-se-ia com o que Schuartz chama de um consequencialismo festivo, que despreza o modo convencional de solução de problemas jurídicos, uma apropriação superficial e seletiva do ferramental da análise econômica do direito²⁶⁴.

É diante de tais constatações que nos parece acertada a escolha do legislador pela exigência de consideração das consequências apenas para decisões fulcradas em valores abstratos. Enunciados normativos com maior densidade, o que em geral se verifica nas regras, demandam um menor esforço para identificação da hipótese normativa dos fatos geradores, além de conterem explicitamente as consequências jurídicas cabíveis. Com tal restrição, podemos verificar certa preocupação do legislador com a manutenção da consistência do sistema jurídico. Conforme Didier e Oliveira:

Se a regra contém, necessariamente, a descrição das consequências jurídicas vinculadas àquele fato, não há razão para se exigir do juiz que considere as consequências práticas de optar entre este ou aquele sentido no momento de interpretar o texto normativo: a consequência possível é aquela descrita na própria regra, de modo que a atividade do juiz é identificar se houve, ou não, subsunção dos fatos à norma²⁶⁵.

Demandar tal avaliação em toda e qualquer interpretação normativa, além de elevar o risco de insegurança jurídica, contrariando o próprio racional envolvido com a produção da norma, concorreria para redução da eficiência, pela elevação de tempo e custos na solução de contendas envolvendo a Administração. E para o descumprimento da própria constituição que arrola como garantia fundamental a duração razoável do processo.

Retomemos Ávila e seu alerta para a inconstitucionalidade da desconsideração das consequências abstratamente previstas pelo legislador, por meio de uma escolha arbitrária

263 NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. op. cit, p. 55.

264 SCHUARTZ, op. cit., p. 152.

265 DIDIER, Fredie Souza e OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 19 - n. 75, janeiro/março – 2019, p. 147. Disponível em <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1068>. Acesso em 19/01/2021.

na qual as consequências externas ao ordenamento sejam tomadas como elemento exclusivo ou preponderante da decisão²⁶⁶. Há uma necessária ponderação que deve ser realizada, no âmbito de um processo decisório de segunda ordem, quanto aos custos decorrentes da obtenção de informações que vão subsidiar uma decisão com base em consequências, preponderantemente descritiva, bem como quanto aos custos de erro, considerando a inexorável probabilidade de equívoco na avaliação do decisor. Assim, optar por um caminho formalista, nesse caso, não deixa de ser considerada uma decisão pragmática.

Não se afasta aqui a possibilidade de imprecisão semântica das regras, que podem conter valores jurídicos abstratos e, dessa forma, se enquadrar no postulado hermenêutico contido no dispositivo. Mencione-se a discordância de Didier e Oliveira, os quais entendem afastada a aplicabilidade do dispositivo aos princípios normativos de baixa densidade. Para concluir dessa forma, fazem uso de um raciocínio consequencialista de segunda ordem, ao avaliar a finalidade do próprio art. 20, entendendo que as regras dispostas no CPC/2015 já seriam suficientes para impedir a fundamentação das decisões restritas ao uso de conceitos vagos²⁶⁷.

Permitir a continuidade de decisões administrativas, de controle e judiciais com base em normas fluidas, sem a devida motivação, a qual deve conter a racionalização do processo decisório, é abrir espaço para o decisionismo subjetivo que advém como consequência do uso desmedido da hermenêutica neoconstitucionalista, além de permitir a permanência de elevada insegurança jurídica no nosso sistema. Para Marques Neto e Freitas, para além de dar força normativa ao consequencialismo, o dispositivo presta homenagem à responsividade da decisão, visando impedir que os agentes públicos, sobretudo os controladores, arvoresem-se das competências da Administração Pública ou do Poder Legislativo na concretização de valores protegidos pela Lei Maior, sem assumirem os ônus que são próprios aos agentes investidos de tais funções. Ou seja, o dispositivo milita em favor da deferência à capacidade institucional da Administração Pública²⁶⁸, ou da legitimidade eleitoral do parlamento. Ramos e Duque afirmam que a Lei nº 13.655/2018 busca reforçar a responsabilidade dos órgãos jurisdicionais e administrativos no momento de interpretar e

266 ÁVILA, Humberto. Teoria da Segurança Jurídica, 5ª Ed. rev., atual., e ampl., São Paulo, Malheiros Editores, 2019, p. 621.

267 *Ibidem*, p. 148.

268 MARQUES NETO, e FREITAS, op. cit., p. 31-32.

de aplicarem normas de direito público, diminuindo espaço para a arbitrariedade e a ausência de fundamentação precisa e coerente²⁶⁹.

Sundfeld, ao lembrar a tendência de ampliação da ordem jurídica, que deixou de proteger apenas direitos específicos para prever direitos em construção, defende que nem sempre a competência para solucionar problemas jurídicos deve ser do judiciário, havendo normas dirigidas ao legislador e ao administrador público, por meio de normas principiológicas. Sustenta, em suma, que não existe fundamento para a presunção absoluta da competência do Judiciário para formular soluções jurídicas específicas a partir de princípios²⁷⁰. Oliveira, citando Marques Neto, o controle pelo controle (ou com base em algum valor abstrato), acaba por afastar do compromisso sem compromisso com os seus efeitos e com a responsabilidade política que as instituições de controle devem objetivar, trazendo poderes sem qualquer responsabilidade pela ineficácia da atividade-fim da Administração²⁷¹.

Digna de nota a menção expressa ao art. 20 da LINDB realizada pelo ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux, em voto proferido enquanto relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4655, já citada na presente pesquisa no capítulo 6, ao tratarmos da eficiência do modelagem jurídica do Regime Diferenciado de Contratação. Na oportunidade, o ministro ressaltou a necessidade de se trazer à aplicação de um juízo consequencialista ao Direito Administrativo, presente no art. 20 da LINDB. Menciona ainda a necessidade da jurisdição prezar pela deferência aos demais poderes, vislumbrando maior capacidade institucional do parlamento para deliberar sobre o tema (grifo nosso):

Nessa linha, este Tribunal não pode desprezar as considerações práticas inerentes às contratações públicas e ao desenvolvimento da infraestrutura nacional, impondo ideais ineficientes, perfeccionistas e incompatíveis com as limitações orçamentárias, administrativas e técnicas próprias da atuação do Poder Público. É esta, aliás, a orientação hoje contida no art. 20, caput, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, após as alterações da Lei nº 13.655/2018, **que positiva essa vertente pragmático-consequencialista da função judicante** ao determinar que “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores

269 DUQUE, Marcelo Schenk e RAMOS, Rafael. op. cit., p. 17.

270 SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo par Céticos. 1ª Ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2014, p. 217, 219.

271 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da administração pública. In: MODESTO, Paulo (Org.). Nova organização administrativa brasileira, Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 221 *apud* OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A releitura do Direito Administrativo à luz do pragmatismo jurídico. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 256, jan/abr 2011, p. 155.

jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”.

Trata-se, em suma, de prezar, **por meio dessa perspectiva deferente e autocontida, pela vocação democrática e maior capacidade institucional do Legislador** para a realização de escolhas regulatórias macroscópicas²⁷².

8.3.3 *Motivação e elementos descritivos na decisão jurídica*

O consequencialismo da Lei nº 13.655/2018, para além da exigência de um processo interpretativo prospectivo, pode ser compreendido como um meio para se atingir uma maior racionalidade argumentativa na decisão, de se poder observar o percurso hermenêutico realizado pelo intérprete para conectar o programa normativo com os fatos sociais que receberam tratamento jurídico. Como garantir algum nível de segurança jurídica, no sentido de possibilitar uma atuação juridicamente orientada para o cidadão, tendo como premissa para tanto um mínimo de determinabilidade do conteúdo normativo dos textos legais, se não se pode nem ao menos prever a metodologia argumentativa que será utilizada pela autoridade constituída ao avaliar suas condutas sob o prisma do direito? O que outrora parecia assegurado com a mera invocação do princípio da legalidade, em um cenário de menor complexidade do direito, requer hodiernamente novos vetores para a atuação estatal normativa, impondo ao órgão decisor limites na concretização dos valores jurídicos, aumentando a previsibilidade de sua atuação.

Ávila esclarece que segurança jurídica, objetivo declarado dos idealizadores da nova LINDB, é acima de tudo controle racional da arbitrariedade argumentativa. Considerando o baixo adensamento prévio da norma, a segurança está associada à determinabilidade do conteúdo por meio da predeterminação da estrutura argumentativa pela qual as normas serão interpretadas e aplicadas. Ou seja, o conceito de segurança é argumentativo, baseado em critérios intersubjetivamente controláveis²⁷³. Reconhecido que o conteúdo da norma não é integralmente dado a priori, a ideia é possibilitar ao menos a sua determinabilidade, uma “certeza relativa” com arranjos institucionais que permitam o controle do processo argumentativo. Citando Habermas, Ávila leciona:

272 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4665 DF. Voto do Relator Min. Luiz Fux. Disponível em https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/5/8A0F409B522ACC_votoFUX.pdf. Acesso em 20/07/2021.

273 ÁVILA, Humberto. Teoria da Segurança Jurídica, 5ª Ed. rev., atual., e ampl., São Paulo, Malheiros Editores, 2019, p. 187.

Daí a certa afirmação de Habermas, no sentido de que a segurança jurídica não significa “segurança do resultado” (...), mas o esclarecimento discursivo de elementos normativos e fáticos a ser realizado por meio de um devido processo legal capaz de indicar os argumentos que conduziram à decisão. A segurança jurídica, por estar vinculada tanto a uma dimensão lógico-semântica quanto a uma dimensão pragmática do processo argumentativo de fundamentação, deve ser entendida, assim, como uma segurança jurídica processualmente dependente.²⁷⁴

E é na motivação onde se encontrarão os elementos para que se possa exercer tal controle argumentativo. A motivação do ato administrativo é demandada pela Lei nº 9.784/1999, devendo ser explícita, clara e congruente, de forma a possibilitar o exercício do contraditório pelos interessados e promover de forma consistente o princípio da transparência, que deve orientar a atividade administrativa. Tal exigência também está presente no ato decisório judicial, conforme se depreende dos elementos essenciais da sentença previstos no art. 489 da Lei nº 13.105/2015 e da própria Constituição, no art. 93, inciso IX. José Vicente de Mendonça aproxima o retrocitado dispositivo processual civil ao art. 20 da LINDB, ao entendê-los como tentativas de obrigar tomadores de decisão a melhor justificar suas decisões, limitando a invocação de padrões vagos nas fundamentações²⁷⁵.

Defende-se aqui, que o art. 20 se trata de uma regra de contenção do poder da autoridade estatal, ao estabelecer requisitos para a formação da decisão, com robustecimento da motivação ensejadora da decisão, permitindo inclusive maior sindicabilidade do ato. Assemelha-se, portanto, ao já mencionado art. 489 do Código de Processo Civil. A força normativa do dispositivo permitiria, por exemplo, invalidar determinado ato decisório que, fundado em valor jurídico abstrato, deixe de considerar as consequências práticas. Todavia, não permite contestar decisão que adotou determinado caminho diante dos juridicamente disponíveis, após a realização da atividade preditiva avaliadora das consequências.

É claro, desejável e, por que não, demandado pelo ordenamento jurídico brasileiro que as decisões do administrador público, qualificadas como ato administrativo, sejam conformadas em processo administrativo no qual fiquem evidentes as razões que

²⁷⁴ *Ibidem*, p. 273

²⁷⁵ LEAL, Fernando. *Inclinações Pragmáticas no Direito Administrativo: nova agenda, novos problemas in Transformações do Direito Administrativo: Consequencialismo e Estratégias*. Rio de Janeiro, FGV Direito Rio, 2016, p. 26. Disponível em <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/18009>. Acesso em 21/08/2021.

demandaram ação do poder público e as finalidades perseguidas pelo Estado. E que as motivações fáticas, além das jurídicas, não podendo afastar a juridicidade que deve pautar as condutas dos administradores públicos, contenham critérios e balizas produzidas pelo melhor saber disponível para determinada área de atuação, o que nos conduz para o conhecimento cientificamente orientado. Sobre a necessária abertura do direito a outras ciências para a sua aplicação prática (grifo nosso):

(...) Até porque, as limitações técnicas que o Direito possui objetivando à conformação de sua aplicação prática fazem parte da necessária confluência das ciências conhecidas com a finalidade de, **a partir de um filtro jurídico**, ganharem coerção material para determinação de condutas daqueles envolvidos pelo pacto constitucional. Isto é, para se observar a existência, validade e eficácia das normas jurídicas, há de se reconhecer a respectiva dependência diante de outras ciências (tais como, por exemplo, sociologia, antropologia, e, ao exemplo posto a economia)²⁷⁶.

