



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS – UFAL
FACULDADE DE DIREITO – FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO

JOSÉ MARÇAL DE ARANHA FALCÃO FILHO

**A LEI N. 13.655/2018 E O COMBATE À PARALISIA DA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA DIANTE DO ATIVISMO JUDICIAL**

Maceió/AL
2022

JOSÉ MARÇAL DE ARANHA FALCÃO FILHO

**A LEI N. 13.655/2018 E O COMBATE À PARALISIA DA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA DIANTE DO ATIVISMO JUDICIAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Alagoas como requisito do parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Linha de Pesquisa: Bases constitucionais da atuação e controle do Estado Administrador/Fiscal: entre os direitos individuais e o interesse público.

Orientador: Prof. Dr. Filipe Lôbo Gomes.

**Maceió/AL
2022**

Catálogo na Fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico

Bibliotecário: Marcelino de Carvalho Freitas Neto – CRB-4 – 1767

- F1851 Falcão Filho, José Marçal de Aranha.
A lei n. 13. 655/2018 e o combate à paralisia da administração pública diante do
ativismo judicial / José Marçal de Aranha Falcão Filho. – 2022.
129 f. : il.
- Orientador: Filipe Lôbo Gomes.
Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de
Direito de Alagoas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió, 2022.
- Bibliografia: f. 117-129.
1. Brasil. Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018. 2. Direito administrativo. 3.
Ativismo judicial. 4. Administração pública - Paralisia. I. Título.

CDU: 342.9

“O otimista é um tolo. O pessimista, um chato. Bom mesmo é ser um realista esperançoso.”

Ariano Suassuna.

RESUMO

O presente estudo remete aos impactos que os artigos 20, 21, 22 e 23 da Lei n. 13.655/2018 representam e irão representar no modo de agir do Gestor Público, levando em conta que a observação plena de seus comandos irá trazer maior segurança jurídica, contextualização e vinculação à realidade afetada pelas decisões oriundas do Poder Judiciário, muitas vezes desconectado da realidade que o cerca quando interpreta normas de gestão pública. A Lei n. 13.655/2018, de caráter estrutural, se prestou a alterar uma realidade pernóstica que ainda cerca o gestor e pode trazer resultados coletivos bastante substanciais, caso bem recebida e usada pela comunidade jurídica. Explorando alguns dogmas administrativos e justificando a necessidade de suas respectivas superações, o texto busca demonstrar que o ativismo judicial desenfreado, que vem acometendo o Brasil, pode e deve ser reduzido ou melhor controlado para o bem do bom gestor público, que se encontra num atual cenário de pânico decisório e de temor à inovação. O consequencialismo dos artigos 20 e 21 denota preocupação do legislador para com decisões atentas aos seus desdobramentos. A contextualização do artigo 22 visa trazer o julgador para mais perto da situação por ele analisada, conectando-o de forma empática ao bojo probatório dos autos. O regime de transição do artigo 23 visa reduzir os danos sociais causados por mudanças de entendimentos jurídicos, por garantir a existência de períodos de transição. É um cenário mais positivo em prol do gestor público, responsável por tirar do papel os mais diversos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

Palavras-Chave: Direito Administrativo. Ativismo Judicial. Paralisia Administrativa. Lei n. 13.655/2018.

ABSTRACT

The present study refers to the impacts that articles 20, 21, 22 and 23 of Law n. 13.655/2018 represents and will represent in the Public Manager's way of acting, taking into account that the full observation of his commands will bring greater legal certainty, contextualization and linkage to the reality affected by the decisions arising from the Judiciary, often disconnected from the reality that the fence when interpreting public management standards. Law n. 13.655/2018, of a structural nature, lent itself to changing a pernicious reality that still surrounds the manager and can bring quite substantial collective results if well received and used by the legal community. Exploring some administrative dogmas and justifying the need for their respective overcomings, the text seeks to demonstrate that the unbridled judicial activism that has been affecting Brazil can and should be reduced or better controlled for the good of the good public manager, who is in a current scenario of decision-making panic and fear of innovation. The consequentialism of Articles 20 and 21 denotes the legislator's concern for decisions that are attentive to their consequences. The contextualization of article 22 aims to bring the judge closer to the situation analyzed by him, connecting him empathetically to the probative bulge of the file. The transitional regime of article 23 aims to reduce the social damage caused by changes in legal understandings, by guaranteeing the existence of transitional periods. It is a more positive scenario in favor of the public manager, responsible for taking from paper the most diverse fundamental rights and guarantees provided for in the Federal Constitution of 1988.