Não se pode olvidar que a absorção de premissas e valores de outros subsistemas sociais não se dá apenas na interpretação e aplicação do direito, como também na própria criação, inclusive na produção legislativa. Quando tratamos de Direito Administrativo, é imperioso reconhecer que valores juridicizados como o planejamento, o orçamento, o controle, a delegação de competências e a própria eficiência foram trazidos de ciências como a Economia, a Administração, a Contabilidade e outras, que permitiram a evolução das atividades gerenciais nos campos público e privado. Ainda sobre a abertura do direito para adaptação de seus cânones à realidade social:

Quando se percebe que as ciências jurídicas não são capazes de sustentar a condição de se retroalimentar para o provimento de sua devida adequação com a realidade fática, o Direito começa a ceder espaço à formação de amálgamas com outras ciências. Captando tal evidência, observam-se reflexos substanciais atingindo a dimensão dos institutos jurídicos, o que pode repercutir, por seu turno, no remodelamento das estruturas do próprio Estado. Sob esta ótica, nos últimos anos tem-se notado a proximidade de diálogo entre o Direito Público e as Ciências Gerenciais, tonando-se recorrente o apelo à eficiência, expressão polissêmica que

276 FRANÇA, op. cit., p. 124.

tem causados embaraços à sua exata definição no Direito Administrativo, muitas vezes confundida com a visão de economicidade²⁷⁷.

Aqui não faremos quaisquer juízos de valor quanto a outras formas de produção do conhecimento, mas sim a adequação do método científico aos valores jurídicos do nosso sistema, incorporados pela Constituição Federal. É que as evidências científicas são obtidas a partir de método submetido à apreciação da comunidade científica, ao escrutínio dos pares. Permitem, pois, sua refutabilidade, a partir da transparência dos meios escolhidos para a formação de determinado conhecimento. Aditem, assim, contestação e contraprova, que permitem a modificação ou superação de determinado conhecimento produzido, ou mesmo sua confirmação.

Se assim entendemos como legítimo a adoção do conhecimento científico como baliza para atuação do administrador público, por que devemos afastá-las ou entendê-las como inexigíveis para aqueles que exercem a função de controle, seja judicial ou administrativo? É evidente a incoerência ou insustentabilidade de um sistema que permitisse mera fundamentação jurídica do órgão controlador, a despeito dos fatos sob apreciação, de forma diversa ao que se exige do gestor público. A consideração dos fatos é dever positivo que deve ser observado na concretização do direito, observado em regras processuais judiciais e administrativas.

Quanto ao valor jurídico do conhecimento científico como elemento ensejador do ato administrativo, a fim de afastar a responsabilização do gestor público pela caracterização de dolo ou erro grosseiro na deliberação sobre políticas públicas, trazemos à luz as teses firmadas pelo eminente ministro Luís Roberto Barroso, constante de seu voto no âmbito de Medida Cautelar sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6421 DF (grifo nosso):

“1. Configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde ou ao meio ambiente equilibrado, por inobservância: (i) **de normas e critérios científicos e técnicos**; ou (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. 2. **A autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como**

277 AZEVEDO, Eder Marques. O Estado Administrativo em Crise: aspectos jurídicos do planejamento no Direito Econômico. 1ª Ed. Editora D'Plácido, Belo Horizonte, 2018, p. 108.

estabelecidos por organizações e entidades médicas e sanitárias, internacional e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos”²⁷⁸

Além disso, outros parâmetros de responsabilização do gestor por equívocos cometidos poderão ser aplicados. Importante *standard* em tempos de emergência sanitária é o grau de aderência da escolha realizada em relação aos dados técnicos eventualmente disponíveis e coletados pelo administrador. Quanto menos coerente for a decisão do administrador público em relação às informações científicas a que tiver acesso, menor também deverá ser o espaço de tolerância ao cometimento de equívocos²⁷⁹.

O agente público necessita se referir não apenas a base legal sobre a qual se sustenta, como também aos fatos e circunstâncias sobre os quais se apoia²⁸⁰. É por meio da motivação que se verifica a validade dos motivos do ato e que se faz possível impugná-lo, estabelecendo-se assim a possibilidade do controle intersubjetivo das razões decisórias e, assim, a promoção da segurança jurídica. Seu conteúdo quando da decisão fundada em valores abstratos então ganha contornos positivamente estabelecidos, com a obrigatoriedade de se fazer constar da justificativa explícita o rol de opções decisórias enquadradas nos limites semânticos do enunciado normativo e as suas respectivas consequências. Reforça-se o elemento descritivo da motivação ao se exigir uma prospecção de efeitos.

A norma reforça então a ponderação de elementos descritivos no processo decisório como caminho para obtenção de maior objetividade do ato jurídico e possibilidade de maior controle intersubjetivo do conteúdo da decisão. Uma opção que contribui para constranger os agentes a uma maior contextualização interpretativa e uma maior responsabilidade com os efeitos decorrentes da decisão, consequências desejáveis para uma maior legitimidade do sistema jurídico, mas que pode trazer outros problemas visíveis. O professor Conrado Hubner, em artigo publicado na revista *Época* alertou que o “giro empírico-consequencialista” poderia gerar um certo “consequenciachismo”, o uso de palpites

278 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº 6441 MC/DF. Relator Min. Luis Roberto Barroso.

279 BINENBOJM, Gustavo e DIONÍSIO, Pedro de Hollanda. O direito ao erro do administrador público e a COVID-19 em contextos de emergência. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-abr-04/opiniao-direito-erro-administrador-publico-covid-19>. Acesso em 21/08/2021.

280 MELLO, op. cit., p. 99.

sobre causa e efeito, convicções em vez de evidências²⁸¹. Um artifício retórico para escancarar o que Leal chamou, como já acima demonstramos, de especulações intuitivas.

De fato, as informações e os métodos cientificamente adequados para lidar com elas nem sempre estarão disponíveis às instituições públicas, tampouco aos agentes públicos. Todavia, o consequencialismo da LINDB se propõe a substituir outra forma de especulação, de cunho filosófico, disseminada com o uso alargado de princípios como fontes primárias de normas de decisão. Para José Vicente Santos de Mendonça, ainda que se reconheça as fragilidades de um consequencialismo consequente, ou seja, empiricamente verificável e não “palpiteiro”, o apelo a estados da realidade, em detrimento de princípios fundados em abstrações filosóficas, o “principiachismo”, é mais facilmente contestável pois passível de falseamento²⁸². Preferíveis, pois, à luz do entendimento de Ávila, de que a segurança jurídica pode ser obtida no procedimento, a partir da possibilidade de controle intersubjetivo da racionalidade decisória.

8.3.4 Consequencialismo no Art. 21 da LINDB

O dispositivo subsequente também carrega um valor consequencialista à LINDB, ao estabelecer que *a decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas*. As consequências que, por força do art. 20, devem obrigatoriamente constar da motivação da decisão – quando fundamentadas em valores jurídicos abstratos – também devem ser necessariamente abordadas no dispositivo que estabelecer invalidação do ato sindicado.

A preocupação com os resultados da intervenção jurídica no mundo dos fatos fica ainda mais evidenciada com o que dispõe o parágrafo único: *a decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, 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*. Mais uma vez, ressalta-se a requerida observância do

281 MENDES, Conrado Hubner. Jurisprudência Impressionista. Disponível em shorturl.at/bfvR2. Acesso em 24/08/2021.

282 MENDONÇA, José Vicente Santos de. Em defesa do consequenciachismo. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/jose-vicente-santos-mendonca/em-defesa-do-consequenciachismo>. Acesso em 24/08/2021.

princípio da proporcionalidade. Não se pode entender como jurídico qualquer ato, de qualquer autoridade representando quaisquer dos poderes constituídos que, visando resguardar a ordem jurídica, protege direitos sem avaliar a extensão dos prejuízos que são causados a outros direitos salvaguardados pelo ordenamento, direta ou indiretamente pela decisão.

As críticas dirigidas ao dispositivo se assemelham as que são dirigidas ao art. 20, já que ambos possuem um teor consequencialista e de incremento da motivação dos atos. A CONJUR/TCU invoca mais uma vez chamou de exercício de futurologia por parte do órgão julgador, além de entender como responsabilidade exclusiva do administrador o apontamento das consequências da decisão no bojo dos autos do processo administrativo ou judicial. As críticas também se dirigem a textura aberta do que vem a ser consequências jurídicas e administrativas da decisão, o que, na visão do parecerista, é um paradoxo a ideia de segurança jurídica que se busca com a Lei nº 13.655/2018, dando margem para toda ordem de discussão e acarretando prejuízos à duração razoável do processo²⁸³. Para o MPF, a crítica se dirige também ao consequencialismo do dispositivo, além do uso, que consideram abundante, de termos abertos e genéricos, trazendo o intérprete para uma “teia de abstração” que a própria lei visa combater²⁸⁴. A ANAMATRA, na exordial da ADI 6146, fala de afronta ao princípio de separação de poderes, ao demandar do magistrado o exercício de função de consultoria para a Administração Pública.

Existe de fato uma abertura semântica em diversos termos da LINDB, e a leitura crítica aqui levantada tem sua razão de existir. Todavia, há algum exagero retórico quando se imputa que o uso de tais termos seria contraditório à finalidade da lei, haja vista que seus enunciados se destinam à interpretação e aplicação do direito, o que traz em si um reconhecimento de que o direito, como uma expressão linguística, é constituído por dissonâncias cognitivas e valorativas, sendo impossível entender que a norma poderia por fim a algo inerente à própria linguagem. Ou mesmo, por meio dela, tentar reduzir a complexidade inerente à sociedade pós-moderna. O que se poderia afirmar com os elementos evidenciados nesta pesquisa, mas não parece ser essa a razão que transparece das críticas aqui abordadas, é que a lei será insuficiente para conter definitivamente algum nível de voluntarismo das

283 TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Processo TC 012.028/2018-5. Parecer sobre o PL 7448/2017, em face do parecer-resposta dos autores do PL e de outros juristas, p. 21. Disponível em <https://cdn.oantagonista.net/uploads/2018/04/PL-7448-2017-Inteiro-teor-Altera-LINDB-Parecer-Conjur-2018-04-20.pdf>. Acesso em 22/08/2021.

284 Nota Técnica Conjunta nº 01/2018, p. 8. Disponível em http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/Oficio_NotaTecnica_130418_PGR00192069_2018.pdf. Acesso em 22/08/2021.

decisões, dado que os critérios para valoração das consequências não são fixados no direito positivo.

O direcionamento do direito positivo para uma interpretação consequencialista não afasta por completo o risco de contaminação do direito por outros sistemas, é importante esclarecer, sob pena de entendermos a opção do legislador pátrio como panaceia para resolução dos problemas que acima apontamos. Na verdade, é um chamado à incorporação de metodologias descritivas, não normativas, caras a outros sistemas, como os da economia, trazendo validação dessa opção ao direito positivo.

Didier e Oliveira chamam atenção para esse risco ao estímulo que o pragmatismo pode gerar no julgador, no sentido de proferir decisões que considere apenas uma utilidade contemporânea à própria decisão, desconsiderando a legislação vigente e os precedentes²⁸⁵. Sobre os limites jurídicos do pragmatismo, os mesmos autores assentam que o pragmatismo está limitado pela integridade, que assegura unidade ao direito. O julgador *não é livre* para violar normas jurídicas a fim de construir uma solução para o caso que entenda adequada. Ou seja, a decisão e suas consequências deveram necessariamente ser acolhidas pelo sistema jurídico, como um todo.

Já demonstramos, também, do porquê argumentos como o de exercício de futurologia e de lesão à separação de poderes são pertinentes para demonstrar algumas dificuldades reais que advirão da implementação de uma lógica consequencialista, mas que não podem servir de baliza para afastar a juridicidade da opção legislativa presente na LINDB. A construção do sentido a partir de enunciado normativo de conteúdo fluido, seja pela Administração ou pelo magistrado, parte das mesmas premissas que devem necessariamente serem verificadas na ordem jurídica. Os mesmos ônus que recaem sobre o gestor público devem também recair sobre os controladores e juízes, afinal todos laboram e devem atentar aos limites jurídicos da atuação estatal.

Na leitura de Sundfeld, não podemos entender que estudar com profundidade a realidade em que vão mexer, entender as características e razões da regulação anterior, identificar as alternativas regulatórias existentes, e antever custos e impactos são ônus exclusivos da regulação administrativa, devendo constar da motivação de toda nova regulação a ser instituída, com base em princípios, independentemente do poder estatal que virá a

285 DIDIER e OLIVEIRA, op. cit., p. 153.

proferi-la²⁸⁶. Aragão, sobre a inafastável comunicação do direito com outros subsistemas sociais (grifo nosso) para que seja possível o exercício eficiente do papel regulatório do Estado:

A autorreferencialidade dos subsistemas sociais não ilide, contudo, a necessidade da existência de mecanismos de comunicação entre eles: como todos fazem parte do mesmo sistema – o social –, no qual pretendem atuar e influenciar, não há como os seus objetivos parciais serem realizados sem a colaboração – acoplamento –, necessariamente parcial, com os objetivos e as lógicas dos outros subsistemas sociais. **A regulação do Estado contemporâneo só pode ser eficiente (realizável na prática) se considerar essas condicionantes, existentes nas relações entre todos os subsistemas – e o Direito não é o único, nem o mais poderoso deles –, e** que alcançam, em estado ideal, o acordo intersistêmico²⁸⁷.

A preocupação com a proporcionalidade, a eficiência e a realização de valores finalísticos é inerente a qualquer manifestação de poder estatal. Não se destinam a afastar a legalidade, mas a dotá-la de uma nova lógica que se coadune com os objetivos preconizados pelo próprio sistema jurídico, sobretudo na Constituição. Aragão disserta sobre uma nova perspectiva de legalidade, à luz de outros princípios de igual estatura constitucional:

Uma interpretação/aplicação da lei que não esteja sendo capaz de atingir concreta e materialmente os seus objetivos, não pode ser considerada como uma interpretação mais correta. Note-se que estas mudanças metodológicas evidenciam a queda do mito da interpretação como atividade meramente declaratória do que já estava na lei, da única interpretação possível, já que os resultados práticos desta ou daquela forma de aplicação da norma terão relevante papel na determinação de qual, entre as diversas interpretações plausíveis existentes, deverá ser adotada, opção que, posteriormente, pode inclusive vir a ser alterada diante da comprovada mudança dos

286 SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*, 1ª Ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2014, p. 228-229.

287 ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Ensaio de uma Visão Autopoiética do Direito Administrativo *in* LEAL, Fernando e MENDONÇA, José Vicente Santos de (org.). *Transformações do Direito Administrativo: Consequencialismo e Estratégias*. Rio de Janeiro, FGV Direito Rio, 2016, p. 56-57. Disponível em <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/18009>. Acesso em 19/01/2021.

dados da realidade, que devam ser acompanhados de uma nova estratégia regulatória²⁸⁸.

Se se demanda do gestor público uma atuação que guarde consonância com as melhores práticas abalizadas pelos *standards* científicos, como forma de se promover uma leitura metodologicamente adequada do âmbito da norma, ou seja, seu contexto fático, parece-nos razoável que o conhecimento descritivo da realidade também importe à decisão judicial. E considerar esse elemento não quer dizer subordinar a decisão a ele, mas considerá-lo. Não há dúvidas que haja disparidades institucionais quanto ao aparato técnico necessário para tanto, reafirmamos. Tal constatação, todavia, não nos deve conduzir a uma leitura que inviabilize uma ponderação consequencialista no processo decisório, mas sim que, em alguns casos, é coerente e salutar que haja um movimento de deferência, de autocontenção, de um poder em relação ao outro.

A doutrina mais alinhada ao racional pragmático no direito trazido pela LINDB não desconhece a inviabilidade de se perquirir de forma abrangente todas as consequências direitas e indiretas possíveis de uma decisão. Mas tal assertiva não impede de que sejam consideradas no processo decisório aquelas que tenham sido apontadas pelas partes nos autos do processo, ou ainda aquelas mais relevantes, entendidas assim aquelas que possam trazer pesados impactos nas esferas social e econômica. Mendonça visa prover maior densidade aos conceitos de consequências jurídicas, ao delimitá-las como estados imediatos e imediatamente futuros associados à interpretação ou à aplicação do Direito e que, certos ou prováveis, sejam exequíveis e admissíveis pela Constituição de 1988, enquanto consequências administrativas seriam estados imediatos e imediatamente futuros, associados à atuação pública e que, certos ou prováveis, sejam igualmente exequíveis e admissíveis por nossa Constituição. Ambas indicam alguma base empírica de evidenciação, em especial quando tratem de decorrências fáticas²⁸⁹.

Como o dispositivo trata de anulação de atos já editados e cujos efeitos, em boa parte, já são sentidos no mundo real, é juridicamente exigível que o órgão prolator do ato

288 ARAGÃO, Alexandre dos Santos. O Princípio da Eficiência. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 2004, p. 2. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/44361/44784>. Acesso em 22/10/2020.

289 MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB: indicando consequências e regularizando atos e negócios. Revista de Direito Administrativo, p. 43-61, nov/2018 p. 50. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77649/74312>. Acesso em 29/08/2021.

tenha realizado tais ponderações consequencialistas e a tenham inserido no bojo do processo decisório, sendo passível inclusive de infirmação aqueles atos fulcrados em princípios ou conceitos jurídicos indeterminados que não façam constar tais elementos na sua motivação. É um claro limite ao exercício da discricionariedade pela Administração, ou do voluntarismo pelo controle externo e judicial. A exigência é também dirigida ao gestor público, a despeito das críticas terem partido, preponderantemente, de órgãos de controle e suas entidades representativas.

Mais uma vez, temos um dispositivo que não parece inaugurar uma tendência na ordem jurídica nacional, mas reforçar algo que já estava assentado por outras vias normativas, a despeito da verificação de incongruências que estão apontadas no diagnóstico dos autores do projeto ou mesmo no bojo do processo legislativo. *Empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso* (conferir interpretação ao conceito sem se apropriar do conteúdo semântico que lhe confere o contexto histórico – noção, conforme doutrina de Eros Grau) ou *invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão* (não reduzir a abstração do enunciado ou conceito empregado no caso concreto a partir de elementos fáticos, mantendo-se em um nível teórico metafísico) são comandos presentes no Código de Processo Civil de 2015. *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* é de alguma forma positivar o princípio da proporcionalidade.

A já presente possibilidade de convalidação do ato e a absorção da nulidade relativa, ou anulabilidade do ato, em substituição da nulidade absoluta que impedem eficácia jurídica aos efeitos de atos viciados, aponta para uma visão mais prospectiva do direito administrativo, em detrimento de uma visão retrospectiva. Essa lógica, que se constrói em oposição a uma legalidade que se sobrepõe aos demais princípios que merecem equivalente proteção constitucional, é defendida por Nobre Júnior, quando afirma que não é possível evadir ao remate de que não existe correlação exata, precisa, entre a invalidade e a não produção de efeitos por parte do ato inválido, e que tal conclusão advém da própria legislação do Direito Público²⁹⁰. Para Philip Gil França, no Direito Administrativo em particular, os efeitos das decisões são tão importantes quanto as suas causas, sendo passado o tempo em que

290 NOBRE JÚNIOR, op. cit., p. 65.

a Administração Pública se limitava ao cumprimento da primazia da legalidade na prática de seus atos²⁹¹.

Dada a ênfase a atos anulatórios e sua elevada repercussão na disciplina de invalidade dos contratos administrativos²⁹², verifica-se que o giro consequencialista também se faz presente no exercício da função legislativa, especificamente na nova lei de licitações. Aparentemente, pela exigência de avaliação de elementos empíricos que devem anteceder a anulação de um ajuste, partimos de uma possibilidade para tratar a convalidação como regra, a fim de dar prioridade aos efeitos imediatos da decisão. Segue, *ipsis literis*, o art. 147 da Lei Federal nº 14.133/2021:

Art. 147. Constatada irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual, caso não seja possível o saneamento, a decisão sobre a suspensão da execução ou sobre a declaração de nulidade do contrato somente será adotada na hipótese em que se revelar medida de interesse público, com avaliação, entre outros, dos seguintes aspectos:

- I - impactos econômicos e financeiros decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato;
- II - riscos sociais, ambientais e à segurança da população local decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato;
- III - motivação social e ambiental do contrato;
- IV - custo da deterioração ou da perda das parcelas executadas;
- V - despesa necessária à preservação das instalações e dos serviços já executados;
- VI - despesa inerente à desmobilização e ao posterior retorno às atividades;
- VII - medidas efetivamente adotadas pelo titular do órgão ou entidade para o saneamento dos indícios de irregularidades apontados;
- VIII - custo total e estágio de execução física e financeira dos contratos, dos convênios, das obras ou das parcelas envolvidas;
- IX - fechamento de postos de trabalho diretos e indiretos em razão da paralisação;
- X - custo para realização de nova licitação ou celebração de novo contrato;
- XI - custo de oportunidade do capital durante o período de paralisação.

Parágrafo único. Caso a paralisação ou anulação não se revele medida de interesse público, o poder público deverá optar pela continuidade do contrato e pela solução da irregularidade por meio de indenização por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e da aplicação de penalidades cabíveis.

291 FRANÇA, op. cit., p. 131.

292 NOBRE JÚNIOR, op. Cit., p. 68.

Se por força dos postulados normativos da LINDB tal avaliação já poderia ser considerada como pressuposto do ato anulatório, despidendo afirmar a impositividade de valores pragmatistas estampados em regras jurídicas editadas pelo parlamento.

8.3.5 Contextualismo e experimentalismo na LINDB

O art. 22 da LINDB também carrega valores pragmatistas, ao demandar explicitamente a consideração do contexto para que se obtenha a interpretação mais adequada da norma jurídica que trate de gestão pública. Marques Neto e Freitas falam que o dispositivo privilegia uma orientação do controle para soluções pragmáticas, predadoras da avaliação do contexto no qual a conduta examinada foi praticada²⁹³. Conectando o contextualismo ao antifundacionalismo, Nobre Júnior esclarece que, na interpretação, antecedente da aplicação do direito, o intérprete desce da “constelação onde habitam poetas e os textos jurídicos em sua mais pura abstração para a rigidez do solo”, sendo necessária a consideração das circunstâncias para que o direito incida sobre a realidade²⁹⁴.

Jordão fala que a contextualização na interpretação possibilita uma aplicação mais realista do direito público brasileiro (mais experiência, menos transcendência), uma forma mais eficaz de tornar real as promessas contidas nos discursos jurídicos, ao considerar as condições materiais²⁹⁵. Os obstáculos e as dificuldades reais, além das exigências das políticas públicas a cargo do gestor, ou seja, as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente, devem compor os fundamentos que sustentam uma decisão jurídica. Nesse esteira, o parágrafo primeiro não cria nova regra, apenas complementando ou elucidando o sentido do *caput* do dispositivo.

O parecer do Tribunal de Contas da União que ataca o dispositivo ao entender sua incompatibilidade com a Constituição Federal, ao adotar uma versão extremada do realismo jurídico idealizado pelo norte-americano Oliver Holmes²⁹⁶. Para o consultor jurídico

293 MARQUES NETO, e FREITAS. op. cit., p. 57.

294 NOBRE JÚNIOR, op. cit., p. 76.

295 JORDÃO, E. Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. Revista de Direito Administrativo, p. 63-92, 23 nov. 2018, p. 69. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77650/74313>.