Keywords: Administrative law. Judicial activism. Administrative Paralysis. Law n. 13,655/2018.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANAPE	Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal
CONTRAN	Conselho Nacional de Transito
CPC	Código de Processo Civil
CGU	Controladoria Geral da União
EPP	Empresas de Pequeno Porte
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
ME	Microempresas
PEC	Proposta de Emenda à Constituição
PLS	Projeto de Lei do Senado
STF	Supremo Tribunal Federal
SUS	Sistema Único de Saúde
TCU	Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	11
2. OS FETICHES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	15
2.1 Legalidade Estrita Versus Juridicidade.....	17
2.2 Menor Preço Versus Eficiência.....	21
2.3 Hipercontrole Versus Autonomia Administrativa.....	27
2.4 Marginalização da Política.....	32
2.5 Burocracia: O Sistema de Travas Administrativas como Fator de Desequilíbrio no Atuar do Administrador Público.....	36
2.6 A Constituição Federal de 1988: A Judicialização do Extenso Rol de Direitos Sociais da Carta Magna.....	40
3 O ATIVISMO JUDICIAL COMO CATALISADOR DA PARALISIA ADMINISTRATIVA.....	45
3.1 Ativismo Judicial: De onde vem? O Que é? Onde vive? Do que se alimenta?	46
3.2 Contextualizando o Ativismo Judicial.....	51
3.3 O Ativismo Judicial e a Asfixia Burocrática ou sobre como se dá a Paralisia Administrativa.....	58
3.3.1 O Apagão das Canetas: o medo de decidir como elemento social negativo.....	62
3.3.2 A Seleção Adversa: o afastamento dos bons quadros da Administração Pública e a atração de quadros propensos a assumir riscos.....	65
3.3.3 O Temor da Inovação: falta de incentivos aos que buscam soluções diferentes das usuais.....	67
3.4 Desafios da Maximização de Resultados e uma Crítica ao <i>Modus Operandi</i> Interventivo do Poder Judiciário	71
4 A LEI 13.655/2018: ACHEGAS DE EMPATIA AO GESTOR PÚBLICO.....	74
4.1 O Consequencialismo, o Contexto e a Empatia dos Artigos 20, 21 e 22.....	75
4.1.1 Filtro de Consequências: Os Artigos 20 e 21 da LINDB.....	76
4.1.1.1 O Artigo 20: Os Valores Jurídicos Abstratos e as Consequências.....	77
4.1.1.2 O Artigo 21: As Consequências e a Corresponsabilidade do Decisor.....	81
4.1.1.3 Escolha Filosófica, Parametrização e o Início do Percorso para Majoração da Segurança Jurídica Valendo-se das Consequências.....	85
4.1.2 Prisma de Empatia: O Artigo 22 e seu § 1º da LINDB.....	88

4.1.3 A Dosimetria dos §§ 2º e 3º do Artigo 22	95
4.2 O Artigo 23, as Balizas do Regime de Transição e a Continuidade do Direito	95
4.2.1 Discricionariiedade Administrativa e o Regime de Transição: Uma Relação Necessária.....	101
4.2.2 A Proporcionalidade na Atuação Discricionária Administrativa no Regime de Transição e a Sindicabilidade de tais Regramentos.....	104
4.2.3 Segurança Jurídica e Provisoriedade dos Regimes de Transição.....	108
4.2.3.1 Segurança Jurídica do Movimento.....	109
4.2.3.2 A Provisoriedade do Regime de Transição.....	112
5. CONCLUSÃO.....	114
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	117

1. INTRODUÇÃO

As obrigações legais, políticas, morais e éticas que cercam cada função trazem consigo, respectivamente, além da responsabilidade de gerenciar o destino dos jurisdicionados e das políticas públicas sob seus cuidados, toda uma gama de possíveis responsabilizações por atos comissivos ou omissivos no trato com a coisa pública, sem contar o necessário cuidado com os atos executados pelas pessoas que estejam hierarquicamente submetidas a determinado gestor, que também podem lhe trazer algum tipo de problema.