296 TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Processo TC 012.028/2018-5. Parecer sobre o PL 7448/2017, em face do parecer-resposta dos autores do PL e de outros juristas, p. 25. Disponível em <https://cdn.oantagonista.net/uploads/2018/04/PL-7448-2017-Inteiro-teor-Altera-LINDB-Parecer-Conjur-2018-04-20.pdf>. Acesso em 22/08/2021.

autor da peça, a interpretação casuística propiciada pelo dispositivo afastariam o direito do rigor metodológico da aplicação da proporcionalidade e dos testes de seus subprincípios – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, à luz de uma hermenêutica lastreada na doutrina de Alexy, em detrimento de uma análise sistêmica e estrutural²⁹⁷. Ainda, cita a doutrina do professor Lênio Streck para afirmar que qualquer pequena vagueza ou ambiguidade em uma cláusula aberta proporcionaria margem para ampliação da subjetividade do intérprete²⁹⁸.

Já nos debruçamos a respeito da aproximação da lógica pragmatista da LINDB com o princípio da proporcionalidade, cuja aplicação promove uma ponderação da norma jurídica durante sua aplicação considerando os fatores reais envolvidos na concretização, o contexto, inclusive com a consideração de seus efeitos, ou consequências, o que nos permite nos distanciar de tal compreensão. É imperioso lembrar que, diante da baixa densidade dos princípios e a ausência de uma estrutura lógica de fato-tipo e consequente que caracteriza as regras, não se faz possível interpretá-las por uma operação subsuntiva. A norma jurídica cuja fonte primária é um princípio, mesmo em uma perspectiva de mandamento de otimização, depende do contexto, dos fatos envolvidos, para que se identifique qual dos princípios prevalecerá. A força normativa de uma constituição com elevado conteúdo valorativo não permite a continuidade uma compreensão lógica formalista do direito.

A consideração dos fatos na interpretação do direito, sobretudo sob a égide do constitucionalismo, não pode ser atrelada exclusivamente às escolas realistas ou pragmatistas, tampouco a corrente pragmatista que amplia sua influência a partir da Lei nº 13.655/2018. O próprio parecerista admite que a Corte de Contas não se desfaz da realidade dos fatos para proferir seus julgamentos, não sendo possível alcançar em que momento o dispositivo promove o particularismo que não se observa na praxe da Corte de Contas. Já mencionamos a doutrina de Carlos Maximiliano, Luís Roberto Barroso e Eros Grau como exemplos. Reforcemos o já exposto com a doutrina de clássica de Miguel Real para o qual, não obstante a estrutura lógica, a norma jurídica não pode ser compreendida sem referência a uma classe de fatos e segundo uma ordem de valores²⁹⁹.

297 Ibidem, p. 27

298 Ibidem, p. 30.

299 REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito, 27ª ed. ajustada ao Novo Código Civil. São Paulo, Saraiva, 2002, p. 104.

E o dispositivo em apreço parece se referir a ordem dos fatos, sem determinar, afastar ou informar quaisquer dos valores consagrados na Constituição, sobretudo direitos fundamentais. Também já demonstramos a estrutura dual da interpretação consequencialista, que também se aplica ao art. 22, que traz o elemento descritivo para o momento do arrolamento das decisões possíveis, mas permite que a sua escolha se dê por um critério valorativo, não impedindo definitivamente o uso de razões morais na decisão jurídica, mitigando a influência pragmatista na LINDB. No que tange à ampliação do espaço de subjetividade do intérprete, o que seria certamente prejudicial à coerência sistêmica do direito, retomemos o debate público entre o “consequenciachismo” e o “princiachismo”. A despeito de ambos não garantirem objetividade, a razão descritiva permite uma maior clareza metodológica e permite uma maior refutabilidade da fundamentação da decisão, ou seja, um maior controle intersubjetivo.

Aproveitamos o ensejo para trazer à crítica do professor Lênio à postura antiteórica do pragmatismo, para quem o Direito construído, com base de uma Constituição compromissória, consagra textualmente a cooriginariedade entre o Direito e Moral³⁰⁰. Streck leciona que, no pragmatismo jurídico, o direito é visto como essencialmente indeterminado, o que conduz a uma elevada possibilidade de discricionariedade na interpretação do direito. Seria uma teoria anti-hermenêutica, sendo uma dimensão absolutamente pragmática uma “inimiga mortal da coerência e integridade do direito”³⁰¹. Sem embargo, se não se afasta por completo os critérios valorativos presentes na Constituição para darmos lugar a uma visão utilitarista do direito, ou seja, se não se adota uma diretriz absolutamente pragmática na compreensão do direito, podemos entender que se processa um arrefecimento da crítica. O próprio Streck reconhece a possibilidade de aproximação entre o pragmatismo e a Crítica Hermenêutica do Direito, ao limitarmos o conhecimento ao contexto da experiência com o mundo, afastando-se concepções absolutas ou critérios últimos³⁰².

O segundo parágrafo reforça a intervenção do princípio na aplicação do Direito Administrativo Sancionador. Traz dispositivos que já são verificados em textos normativos destinados a regular a aplicação de sanções pelo Poder Público, como no art. 21 do Decreto Estadual nº 42.191/2015, do Estado de Pernambuco³⁰³, que estabelece procedimentos para

300 STRECK, op. cit., p. 226.

301 Ibidem, p. 224-225.

302 Ibidem, p. 226.

303 ESTADO DE PERNAMBUCO. Decreto Estadual nº 42.191/2015. Disponível em <http://legis.alepe.pe.gov.br/texto.aspx?id=15904&tipo=TEXTTOORIGINAL>. Acesso em 30/08/2021.

penalização de licitantes e contratados, à luz da Lei nº 8.666/93, da Lei nº 10.520/2002 e da Lei de Procedimento Administrativo Estadual – Lei nº 11.781/2000. Segue, abaixo transcrito:

Art. 21. Na aplicação das sanções devem ser consideradas as seguintes circunstâncias:

I - a natureza e a gravidade da infração cometida;

II - os danos que o cometimento da infração ocasionar aos serviços e aos usuários;

III - a vantagem auferida em virtude da infração;

IV - as circunstâncias gerais agravantes e atenuantes; e

V - os antecedentes da licitante ou contratada.

Ou seja, o dispositivo não inova, apenas dando caráter geral a regras preexistentes no ordenamento jurídico. Tal constatação fragiliza argumentos utilizados contra a edição da lei, como os presentes na Nota Técnica MPF nº 01/2018, segundo a qual a alteração legislativa visava “inviabilizar a responsabilização” do administrador ou “afrouxar mecanismos de controle... em tempos que se descortina corrupção sistêmica”³⁰⁴.

Somado ao que prevê o art. 28, que afasta a possibilidade de responsabilização quando não presentes o dolo ou o erro grosseiro, são dispositivos que visam mitigar uma lógica repressiva do direito administrativo, gerando assim incentivos para a inovação na gestão pública e um tratamento mais razoável ao erro administrativo. Traduzem-se, assim, em ferramentas normativas úteis ao combate do que se resolveu denominar como “apagão das canetas”, ou mesmo um “direito administrativo do medo”. Conforme Binebojm e Cyrino, o rigoroso sistema de controles administrativos nem sempre é suficiente para coibir a corrupção, mas gerava receio para qualquer espécie de criatividade administrativa, abordagens inovadoras, por parte do gestor³⁰⁵. Geram assim incentivos que contribuem para a promoção da eficiência, bem como da efetividade da Administração Pública, ao proteger a atuação de boa-fé do gestor público, ainda que, do ponto de vista dos resultados, equivocada, já que o erro é inerente a uma prática experimentalista. No mesmo sentido:

O erro do gestor público é inerente à atividade administrativa, já que a Administração Pública se vale de humanos – por definição, falíveis – para executar

304 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Nota Técnica nº 01/2018. p. 6-7.

305 BINENBOJM, Gustavo, e CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo. Revista de Direito Administrativo, p. 203-224, 23 nov. 2018. p. 206. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77655>. Acesso em 30/08/2021.

suas competências. Tutelar o direito ao erro na gestão pública é imprescindível para o aprendizado institucional que trabalha para a eficiência administrativa, bem como atrair bons quadros para atuação profissional na Administração Pública³⁰⁶.

8.4 Consequencialismo e Dogmática

Ao longo do presente capítulo, foi possível verificarmos a influência pragmatista no Direito Público, que se institucionaliza com a edição da Lei nº 13.655/2018. Com a nova LINDB, há uma guinada empírico-consequencialista na interpretação e aplicação do direito público, cuja tendência já se verificava na doutrina e jurisprudência nacionais, todavia reservadas ao uso de autores mais críticos das tendências hermenêuticas constitucionalistas. Por força de lei, perdem força interpretações metafísicas e apriorísticas dos princípios jurídicos com a necessária observância das consequências práticas – jurídicas e administrativas – da decisão e de uma imperiosa contextualização que reforça o mundo real e os fatos como componentes da estrutura da norma jurídica, não elementos externos a ela. Uma lógica de resultados se impõem, a partir de uma visão prospectiva e instrumental do direito, com a valorização de elementos descritivos. Que diga-se não se inaugura com a Lei nº 13.655/2018, dada a exigência de normas constitucionais como a proporcionalidade. Para além de um fundacionalismo metafísico que nos aproxima o direito da moral, nos lembra que o direito é meio para atingimento de fins, preconizados no seio da própria ordem jurídica, com destaque aos que observamos no art. 3º da Constituição Federal.

Se a perspectiva pragmatista concorre para uma maior relevância de critérios empíricos no processo decisório, para além do olhar para o futuro, então certamente contribui para uma nova redefinição da legalidade, que já ganhara novos contornos com a paridade normativa com outros princípios de mesma estatura constitucional, como a própria eficiência. E a consideração de elementos materiais, o diálogo do subsistema jurídico com outros subsistemas sociais, nos tira de um campo transcendente de uma ordem jurídica isolada para a dureza da realidade política, econômica e social, sendo os princípios e outras normas de textura aberta, os valores jurídicos abstratos, o caminho de estruturação desses elementos externos no interior do direito. O tratamento jurídico desses elementos permite o acoplamento

306 PALMA, Juliana Bonacorsi de e ROSILHO, André. Constitucionalidade do direito ao erro do Gestor Público no art. 28 da LINDB. Revista da CGU, v. 13, nº 23, jan-jun/2021, p. 53. Disponível em https://revista.cgu.gov.br/Revista_da_CGU/article/view/386. Acesso em 30/08/2021.

do direito com os demais sistemas e possibilita sua atualização frente à acelerada dinâmica de uma sociedade complexa e mutável, mantendo sua legitimidade. Contudo, uma abordagem apriorística dos princípios na concretização normativa, desconectada do mundo real e descuidada dos efeitos práticos na ordem socioeconômica é extremamente deletéria para a legitimidade sistêmica. A Lei nº 13.655/2018 não desconsidera o caráter mutável da realidade jurídica, tampouco a normatividade dos princípios, mas lhe provê uma nova abordagem metodológica.

Ressalte-se a cautela da lei ao perceber os perigos de uma interpretação contingente para a estabilidade do sistema, ao prever que as naturais mudanças de interpretação, ao atentar contra a segurança jurídica, devem obrigatoriamente prever regime de transição, nos termos do art. 24, a fim de que seja possível assegurar proteção jurídica a todas as ações realizadas sob a égide de entendimentos adotados amplamente na praxe administrativa e jurisprudencial. As novas interpretações advindas de novos contextos não podem atingir relações jurídicas previamente constituídas. Novidade? Não. Reforço do que já consta da própria LINDB, no art. 6º, que protegem o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

A partir do momento que se considera a racionalidade da estrutura argumentativa da decisão como forma de prover objetividade e segurança jurídica ao direito, exigência constitucional, podemos compreender que os dispositivos da LINDB contribuem para elevar tal requisito normativo, ao estabelecer parâmetros mínimos de racionalidade decisória que devem constar na motivação explícita dos atos administrativos, de controle e judicial fundado em valores jurídicos abstratos. Se o conteúdo dos valores normativos é reconhecidamente mutável, a segurança se processa pelo procedimento. Enunciados normativos como o inciso IX, art. 93 da Carta Magna, o § 1º, art. 489 do Código de Processo Civil e o art. 50 e seus parágrafos contribuem para indubitavelmente se exigir do decisor a externalização dos motivos que alicerçam o ato, administrativo, controlador ou judicial, mas não transbordam a necessária consideração da realidade como visualizamos nos critérios consequencialistas da Lei nº 13.655/2018.