Para além desse cenário, trabalhar tendo o Direito Administrativo como caixa de ferramentas demanda do gestor público e de sua equipe uma batalha incessante e diuturna contra variados problemas que fazem parte da evolução da ciência administrativista e a integram, posto que dela, atualmente, ainda fazem parte, mesmo quando já deveriam ter sido superados ou, minimamente, adaptados à realidade atual. Aspectos que engessam o atuar do gestor, como o princípio da legalidade estrita ou as amarras burocráticas, se somam a uma perseguição cega pelo menor preço em detrimento da busca pela eficiência administrativa, por exemplo.

É que o quadro posto ao gestor público atual fora pintado, visando eliminar espaços de atuação para o mal administrador do erário, sendo contrário à juridicidade que deve ser perseguida pela Administração Pública. No cenário proposto pela Constituição de 1988, para além da multiplicidade de direitos fundamentais e garantias mínimas aos jurisdicionados, que denotam larga evolução da sociedade brasileira – e trazem grande peso para aqueles que devem entregar de fato tais políticas públicas – ganhou espaço de atuação o Poder Judiciário, que se arvorou na condição de empurrador da história após a judicialização do debate de diversos assuntos, antes afetos exclusivamente ao crivo do Poder Executivo.

Esse posicionamento do Poder Judiciário assumiu escalas preocupantes nos pouco mais de trinta e quatro anos de vigência da atual Constituição Brasileira, dando cada vez mais espaço a debates sobre bases e limites do fenômeno conhecido como ativismo judicial e, ainda, até onde o Poder Judiciário pode e deve intervir na seara de comando dos demais poderes constituídos.

Decisões judiciais carregadas com largas e elásticas doses de interpretação, quase sempre prenhes de convicções pessoais e muitas vezes baseadas em valores abstratos pouco ou não fundamentados, mas quase sempre despidas de concatenação que lhes dessem lastro, desconsideram as consequências do que se diz no papel para o mundo real ou, ainda, não levam em conta o necessário tempo de transição entre o estado de coisas atual e o pretendido

pelo comando judicial. A construção do contexto destacado gera uma insegurança jurídica apta a engessar o Administrador Público.

É um contexto preocupante, sob o ponto de vista de que se faz necessário a preservação da separação de poderes, de que a atividade jurisdicional não pode se subsumir no papel de decisor singular ou de julgador mais importante da decisão meritória administrativa.

Não obstante, toda a pressão que se colocou sobre os ombros da pessoa do gestor público, o cenário posto acabou por asfixiá-lo, atemorizando o agir do bom administrador público, que se vê num cenário limitador para a tomada de decisões. Com suas canetas apagadas, o gestor público evita decidir e se imobiliza diante das incertezas do ambiente de inovação, tão caro à iniciativa privada e tão rico na evolução de tudo e qualquer coisa positiva que venha a ocorrer na sociedade contemporânea. Tais fatores decorrem também da preocupação em ser responsabilizado diante do cenário de flagrante insegurança jurídica daí advindo. É que o ambiente de inovação precisa ser colaborativo e, não menos importante, precisa de margem para o erro, para as novas tentativas, para as melhorias necessárias ao evoluir da coisa pública.

O panorama, não muito atrativo, acaba, por fim, por afastar da coisa pública as pessoas mais qualificadas ou que não estejam propensas a assumir riscos. E eles não são poucos quando se tem o peso da caneta na mão, sejam eles financeiros, criminais, administrativos ou cíveis.

O amplo âmbito de atuação do ativismo judicial joga importante dose de insegurança jurídica sobre a atividade do gestor: descumprimentos do rol de direitos fundamentais, princípios desacatados, falhas em processos administrativos descobertas anos ou décadas após sua execução, desconsideração do planejamento estatal pelas intervenções judiciais, descumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal, interpretações extensivas sobre a Lei de Improbidade, dentre outros. O rol é extenso.

O problema é que o cenário de limitações e intervenções judiciais visando limitar, conduzir e punir o mal gestor acaba também limitando, conduzindo e punindo o bom gestor ou, ainda, o gestor bem-intencionado que, executando suas atividades, pode cometer equívocos ou descumprir alguma obrigação legal, dentre tantas exigíveis. O contexto é agudizado pela multiplicidade de normatizações do Direito Administrativo, que possui múltiplos comandos advindos dos mais diversos órgãos e searas da Administração Pública Federal, por exemplo.