As externalizar as alternativas decisórias visualizadas e possíveis dentro dos limites semânticos do texto normativo, conectada a cada uma com as respectivas consequências prováveis, bem como o critério valorativo que deu base à escolha do decisor, far-se-á possível o exercício do controle intersubjetivo no âmbito do procedimento.

Visualizando todo o percurso racional do agente público competente para instituir norma jurídica, é possível não apenas qualificar o exercício do contraditório, como dar maior clareza à regra extraída no caso concreto, que servirá de orientação para todos aqueles que se submetem aos efeitos dessas normas em casos vindouros. Afasta-se assim o elemento surpresa e a insegurança de agir e se planejar por desconhecimento de como se dá a qualificação jurídica dos fatos pela autoridade competente por meio de valores jurídicos abstratos, que afrontam a lógica do próprio Estado de Direito presente na Lei Maior.

A pesquisa também nos aponta para os riscos de um “consequencialismo festivo”, uma utilização generalizada das consequências como critério decisório, especialmente no que tange à concretização de regras, compreendidas como aquelas previamente adensadas pelo próprio legislador originário. Se o parlamento optou por estabelecer, na própria estrutura do enunciado a hipótese de incidência da norma e o correspondente consequente, deixar de observá-los em nome de qualquer valor consequencialista afrontaria premissas caras ao Estado Democrático de Direito como a separação de poderes e a segurança jurídica. Se não se garante ao cidadão que as regras serão observadas pelos agentes públicos, como proceder a um planejamento juridicamente orientado e que assegure o pleno exercício de direitos fundamentais consagrados na Constituição?

Nem mesmo sob uma perspectiva maximizadora ou pragmatista tal assertiva pode ser desconsiderada, quando compreendemos a necessidade de se estabelecer o que se denomina um consequencialismo de regras, que considera também consequências indiretas ou sistêmicas. Dada a natural assimetria de informações que caracterizam os procedimentos e o necessário emprego de recursos, financeiros, pessoais, de tempo, para obtê-las, nem sempre o resultado ótimo será obtido com a desconsideração dos precedentes legais e jurisprudenciais a partir de uma visão voltada ao futuro, aos efeitos da decisão. Especial ao sabermos que tal dispêndio não assegurará o resultado previsível indicado na motivação do ato. Sem embargo, as normas consequencialistas hauridas dos arts. 20 e 21 da LINDB são voltadas à interpretação e aplicação de normas fundadas em valores jurídicos abstratos, o que demonstra uma preocupação de segunda ordem do legislador quanto aos riscos associados a um consequencialismo “irresponsável”.

Por fim, as dificuldades de realização de avaliações empíricas razoáveis dos fatos sob escrutínio jurídico, decorrentes da ausência de informações concretas e de aparato técnico e metodológico adequado, se tornarão flagrantes no deslinde dos processos decisórios,

o que constrangerá o decisor a se valer de subjetivismos ocultos que não interessam à objetividade perseguida pelo direito. Incentivará uma maior deferência aos órgãos detentores de maior capacidade institucional para concretização de valores políticos presentes na Constituição, contribuindo não apenas para prover maior eficiência e legitimidade na criação da norma, como também para um maior equilíbrio entre os poderes constituídos.

9 CONCLUSÃO

A pesquisa que ora se empreendeu, ao longo dos dois últimos anos, permitiu-nos lançar luz sobre a evolução da Administração, do seu Controle e, por óbvio do Direito Administrativo. Um mergulho na legislação, doutrina e jurisprudência foi necessário para que fosse possível compreender, com uma perspectiva acadêmica, o percurso histórico – fático e doutrinário – que empreendemos com a instituição de um Estado de Direito no país, até chegarmos ao giro empírico-consequencialista que observamos na ordem jurídica nacional com a edição da Lei nº 13.655/2018.

A inserção de novos dispositivos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, pilar da produção legislativa e interpretação do direito nacional desde sua edição, na forma de Decreto-Lei durante o período do Estado Novo, em um período no qual o Direito Constitucional ainda não detinha a força histórica do direito civil, sobretudo para estados nacionais que optaram pela tradição jurídica romano-germânica. Apesar de sua incontestável relevância para o direito público hodierno, a Lei nº 13.655/2018 “não inova”, sendo possível compreendê-la como um reforço imperativo a diversos comandos legais e constitucionais prévios que demandavam determinados comportamentos dos órgãos instituídos quando do exercício dos poderes juridicamente concedidos, além de dar força de lei a algumas tendências pragmatistas que já se observavam na dinâmica do direito, sobretudo o administrativo.

Iniciamos o percurso investigatório com o estudo da legalidade, como princípio basilar do Estado de Direito, desde a sua concepção liberal, como meio de submissão do soberano à vontade popular, materializada pelo parlamento, abandonando-se uma concepção jusnaturalista da origem do direito. O direito se identificava com a lei, fonte normativa única, representativa do poder estatal. À Administração caberia nada mais que fazer valer aquilo que objetivamente se observava diretamente dos enunciados normativos, enquanto ao judiciário se reservava o dever de manter o Estado-Administração dentro dos limites legalmente preestabelecidos. A atividade interpretativa se resumia a uma atividade lógica de subsunção, de verificar a ocorrência dos pressupostos normativos no mundo dos fatos e aplicar-lhes as consequências determinadas pelo Poder Legislativo.

Garantir a fruição dos direitos de primeira geração, em especial a liberdade e a propriedade privada, eram os objetivos maiores do Estado, cuja atividade prestacional só

constaria dos ordenamentos jurídicos com a fragilização do ideário liberal. Ergue-se o Estado de Bem Estar Social, a fim de prover serviços de interesse da sociedade, como forma de superação das iniquidades da ordem econômica do *laissez-faire*. O Estado-Administração ganhou novas estruturas para cuidar da educação, da saúde, da previdência, do trabalho. Passou a promover maiores intervenções no domínio econômico, outrora reservado à sociedade. Com a ampliação do espaço de exercício da cidadania e de grupos representados nas esferas de poder estatal, novos interesses a serem protegidos pelo Estado e a prestação de serviços públicos demandou uma proliferação normativa que desafiou a lógica da legalidade oitocentista. A Administração rompe os limites estritos que lhe constrangiam a ação e aumenta o exercício da função normativa para regular diretamente as atividades de interesse público e seus servidores.

Desenvolveu-se para tanto uma visão jurídica que compreendia um espaço reservado à atuação do Administrador Público, para além do que estava explicitamente estampado na lei. Os atos da Administração partiriam necessariamente da lei, mas seu conteúdo adviria de fontes extrajurídicas. Configurava-se a discricionariedade, loco de avaliação da oportunidade e conveniência do titular da função administrativa, protegido do controle da legalidade e, portanto, do escrutínio da função judicial.

A partir da década de 1930, tendo por base técnica o surgimento da Administração Científica e teórica com a burocracia racional-legal, ocorreram transformações na Administração Pública brasileira, visando promover algum aprimoramento e concertação da pluralidade de órgãos e entidades públicos, além de superar o passado ainda presente de patrimonialismo, clientelismo e corrupção que se entranharam nas estruturas nacionais. Na ditadura Vargas do Estado Novo, já era possível observar políticas voltadas à promoção de eficiência na máquina pública em crescimento, com diretrizes de aprimoramento dos serviços prestados e racionalização dos gastos públicos.

Necessária ao exercício dos poderes-deveres administrativos cada vez mais amplos, à luz da doutrina contemporânea do pleno vigor do Estado-Provedor, a discricionariedade livremente exercida poderia abrigar o exercício arbitrário do poder, servindo ao uso da máquina para avalizar atos escusos do mandatário da vez, inacessíveis às estruturas de controle, sobretudo em períodos que antecederam à Segunda Guerra Mundial. Com o fim do penoso conflito e a ineficácia das correntes positivistas do direito para conter os absurdos humanitários perpetrados por regimes totalitários, ocorre um movimento de

constitucionalização do direito na Europa Continental – Alemanha, Itália, Portugal, Espanha, quando se observou uma reaproximação do direito com a moral e se incorporaram às ordens jurídicas garantias ao exercício dos direitos fundamentais.

A Constituição perde sua feição meramente política e avança para o interior do sistema jurídico, assumindo a posição de centralidade outrora ocupada pelos códigos de direito privado. Com a força normativa da constituição, os princípios jurídicos, vetores normativos de valores e interesses permeados na sociedade, cada vez mais complexa e democrática, perdem o status de subsidiariedade, utilizados como simples instrumentos de colmatação na ausência de regras legais específicas, assumindo um protagonismo na era do constitucionalismo.

Uma nova hermenêutica se desenvolveu, a fim de prover ferramentas metodológicas adequadas para que intérpretes e aplicadores do direito densificassem o conteúdo jurídico de normas tão fluidas que agora figuravam como fonte primária da produção do direito. Afinal, os princípios não carregam apenas uma carga axiológica, mas deontológica, demandando imperativamente comportamentos daqueles que se submetessem aos seus ditames. Para além da exigência de um determinado dever-ser, os princípios constitucionais orientam o intérprete na extração do conteúdo das regras, a fim de evitar uma quebra da unidade sistêmica que se exige para proteção da ordem constitucional.

A compreensão do direito e seus desígnios se torna cada vez mais complexa, sobretudo com o desenvolvimento da filosofia analítica em meados do século XX, trazendo a linguagem para o centro das preocupações filosóficas do pós-modernismo. Sendo o direito veiculado por meio dela, as teorias jurídicas e suas ramificações não estariam isentos a essa nova corrente. A intertextualidade demanda a conexão entre os textos componentes do sistema e a inesgotabilidade revela o caráter temporário dos sentidos atribuídos aos signos.

Há uma dupla contingência que se verifica, conforme nos esclarece o constitucionalista Marcelo Neves, entre o legislador originário e o intérprete da norma. A norma que se pretendia contida no próprio enunciado normativo, ou seja, ditada claramente pelo parlamento, era obtida após um exercício interpretativo no momento da concretização do direito, deslocando a competência última de dizer o direito, em termos práticos, aos órgãos competentes para sua aplicação. E se mesmo a produção legislativa deve se submeter aos comandos da norma fundamental – a Constituição, o poder jurídico se concentra nas cortes constitucionais.

No Brasil, o fenômeno da constitucionalização do direito ganhou força com a promulgação da Carta Magna de 1988. Diversos princípios, explícitos e implícitos, ocuparam espaço no sistema jurídico nacional com a difusão da hermenêutica constitucional. Especificamente destinados a normatizar a atuação da Administração Pública, são instituídos na redação original da Lei Maior os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. A legalidade ganha roupagem de juridicidade, passando a demandar do gestor público não mais o mero respeito à lei positiva, mas a observância de todos os ditames da ordem jurídica. Para além do cumprimento das leis, a atuação juridicamente orientada se sustenta quando respeitada a constituição.

Com a Reforma do Estado empreendida na segunda metade da década de 1990, capitaneada intelectualmente pelo ex-Ministro de Administração e Reforma do Estado Luiz Carlos Bresser-Pereira, observamos mais uma onda de efficientização da Administração Pública, retomando momentos históricos anteriores, como no já mencionado Estado Novo de Getúlio Vargas e na Ditadura Militar, retratada na edição do Decreto-Lei nº 200/1967. É nesse contexto que a Emenda Constitucional nº 19/95 insere no *caput* do art. 37 da Constituição Federal o princípio da eficiência, modificação que leva ao centro do ordenamento jurídico os valores reformistas consubstanciados nas reformas do período.

Demonstramos que, a despeito das críticas de cunho político ao princípio da eficiência, como “cavalo de troia” para trazer ao cerne do Estado Social os valores privatísticos da *New Public Management*, não se pode afastar o seu *status* jurídico e sua força normativa, devendo ser compatibilizado seu conteúdo extrajurídico oriundo de ciências como a Administração e a Economia a uma leitura sistemática do ordenamento jurídico. E que não se faz possível, dessa forma, entender a eficiência meramente como economicidade, em uma acepção meramente financeira do princípio, cuja substância identificamos a partir do grande número de diplomas legislativos e no exercício do controle da função administrativa.

Compreendemos, inclusive, a inviabilidade de uma antítese apriorística entre legalidade e eficiência, já que são princípios concomitantemente válidos e eficazes, sendo mais condizente, com uma percepção integradora da Constituição, a compreensão de uma roupagem finalística da vinculação administrativa, na esteira da doutrina de Nobre Júnior, Alexandre dos Santos Aragão e Figueiredo Moreira Neto, validando a lógica de uma legalidade de resultados. Lembrando que, para além de um Estado de Direito, a Constituição

funda um Estado Democrático Social, com normas programáticas e objetivos que limitam as escolhas do sistema político e conduzem a fins juridicamente exigíveis.

E para submeter o aparato do Estado-Administração a essas balizas mais estreitas, a Constituição criou ou modificou instituições destinadas ao controle dos atos administrativos, sob os mais diversos aspectos. O ódio ao período ditatorial que antecedeu a redemocratização do país e a persistência das raízes patrimonialistas que acarretam improbidade e corrupção no seio da máquina pública proporcionaram uma robusta institucionalização do controle na Carta que fundamenta a Terceira República. A começar pelo controle interno, no interior da própria Administração representado pelas próprias estruturas hierárquicas dos órgãos, pelas controladorias e pelos órgãos de advocacia pública.

O controle externo, exercido precipuamente pelo Poder Legislativo, com o auxílio dos Tribunais de Contas, entidades com autonomia funcional administrativa e orçamentária que exercem relevante peso não apenas no controle de contas, mas no estabelecimento de paradigmas orientativos da boa administração, dada sua elevada capacidade institucional.

Os Ministérios Públicos, cuja estrutura institucional prevista na Constituição não encontra equivalência em outras ordens democráticas, permitiu torná-los verdadeiros protagonistas na proteção dos direitos coletivos difusos, sobretudo por meio das ferramentas processuais da ação civil pública e da ação de improbidade administrativa.

E por fim, mas não menos importante, o Poder Judiciário, a quem compete não apenas o controle jurídico da Administração, mas o controle de constitucionalidade, exercendo papel central na dinâmica do sistema jurídico, consoante se deslocou o poder de criação normativa para o momento de sua concretização.

Com o controle da juridicidade, mais amplo que o anterior controle de legalidade, diminui-se o espaço discricionário, antes inacessível ao controle e de maior liberdade ao gestor público. Uma visão principiológica do direito fundada na Constituição, assentada especialmente em razões morais, permitiu uma maior sindicabilidade dos atos administrativos, além da adoção de teorias desenvolvidas no direito administrativo francês como a Teoria dos Motivos Determinantes e do desvio de finalidade. A atuação desmedida do controle e a mitigação de limites para o exercício gerou efeitos adversos, em desrespeito a lógica de separação de poderes. Uma crescente valorização do controle permitiu o aperfeiçoamento de sua atuação, sobretudo pela existência de um corpo técnico de alta

qualificação, com carreiras bem estruturadas e detentoras das melhores remunerações no serviço público. Na contramão, a ausência de estrutura razoável para o exercício do serviço público no Poder Executivo, em especial nos municípios de menor porte, somados a uma desconfiança generalizada por parte da população, permitiram o desequilíbrio na relação entre os poderes e o avanço do controle nas competências originalmente dos gestores públicos, sem que com isso fosse possível observar a melhoria na qualidade dos serviços ou mesmo no equilíbrio das contas.

Foi possível verificar o embate doutrinário sobre os limites entre exercício da discricionariedade e interpretação do direito na teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, protagonizado pelo célebre administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello e o ex-ministro do STF Eros Grau. Alicerçado no trabalho do professor Andreas Krell quanto à evolução doutrinária na Alemanha, onde se teve início uma forte diferenciação entre os dois paradigmas, concluímos no sentido de compreender que, dada a dificuldade de se verificar os limites entre uma e outra na praxe jurídica, dentro dos limites semânticos do enunciado normativo de conteúdo indeterminado, a interpretação e a discricionariedade podem ter arcabouços teóricos diferentes, mas na prática, são coincidentes. Dessa forma, incentiva-se um maior espaço de deliberação do gestor público na concretização dos desígnios legais, desde que suas competências sejam exercidas a partir de interpretações razoáveis dos enunciados.

A superposição de órgãos legitimados para criar o direito e a baixa densidade de normas jurídicas, hauridas de princípios e de conceitos jurídicos indeterminados possibilitou uma profusão de interpretações válidas, muitas vezes fundadas em ideias subjetivos e sem qualquer conexão com a escassez real a qual se submete a Administração Pública, criando um ambiente de insegurança jurídica e ineficiência na aplicação do direito público. Ao tempo em que a complexidade técnica e política se tornam cada vez mais crescentes, decisões voluntaristas acabam por concorrer para o descrédito do sistema, ausentes a legitimidade democrática ou a *expertise* técnica para melhor lidar com escassas informações acessíveis da realidade empírica.

É nesse contexto que a Lei nº 13.655/2018 foi editada. Para corrigir ou amenizar as disfunções do sistema identificadas, carregou valores pragmáticos ao direito positivo, demandando contextualização e uma visão prospectiva na aplicação do direito a partir de valores jurídicos abstratos. O contextualismo e o consequencialismo, componentes da matriz da filosofia pragmática, aplicados ao direito, promovem uma maior importância da

experiência prática e das consequências futuras no processo jurídico-decisório, demandando uma maior concertação de responsabilidade de todos os agentes públicos, estejam na seara administrativa, no controle ou judicial.

A presença legalmente exigível de elementos descritivos na interpretação de princípios e uma avaliação dos impactos da decisão jurídica no mundo real demandam um maior esforço argumentativo do agente público competente. A externalização do raciocínio percorrido com o arrolamento das decisões juridicamente plausíveis, atreladas às consequências esperadas, e o critério escolhido para a priorização de uma delas possibilitam uma maior controle intersubjetivo da decisão e um maior cognoscibilidade do comando jurídico, ampliando o espaço do contraditório e melhor orientando comportamentos futuros balizados pela norma de decisão, dado o papel instrumental do direito na estabilização de expectativas. Certos de que o conteúdo jurídico dos enunciados não é determinado, e sim determinável, é por meio do procedimento, na segurança do procedimento, como nos esclarece Humberto Ávila, que se faz possível promover a segurança jurídica.

E aqui, finalmente, corroboramos a hipótese-guia que conduziu a presente pesquisa. A Lei nº 13.655/2018, ao demandar uma análise consequencialista da interpretação e aplicação no Direito Público, ou seja, uma visão prospectiva, de resultados, converge ou contribui para uma compreensão finalística do comando normativo, dando espaço para concretização de objetivos juridicamente orientados, considerando o teor programático da nossa carta constitucional.

Para além do consequencialismo, o empirismo pragmatista também contribui pra a eficiência da gestão pública. Se se demanda que um bom gestor público faça uso dos melhores parâmetros empíricos à sua disposição, a implementação de políticas públicas com base em evidências, para que se alcance uma boa administração, esses elementos extrajurídicos precisam ser considerados na qualificação jurídica dos atos administrativos por meio de valores jurídicos abstratos, bem como na produção normativa, no âmbito da qual se densificam os princípios jurídicos por meio de regras³⁰⁷. Devem importar a todos que interpretam e aplicam o direito, corresponsáveis na realização dos interesses coletivos consagrados na Lei Maior.

³⁰⁷Mencione-se a Análise de Impacto Regulatório (AIR), imposta aos atos normativos das agências reguladoras, por meio da Lei nº 13.848/2019, e aos demais órgãos e entidades da Administração Pública Federal, por meio da Lei nº 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica).

Além disso, por demandar uma análise empírica do âmbito da norma, a lei contribui para que haja uma maior deferência aos órgãos que detém maior capacidade institucional para conhecer do objeto. Um incentivo ao exercício da autocontenção e ao reconhecimento que soluções simples e aprioristicamente referenciadas nem sempre promoverão as soluções mais adequadas. Demonstramos que, mesmo antes da alteração da LINDB, esse movimento deferencial já se observava na própria corte suprema, conforme se reconhecia o papel do conhecimento científico de outros ramos do saber para se alcançar requisitos exigidos pela norma.

Ainda, a promoção de segurança jurídica com a maior responsabilidade na motivação, somada à proteção ao gestor de boa-fé promovida pelo art. 28 da LINDB, contribui para mitigar as incertezas que são próprias do sistema jurídico, possibilitando o arrefecimento do que fenômeno do “apagão das canetas” e incentivando o experimentalismo. Decerto que a inovação no setor público resultará em ganhos de eficiência. Destacamos que a inafastável mutabilidade do mundo real absorvida pela fluidez dos princípios, promovendo instabilidade ao sistema e contínua redefinição dos sentidos, ganha ferramenta indutora de maior proteção jurídica dos atos orientados por interpretação anterior com a obrigatoriedade de se estabelecer regra de transição, por força do art. 24, para que haja suavização dos efeitos do novo entendimento.

Foi demonstrado que as regras hauridas nos arts. 20 e 21 da LINDB demandam uma demonstração objetiva dos pares de decisões e suas respectivas consequências, onde residirá o elemento descritivo do processo decisório, mas não se preestabelece um critério obrigatório de priorização delas, o que não exclui que tais critérios sejam aqueles presentes na própria Constituição. Ao tempo em que permite a permanência do fundacionalismo constitucional, dado que não se pode negar que os direitos fundamentais protegidos pela Carta Magna carregam valores ideais e apriorísticos, arrefecendo a crítica dos adeptos da hermenêutica dworkiniana ao pragmatismo jurídico, sobretudo o representado pela análise econômica do direito, também promove uma mitigação da antiteoria pragmatista. Tal clareza evita a compreensão de um certo relativismo que decorreria de uma aplicação extremada do pragmatismo.

Ademais, para que não haja deslumbramentos com o giro pragmatista, como panaceia para solução dos problemas de interpretação jurídica, a pesquisa nos trouxe elementos que permitem alertar para os potenciais danos de um “consequencialismo festivo”

já delineado por Schuartz anteriormente à própria alteração da LINDB, que desconsidera os precedentes legais e jurisprudenciais para orientar-se exclusivamente pelas consequências. Um consequencialismo imediatista que despreza os efeitos sistêmicos das decisões invariavelmente promoverá elevada insegurança jurídica, contrariando as próprias expectativas dos criadores da Lei nº 13.655/2018.

Uma decisão de segunda ordem que orienta o respeito às regras legais e aos precedentes jurisprudenciais também pode ser considerada uma decisão pragmática e que preza pela eficiência do sistema, tanto pela preservação da coerência sistêmica, protegendo a estrutura democrática com o respeito ao comando legislativo, quanto pela redução de custos informacionais e temporais necessários a uma deliberação baseada em consequências. Compreendemos que essa é a decisão contida na LINDB, haja vista que a decisão consequencialista deve se dar quando fundada em valores jurídicos abstratos, dada a característica ausência de densificação prévia por parte do legislador. Assim, chegamos a um consequencialismo responsável, que não despreza o valor da tradicional dogmática jurídica.

REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio. **Presidencialismo de Coalizão: Raízes e Evolução do Modelo Político Brasileiro**. 1ª Ed. São Paulo, Companhia das Letras, 2018

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Interpretação Consequencialista e Análise Econômica do Direito Público à Luz dos Princípios Constitucionais da Eficiência e da Economicidade**. Interesse Público, ano 11, n. 57, set/out 2009, Belo Horizonte: Fórum, 2009.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A Concepção Pós-Positivista do Princípio da Legalidade. p. 63. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/44672/44977>. Acesso em 08/08/2021.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O Princípio da Eficiência. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 2004, p. 4. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/44361/44784>. Acesso em 22/10/2020.

ÁVILA, Humberto. **A distinção entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, nº 215, jan/mar 1999. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47313/45714/0>. Acesso em 19/07/2021.

ÁVILA, Humberto. **Neoconstitucionalismo: Entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”**. Revista Eletrônica do Estado (REDE) Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível em shorturl.at/rvHJL. Acesso em 23/01/2021.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**, 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Malheiros Editores, 2019.

AVRITZER, Leonardo e FILGUEIRAS, Fernando. **Corrupção e Controles Democráticos. Textos para Discussão CEPAL-IPEA nº 32**, Brasília, CEPAL, Escritório no Brasil/IPEA, 2011, Disponível em https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=9732. Acesso em 30/07/2021.

AZEVEDO, Eder Marques de. **O Estado Administrativo em Crise: aspectos jurídicos do planejamento no Direito Econômico**. 1ª Ed. Editora D'Plácido, Belo Horizonte, 2018.

BARCELLOS, Ana Paula de e BARROSO, Luiz Roberto. **O Começo da História: A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, nº 232, Abr/Jun 2003. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45690/45068>. Acesso em 23/07/2021.

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Revista de Direito Administrativo, nº 240. Rio de Janeiro, 2005, Disponível em http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf. Acesso em 22/10/2020.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves (org.). **O Federalismo na Visão dos Estados: Uma Homenagem ao Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal – CONPEG – aos 30 anos de Constituição**. Belo Horizonte. Letramento: Casa do Direito, 2018.

BELTRÃO, Hélio. **Programa Nacional de Desburocratização**. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, n. 15, jul/set 1981.

BINENBOJM, Gustavo, e CYRINO, André. **O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo**. Revista de Direito Administrativo, p. 203-224, 23 nov. 2018. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77655>. Acesso em 30/08/2021.

BINENBOJM, Gustavo e DIONISIO, Pedro de Hollanda. O Direito ao Erro do Administrador Público e a COVID-19 em Contextos de Emergência. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-abr-04/opiniaao-direito-erro-administrador-publico-covid-19>.

Acesso em 01/08/2021.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24ª Ed. atual. e ampl., São Paulo, Malheiros Editores, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 7ª Ed. rev. e ampl., São Paulo, Malheiros Editores, 2008.

BRAGA, André de Castro O. P. **O “Conforto Espiritual do TCU”**. Disponível em <https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/10/O-conforto-espiritual-do-TCU-JOTA-Info.pdf>. Acesso em 27/07/2021.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Da administração pública burocrática a gerencial**. Revista do Serviço Público, Ano 47, V. 120, n.1, jan-abr 1996. Disponível em <http://bresserpereira.org.br/papers/1996/95.AdmPublicaBurocraticaAGerencial.pdf>. Acesso em 22/10/2020.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **A Reforma do Estado nos Anos 90: Lógica e Mecanismos de Controle**. p. 49-50. Disponível em <http://www.bresserpereira.org.br/documents/MARE/CadernosMare/CADERNO01.pdf>. Acesso em 25/01/2021.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Democracia, Estado Social e Reforma Gerencial**. Revista de Administração de Empresas, São Paulo, v. 50, nº 1, jan/mar 2010. p. 113. Disponível em <https://www.scielo.br/pdf/rae/v50n1/a09v50n1.pdf>. Acesso em 26/01/2021.

BUGARIN, Paulo Soares. **O Princípio Constitucional da Eficiência: um enfoque doutrinário multidisciplinar**. Revista do TCU, Brasília, v. 32, n. 87, jan/mar 2001.

Disponível em <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/919/984>. Acesso em 29/01/2021.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Emenda Modificativa nº 01 ao Projeto de Lei nº 6.303/2005. Altera a ementa do Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=651324&filename=EMR+1+CCJC+%3D%3E+PL+6303/2005. Acesso em 13/01/2021.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Íntegra do discurso do presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Dr. Ulysses Guimarães. Disponível em <https://www.camara.leg.br/radio/programas/277285-integra-do-discurso-presidente-da-assembly-nacional-constituente-dr-ulysses-guimaraes-10-23/>. Acesso em 27/07/2021.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. PL nº 10.887/2018. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1687121&filename=PL+10887/2018. Acesso em 28/07/2021.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. PL nº 7.448/2017. Parecer do Relator. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1598338&filename=PRL+1+CCJC+%3D%3E+PL+7448/2017. Acesso em 22/08/2021.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Recurso interposto pela deputada Érika Kokay para apreciação do PL pelo Plenário da Câmara dos Deputados. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1617233&filename=Tramitacao-PL+7448/2017. Acesso em 22/08/2021.

CAMPELO, Graham Stephen Bentzen. **Administração Pública no Brasil: ciclos entre patrimonialismo, burocracia e gerencialismo, uma simbiose de modelos.** Ci. & Tróp., Recife, v.34, n. 2. Disponível em <http://www.uece.br/sate/dmdocuments/GPM%20-%20Administra%C3%A7%C3%A3o%20p%C3%Bablica%20no%20Brasil%20%5BTUTOR%5D.pdf>. Acesso em 25/10/2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 34ª Ed, São Paulo, Atlas, 2020.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª Ed. rev., ampl., e atual., Salvador, Editora Jus Podium, 2009.

CAVALCANTE, Pedro Luiz Costa; SILVA, Mauro Santos (orgs). Reformas do estado no Brasil: trajetórias, inovações e desafios. Rio de Janeiro: IPEA, 2020. Disponível em https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/201216_lv_reformas_do_estado_pr_efacio.pdf. Acesso em 04/08/2021.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. **A “Reserva da Densificação Normativa” da Lei para Preservação do Princípio da Legalidade**. Revista *Duc In Altum*, Caderno de Direito, vol. 1, nº 1, jul-dez 2009.

CLARKE, Simon. **Crise do Fordismo ou crise da Social-Democracia?**. Disponível em https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64451991000200007&script=sci_arttext&tlng=pt. Acesso em 26/01/2021.

DANTAS, Bruno. **O risco de “infantilizar” a gestão pública**. Publicado em 06/01/2018. Disponível em <https://oglobo.globo.com/opiniaao/o-risco-de-infantilizar-gestao-publica-22258401>. Acesso em 17/10/2018.

DIDIER, Fredie Souza e OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 19 - n. 75, janeiro/março – 2019. Disponível em <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1068>. Acesso em 19/01/2021.

DINIZ, Gilberto Pinto Monteiro. **Estado de Direito e Controle Estratégico de Contas**. Belo Horizonte, Editora D’Plácido, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da Constitucionalização do Direito Administrativo: Reflexos Sobre o Princípio da Legalidade e a Discricionariedade Administrativa. Revista do Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil. Belo Horizonte, ano 2, n. 2, jan/jun 2012. Disponível em <https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/05/Da-constitucionalizacao-do-direito-administrativo.pdf>. Acesso em 08/08/2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 2019.

DUQUE, Marcelo Schenk e RAMOS, Rafael. **Segurança Jurídica na aplicação do Direito Público**. 1ª Ed, Editora Jus Podium, Salvador, 2019.

FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder: Formação do Patronato Política Brasileiro**. 3ª Ed. rev., São Paulo, Globo, 2001, p. 820.

FRANÇA, Philip Gil. **A Adequada Tutela Jurisdicional no Controle da Administração Pública**. Revista de Direito Público Contemporâneo, Instituto de Estudios Constitucionales da Venezuela e Universidade Federal de Rural do Rio de Janeiro do Brasil, a. 1, v. 1, edição extra, p. 28, dezembro 2017. Disponível em <http://www.rdp.com.br/index.php/rdpc/article/view/19/21>. Acesso em 09/08/2021.

FRANÇA, Philip Gil. **Ato Administrativo e Interesse Público: gestão pública, controle judicial e consequencialismo administrativo**, 3ª ed. rev., atual., e ampl. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2017.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Eficiência Administrativa na Constituição**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 220, abr/jun 2000. Disponível em https://www.academia.edu/download/68239190/EFICIENCIA_ADMINISTRATIVA_NA_CONSTITUICAO_FEDERAL.pdf. Acesso em 31/01/2021.

GABARDO, Emerson. **A Eficiência no Desenvolvimento do Estado Brasileiro: uma questão política e administrativa**. Disponível em shorturl.at/ftuPX. Acesso em 13/01/2021

GABARDO, Emerson. **Princípio da eficiência**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: PUC/SP, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/82/edicao-1/principio-da-eficiencia>. Acesso em 19/01/2021.

GABARDO, Emerson e CASTELLA, Gabriel Morettini e. **A Nova Lei Anticorrupção e a Importância do Compliance para as Empresas que se Relacionam com a Administração**. Revista de Direito Administrativo & Constitucional, ano 15, nº 60, p. 129-147, abr/jun 2015. Disponível em <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/55>. Acesso em 22/07/2021.

GHIRALDELLI, Paulo. **O que é pragmatismo**, 1ª ed. *ebook*. São Paulo, Brasiliense, 2017

GRAU, Eros. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 15ª Ed. rev. e atual., São Paulo, Malheiros Editores, 2012.

GRAU, Eros. **O Direito Posto ao Pressuposto**. 9ª Ed. rev. e ampl., Malheiros Editores, 2014.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discrecionalidade Administrativa**. Revista dos Tribunais Online. Disponível em https://www.academia.edu/download/60603340/Conceitos_juridicos_indeterminados_Dinora_Grotti20190915-30670-ewe8yy.pdf. Acesso em 08/08/2021.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **O Direito Administrativo do Medo: a crise de ineficiência pelo controle**. Publicado em 31/01/2016. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>. Acesso em 26/01/2021.

HABERMAS, Jürgen. **Era das Transições**. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 2003.

HEINEN, Juliano. **Antes da Nulidade, Há uma Ponderação**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-ago-05/juliano-heinen-antes-nulidade-ponderacao?imprimir=1>. Acesso em 09/08/2021.

HOLMES, Stephen e SUSTEIN, Cass. **O Custo dos Direitos: por que a liberdade depende dos impostos**. São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2019.

JORDÃO, Eduardo. **Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro**. Revista de Direito Administrativo, p. 63-92, 23 nov. 2018, p. 69. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77650/74313>.

JORDÃO, Eduardo. **Controle Judicial de uma Administração Pública Complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. São Paulo, Malheiros (SBDP), 2016.

JORDÃO, Eduardo. **O Controlador Médio**. Disponível em <https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2021/06/09.06.21-O-controlador-medio--JOTA-Info.pdf>. Acesso em 03/08/2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas**. Revista de Direito Administrativo, p. 13-41, 23 nov. 2018.

KRELL, Andreas J. **Discrecionalidade Administrativa e Conceitos Legais Indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses públicos**, 2ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2013.

LEAL, Fernando. **Inclinações Pragmáticas no Direito Administrativo: nova agenda, novos problemas** in Transformações do Direito Administrativo: Consequencialismo e Estratégias. Rio de Janeiro, FGV Direito Rio, 2016, p. 26. Disponível em <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/18009>. Acesso em 21/08/2021.

LEAL, Fernando e MENDONÇA, José Vicente Santos de (org.). **Transformações do Direito Administrativo: Consequencialismo e Estratégias**. Rio de Janeiro, FGV Direito Rio, 2016. Disponível em <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/18009>. Acesso em 19/01/2021.

LEITE, George Salomão e STRECK, Lênio (coord). **Interpretação, Retórica e Linguagem**. Salvador, Jus Podivm, 2017.

LISBOA, Marcos. **O Fracasso dos Tribunais de Contas**. Disponível em <https://vejasp.abril.com.br/cidades/artigo-tcm-marcos-lisboa/>. Acesso em 28/07/2021.