É que o aumento da atuação judicial sobre os atos do Poder Executivo acabou gerando um recuo nas zonas de imunidade dos atos estatais dele oriundos, configurando um novel desenho institucional e que acabou pondo o Poder Judiciário num lugar de destaque diante dos demais poderes. A nova perspectiva tem como moldura uma sociedade e uma Administração Pública cada vez mais complexas e voláteis, erodindo a certeza diante do dilema contínuo entre respostas unívocas ou plurais. Perigoso conceber que às decisões do Poder Judiciário seja dado exaurir ou retalhar as funções administrativas, notadamente quando lancem mão de voluntarismos ou arbitrariedades.

O *modus operandi* atual de intervenção judicial na Administração Pública, errático, inesperado e muitas vezes desatento à realidade por ela alterada, construído, muitas vezes, despido de diálogo e conhecimento técnico por parte do Poder Judiciário interventivo, pode carregar em seu bojo, de forma nem sempre clara, prejuízos à atividade do gestor e à eficiência administrativa.

As inserções judiciais acabam por afetar a conceituação de tripartição de poderes, que devem ser independentes e harmônicos entre si, recomendando esforço de autocontenção judicial e que devem trazer à evidência o imbróglio que orbita os poderes decisórios do Juiz e sua discricionariedade, haja vista que o Direito muitas vezes nasce obsoleto, se torna manejável e passa ser ele próprio fonte de imprevisibilidade e, via de consequência, de insegurança jurídica a todos que dele se socorrem.

Relevante, portanto, para a mitigação desse cenário o advento da Lei n. 13.655/2018, oriunda de anteprojeto idealizado no âmbito da academia – notadamente pelos artigos 20, 21, 22 e 23, objetos de estudo do presente trabalho, como ferramentas de combate ao ativismo judicial desenfreado e suas nocivas consequências ao sistema de gestão pública – que trouxe maior qualidade e profundidade ao exercício jurídico-decisório acerca de questões públicas no Brasil, uma vez que impôs novas e melhores balizas de fundamentação para as decisões judiciais, limitando seu espectro de ação. Mais segurança jurídica e mais previsibilidade foram injetadas no sistema legal administrativo brasileiro.

A necessária explicitação do uso de valores abstratos da decisão judicial ou, ainda, da decisão que invalide ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa diante de um cenário de necessária observação das consequências daí advindas (artigos 20 e 21), somadas à consideração dos obstáculos, das dificuldades reais do gestor e das exigências das políticas públicas a seu cargo (art. 22) e, por fim, a necessária modulação proposta pelo regime de transição que deverá ser observado sempre que for estabelecida interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento

de direito (art. 23), trazem mais segurança jurídica e previsibilidade ao gestor, combatem o ativismo judicial irresponsável e despreocupado com o mundo real.

Com a chegada e aplicação dos dispositivos mencionados o gestor público tem em suas mãos vasto ferramental para retornar ao seu papel de proeminência na condução da coisa pública e, mesmo quando tal papel for em parte moldado pela intervenção judicial devidamente motivada, uma vez acatados os ditames positivados pela nova norma, passa a conduzir seu modo de atuar com mais segurança jurídica, haja vista a maior previsibilidade das decisões oriundas do Poder Judiciário em seu aspecto interventivo.

O presente trabalho se presta a demonstrar como os ônus impostos ao gestor público por bases arcaicas do Direito Administrativo, que dialogam diretamente com o ativismo judicial interventivo, podem e devem ser desmontados, desconsiderados e até mesmo remodelados para um estado de coisas de maior segurança jurídica com a aplicação dos ditames dos artigos 20, 21, 22 e 23 da Lei n. 13.655/2018, maior previsibilidade sistêmica e, via de consequência, de maximização da eficiência administrativa no nível da gestão pública.

2. OS FETICHES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Num primeiro momento, pode parecer estranho que se use a palavra fetiche num texto acadêmico, notadamente para introduzir temas tão caros à sociedade como um todo, como aqui se pretende. Aparenta até certa falta de zelo vincular tal palavra a qualquer assertiva que orbite o Direito Administrativo, ramo este voltado, em parte, ao estudo dos atos de gestão pública, que acabam sendo, ao fim e ao cabo, a pluralidade de pessoas integradas a diversos procedimentos, processos e alocações de recursos – para ser bem sucinto – direcionados à implementação das mais diversas políticas públicas que afetam os indivíduos diariamente, das mais diversas formas: educação, infraestrutura, saúde, mobilidade, benefícios sociais, proteção do Estado, dentre outros.