LUSTOSA, **História das Reformas Administrativas no Brasil: narrativas, teorizações e representações**. Revista do Serviço Público, Brasília, nº59, Jul/Set 2008. Disponível em <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/150>. Acesso em 25/10/2020.

MAJONE, Giandomenico. **Do Estado positivo ao Estado regulador: causas e consequências no modo de governança**. Revista do Serviço Público, Ano 50, nº 1, Jan-Mar 1999, p. 23. Disponível em <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/339/345>.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo e FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei nº 13.655/2018: lei da segurança para a inovação pública**, 2ª reimpr. Belo Horizonte, Fórum, 2019.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**, 19ª Ed. Rio de Janeiro, Forense, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discrecionalidade e Controle Jurisdicional**. 2ª Ed, Malheiros Editores, 2017.

MENDES, Conrado Hubner. **Jurisprudência Impressionista**. Disponível em shorturl.at/bfvR2. Acesso em 24/08/2021.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª Ed. rev. e atual., São Paulo, Saraiva Educação, 2018.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Art. 21 da LINDB: indicando consequências e regularizando atos e negócios**. *Revista de Direito Administrativo*, p. 43-61, nov/2018. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77649/74312>. Acesso em 29/08/2021.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Em defesa do consequenciachismo. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/jose-vicente-santos-mendonca/em-defesa-do-consequenciachismo>. Acesso em 24/08/2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Nota Técnica Conjunta nº 01/2018, da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão**. Emitida em 11/04/2018. Disponível em http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/Nota%20Tecnica%201_2018.pdf. Acesso em 26/01/2021.

MODESTO, Paulo. **Função Administrativa**. *Revista do Serviço Público*, Brasília, mai/dez 1995. Disponível em <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/719/565>. Acesso em 19/01/2021.

MODESTO, Paulo. **Notas para um Debate Sobre o Princípio da Eficiência**. *Revista do Serviço Público*, v. 51, n. 2, p. 105-119, 2014. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/328>. Acesso em 26/10/2020.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do Espírito das Leis**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo, Martins Claret, 2014.

MORAES, Alexandre de. Princípio da Eficiência e Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos Discricionários. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/42538/41302>. Acesso em 29/01/2021.

MOTTA, Alexandre Ribeiro. O Combate ao Desperdício de Gasto Público: uma reflexão baseada na comparação entre os sistemas de compra privado, público federal norte-americano e brasileiro. Dissertação de Mestrado apresentada ao Instituto de Economia da UNICAMP. Campinas, 2010. Disponível em http://repositorio.unicamp.br/jspui/bitstream/REPOSIP/285965/1/Motta_AlexandreRibeiro_M.pdf. Acesso em 30/07/2021.

NETO, Lira. **Getúlio 1930-1945: do Governo Provisório à Ditadura do Estado Novo**. Companhia das Letras, São Paulo, 2013.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais como Diferença Paradoxal do Sistema Jurídico**. 3ª Ed. São Paulo, WMF Martins Fontes, 2019

NÓBREGA, Marcos. **Direito da Infraestrutura**. São Paulo, Quartier Latin do Brasil, 2011

NÓBREGA, Marcos. **Os Tribunais de Contas e o Controle dos Programas Sociais**. Belo Horizonte, Fórum, 2011

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Administração Pública e o Princípio Constitucional da Eficiência**. Revista de Direito Administrativo, nº 241, Jul/Set 2005. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43371>.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. As Normas de Direito Público na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro: paradigmas para interpretação e aplicação do Direito Administrativo. São Paulo, Editora Contracorrente, 2019

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A releitura do Direito Administrativo à luz do pragmatismo jurídico**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 256, jan/abr 2011.

PALMA, Juliana Bonacorsi de e ROSILHO, André. **Constitucionalidade do direito ao erro do Gestor Público no art. 28 da LINDB**. Revista da CGU, v. 13, nº 23, jan-jun/2021. Disponível em https://revista.cgu.gov.br/Revista_da_CGU/article/view/386. Acesso em 30/08/2021.

PAULA, Ana Paula Paes de. **Por uma Nova Gestão Pública**. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 2005.

PINHEIRO, Armando Castelar *et al* (org). **Direito e Economia: diálogos**. Rio de Janeiro, FGV Editora, 2019.

PINHO, Diva Benevides e VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval (org). **Manual de Economia**, 5ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2004.

PL nº 7448: "A impunidade está escondida no pretexto da segurança jurídica e da eficiência". Publicado em 25/04/2018. Disponível em <https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/26398-pl-n-7448-impunidade-esta-escondida-no-pretexto-da-seguranca-juridica-e-da-eficiencia>. Acesso em 26/01/2021.

POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo: Teoria Social e Prática**. Rio de Janeiro, Relume Dumará, 2005.

POGREBINSCHI, Thamy. **Será o neopragmatismo pragmatista? Interpelando Richard Rorty**. Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (CEBRAP), Revista Novos Estudos, nº 74, Março/2006. Disponível em <https://www.scielo.br/j/nec/a/KxHW9SQpgTyTHpq9r8s5zyj/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em 19/08/2021.

POSNER, Richard. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. São Paulo, Editora Forense, 2010.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Plano Diretor da Reforma do Estado**. Brasília, 1995. Disponível em <https://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.pdf>. Acesso em 31/01/2021.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**, 27ª ed. ajustada ao Novo Código Civil. São Paulo, Saraiva, 2002.

ROSILHO, André Janjácomo. **Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União**. Tese de Doutorado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2016.

ROSILHO, André Janjácomo. O Direito Também Tem de Valer para o TCU. Disponível em <https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/10/O-Direito-tamb%C3%A9m-tem-de-valer-para-o-TCU-JOTA-Info.pdf>. Acesso em 27/07/2021.

SARMENTO, Daniel (Coord.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.

SCHUARTZ, Luis Fernando. **Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem**. Revista de Direito Administrativo, v. 248. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 2008. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41531>. Acesso em 19/01/2021.

SENADO FEDERAL. Comissão de Constituição e Justiça. **Parecer nº 22/2017 – PLS nº 349/2015**. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5205948&ts=1593913219004&disposition=inline>.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado – PLS nº 349/2015**. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=2919883&ts=1593913219692&disposition=inline>. Acesso em 26/01/2020.

SENADO FEDERAL. Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Lista de Votação Nominal - Parecer da Relatora do 349/2015. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5205869&ts=1593913219299&disposition=inline>. Acesso em 22/08/2021.

SENADO FEDERAL. **Segurança Jurídica e Qualidade das Decisões Públicas: desafios de uma sociedade democrática**, Brasília, Senado Federal, 2015, p. 11. Disponível em

<http://anastasia.com.br/wp-content/uploads/2015/09/segurancajuridica.pdf>. Acesso em 16/08/2021.

SENADO FEDERAL. Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. **Requerimento nº 35/2015**. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4407672&ts=1593913219561&disposition=inline>. Acesso em 22/08/2021.

SENADO FEDERAL. **Emenda Modificativa ao PLS 349/2015, de autoria do Senador Benedito Lira**. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5199856&ts=1593913218694&disposition=inline>.

SILVA, Benedicto. **Taylor e Fayol: Cadernos de Administração Pública nº 44**. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1960. Disponível em http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/11988/44_000020845.pdf?sequence=1. Acesso em 22/07/2021.

SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005

SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO. **Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL nº 7.448/2017**. <http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/Parecer-apoio-ao-PL-7.448-17.pdf>. Acesso em 22/08/2021.

STRECK, Lênio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito**. Belo Horizonte, Letramento, 2017.

STRECK, Lênio Luiz. **O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>.

SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Contratações Públicas e seu Controle**, Malheiros Editores, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*, 1ª Ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Uma Lei Geral Inovadora para o Direito Público**. Publicado em 31/10/2017. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/uma-lei-geral-inovadora-para-o-direito-publico-31102017>.

SUNDFELD, Carlos Ari. O Controle como Burocracia. Disponível em <https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/12/O-controle-como-burocracia-JOTA-Info.pdf>. Acesso em 27/07/2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RMS 56.858/GO, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 11/09/2018. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201800535440&dt_publicacao=11/09/2018. Acesso em 08/08/2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4665 DF. **Voto do Relator Min. Luiz Fux**. Disponível em https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/5/8A0F409B522ACC_votoFUX.pdf. Acesso em 20/07/2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 5551 DF. Rel. Min. Carmem Lúcia. Julgamento 15/03/2021. DJe 23/03/2021. Disponível em <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5551&classe=ADI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 30/07/2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº 6421 MC/DF. Relator Min. Luis Roberto Barroso. Julgamento 21/05/2020, DJe 12/11/2020. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754359227>. Acesso em 30/07/2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº 4068 DF. Relatora Min. Carmem Lúcia. Julgamento 05/08/2020. DJe 25/08/2020. Disponível em <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4068&classe=ADI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 29/07/2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 1188352 DF. Rel. Min Luiz Fux. Data de Julgamento 14/03/2019, DJe 22/03/2019. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749417436>. Acesso em 01/08/2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 837311 PI. Rel. Ministro Luiz Fux. Data do Julgamento 09/12/2015 DJe: 18/04/2016. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10744965>. Acesso em 01/08/2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ACO 3473 MC-Ref/DF. Rel. Min. Rosa Weber. Data do Julgamento 08/04/2021, DJe 24/05/2021 Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755935256>. Acesso em 01/08/2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 6146. Petição Inicial. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749929507&prcID=5702503#>. Acesso em 23/08/2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 6146. Manifestação da Advocacia Geral da União, p. 11. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753242808&prcID=5702503#>. Acesso em 23/08/2021.

TÁCITO, Caio. **A Administração e o Controle da Legalidade**. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/13995/12876>. Acesso em 19/01/2021.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Prova - princípio da verdade real - poderes do juiz - ônus da prova e sua eventual inversão - provas ilícitas - prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (dna)**. Disponível em <https://www.direitodefamilia.adv.br/2020/wp-content/uploads/2020/07/prova.pdf>. Acesso em 26/08/2021.

TORRANO, Bruno. **Pragmatismo no Direito e a Urgência do “pós-pós-positivismo no Brasil**. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2018.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Processo TC 012.028/2018-5. **Parecer da Consultoria Jurídica sobre o PL 7.448/2017**. Emitido em 20 de abril de 2018. Disponível em https://portal.tcu.gov.br/data/files/CD/E3/51/19/E151F6107AD96FE6F18818A8/Discussao_p_rojeto_lei_7.448_2017.pdf.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Referencial Básico de Governança, 2ª Versão. Brasília, 2014, p. 31-32. Disponível em https://portal.tcu.gov.br/data/files/FA/B6/EA/85/1CD4671023455957E18818A8/Referencial_basico_governanca_2_edicao.PDF. Acesso em 26/07/2021.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão nº 119/2016 – Plenário. Rel. Min. Vital do Rêgo. Processo 011.993/2015-4 Data da Sessão 27/01/2016. Disponível em https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO:119%20ANOACORDAO:2016%20COLEGIADO:%22Plen%C3%A1rio%22/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20. Acesso em 30/07/2021.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão nº 435/2020 – Plenário. Rel. Min Augusto Nardes. Processo 038.439/2019-0. Data da Sessão 04/03/2020. Disponível em https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A435%2520ANOACORDAO%253A2020%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em 08/08/2021.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão nº 3232 – Plenário. Rel. Min. Augusto Sherman. Processo 007.905/2015-7. Data da Sessão 02/12/2020. Disponível em https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO:3232%20ANOACORDAO:2020%20COLEGIADO:%22Plen%C3%A1rio%22/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20. Acesso em 09/08/2021.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão nº 2.307/2018 – Plenário. Rel. Min. Ana Arraes. Processo 015.601/2009-0. Data da Sessão 02/10/2018. Disponível em <https://bit.ly/3Dt5qeV>. Acesso em 23/08/2021.

WAHRLICH, Beatriz M. De Souza. **O Governo Provisório de 1930 e a Reforma Administrativa**. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, out/dez 1975. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/viewFile/6017/4683>. Acesso em 26/10/2020.