O conceito de fetiche, para além de qualquer conotação sexual que se possa atribuir num primeiro momento, no sentido aqui proposto, pode ser encontrado em qualquer dicionário da língua portuguesa que o define como “objeto a que é prestada adoração ou que é considerado como tendo poderes sobrenaturais”¹.

Na presente seção buscar-se-á descrever algumas antigas balizas do Direito Administrativo pátrio que, apesar de figurarem como balizas históricas de tal ciência, precisam ser superadas ou, no mínimo, remodeladas. Se tratadas como dogmas, como o fazem alguns nichos da própria Administração Pública e as autoridades que fiscalizam/analisa suas condutas, certo é que (ainda que úteis num primeiro momento de estabelecimento das balizas que deram suporte à ciência administrativista), continuarão a impedir o avanço da gestão pública, dos gestores públicos e do modo de pensar do Poder Judiciário, que atua como moderador das condutas estatais.

É que o ativismo judicial, estrela do título do presente estudo, não atua sozinho como vilão do atuar administrativo. Os fetiches adiante descritos, tem papel importante na paralisia administrativa e formam com o ativismo o cenário dantesco aqui estudado. Daí a importância do destaque adiante conferido.

Os avanços no modo de pensar, projetar e executar a gestão pública, tão necessários à sociedade e que vêm sendo incentivados por mecanismos modernos de interpretação jurídica, como é o caso da Lei n. 13.655/2018, objeto fundamental do presente texto, acabam sendo obstados pelos dogmas aqui chamados de fetiches². É no uso indiscriminado, quiçá arcaico, de tais conceitos em que se afere a real “adoração” desses dogmas e até mesmo uma atribuição de “poderes sobrenaturais” aplicados de forma sistematicamente prejudiciais. O

¹ Disponível em: <<https://dicionario.priberam.org/fetiche>>. Acesso em: 12 fev. 2022.

² A expressão é citada em: NÓBREGA, Marcos. **Direito e economia da infraestrutura**. 1ª reim. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

modo de pensar não é útil. O Direito já não pode ser mais visto “como obra dos legisladores, olímpicos e distantes, mas também a de juizes e de juristas, de operadores do Direito, no dia a dia de sua interpretação e aplicação”³.

Diante do progresso social, superar tais fetiches, ou adapta-los à realidade atual, se mostra necessário para que haja inovação no modo de pensar o Direito, visando acomodar as novas exigências requeridas pelo decurso do tempo e das novas tecnologias. É preciso considerar que a legislação nova carrega consigo ideias mais aperfeiçoadas do que as normas antecedentes. Não se pode com isso, é claro, desprezar as relações jurídicas criadas sob a égide das normas pretéritas⁴, primando pela segurança jurídica e pela previsibilidade do sistema legal diariamente mutante, que será adiante tratada.

Alguns dos fetiches aqui tratados serão postos diante de proposta para o arrefecimento das consequências indesejadas de suas adorações ou de seus míticos poderes sobrenaturais enquanto outros serão tão somente descritos. Todo esse contexto fora pensado sob o prisma de que o Direito, notadamente aquele destinado aos métodos interpretativos de gerir a coisa pública, possui como função a regulamentação de comportamentos sociais, que influencia diretamente o gestor público em seu modo de agir e pensar, não podendo ser tratado como matemática ou lógica pura. Deve, portanto, possuir legitimidade, pautada em fundamentos consistentes e não em mero arbítrio, conforme as características de cada caso concreto⁵ já que não há que ser tratado com conceitos apriorísticos.

Nesse sentir é que se propõe a revisão ou, ao menos, a revisitação dos conceitos da “legalidade estrita”, da busca cega pelo “menor preço”, do “hipercontrole”, da “burocracia” e da aplicação insensível (ou mesmo inconsequente) dos primados da Constituição Federal de 1988, para que se compreenda melhor a realidade do Direito Administrativo, usado diariamente pelas pessoas que tiram as políticas públicas do papel para torná-las realidade. A partir daí, é possível se obter conclusões de maior empatia com o gestor público, cujos bons resultados de trabalho otimizam o uso dos recursos públicos e a vida da coletividade como um todo, sendo este, também, um dos objetivos propostos pela Lei n. 13.655/2018 em seus artigos 20, 21, 22 e 23.

2.1 Legalidade Estrita Versus Juridicidade

³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro. Renovar 2006, p. 234.

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil, vol. I**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 89.

⁵ NOHARA, Irene Patrícia. O tabu da proporcionalidade e a justiça do caso concreto. PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *In Mutações do direito administrativo: estudos em homenagem ao Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 160.

O Direito Administrativo brasileiro foi forjado em fornos de legalidade estrita. É o primeiro objeto de adoração aqui tratado. Afirmar que, ao gestor público não incumbiam quaisquer liberdades ou vontades pessoais ou, ainda, que a Administração só poderia fazer aquilo que Lei autorizasse⁶ foi, por muito tempo, um dos pilares mais fortes da ciência administrativista.

Entender o Administrador Público como um singelo braço mecânico da Lei colocava a ciência administrativista num antagonismo insustentável diante de uma realidade dinâmica e que demandava desse mister, personificado na figura do gestor público, o exercício das mais variadas políticas públicas, o que acabou por tornar uma certeza: a realidade dinâmica por nós vivenciada não cabe em folhas de papel.

O conceito de legalidade é abordado por Ana Paula de Barcelos como nada mais do que a conclusão jurídica que se atém apenas às regras que traçam comportamentos, num pensamento desvinculado dos objetivos primários aos quais estão arraigados, enquanto os princípios jurídicos, por seu turno, conduziram o modo de pensar a um quadro ideal, sem grande consideração quanto às condutas que mirem alcançar os fins por eles propostos⁷.

Já para José dos Santos Carvalho Filho, a legalidade se limita à uma singela verificação entre conduta e norma, sem que isso demande maiores reflexões (ou interpretações) acerca de seu conteúdo ou mesmo seus objetivos, situação esta que acaba por reduzir o alcance da norma diante de tal substancialidade normativa⁸.

Cediço que a sociedade em que vivemos é dinâmica. É nesse cenário rápido e imprevisível (catalisado pelas tecnologias disponíveis, cada vez mais descartáveis) que se mostra evidente a impossibilidade do legislador prever e regular, por meio do burocrático e lento processo legislativo, todo o rol de situações envolvendo relações econômicas e sociais que são colocadas diante da Administração Pública⁹, fazendo com que tais conjunturas deem ensejo ao surgimento de novas normas, ideias, argumentos e ferramentas¹⁰ que servem para enfrentar as situações postas diante do gestor.

⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, pp. 82/83.

⁷ DE BARCELLOS, Ana Paula. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 169/170.

⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Paradigmas do Direito Administrativo Contemporâneo. PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *In* **Mutações do direito administrativo: estudos em homenagem ao Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 217.

⁹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 35.

¹⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. 2ª Ed. Rev. e Amp. 2ª Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 45.

Logo, é preciso compreender que a Administração Pública não pode estar subordinada apenas às leis, mas também aos princípios jurídicos dentro do contexto do Estado Democrático de Direito, no que se pode denominar por princípio da juridicidade¹¹. O Direito Administrativo e, via de consequência, a interpretação das normas voltadas à gestão pública deve fundar-se justamente na busca incessante pela implementação cada vez mais eficiente dos direitos fundamentais, o que afasta o agir administrativo livre, inconstante e despótico¹².

O enfrentamento das situações diariamente postas diante dos gestores públicos e a solução adotada em cada caso concreto, diante do controle exercido nos atos administrativos pelo Poder Judiciário, vêm gerando uma inúmera gama de situações onde os gestores, apesar de terem adotado uma interpretação jurídica possível dentre as opções legais disponíveis (diante dos obstáculos e das dificuldades reais enfrentadas, sem descurar das exigências das políticas públicas a seu cargo), acabam sofrendo sanções ou intervenções em suas atividades por parte de um Judiciário nem sempre conectado ao contexto posto na execução dos atos administrativos. Limites técnicos, fáticos e financeiros de cada caso nem sempre são considerados nas decisões judiciais. Isso leva o ente judicante a intervir de forma indevida na execução de políticas públicas, na alocação de orçamento, muitas vezes tomando as rédeas de situações que deveriam ficar sob os cuidados exclusivos do Poder Executivo¹³.

É que tais situações ocorreram (e continuam ocorrendo, em verdade) de forma concomitante ao imparável movimento de modernização da interpretação jurídica, cuja centralização, antes plantada em torno do Legislador e dos textos normativos que ele editava, se deslocou para a figura do intérprete que já não mais deveria se ater à singela descrição de significados preexistentes de um dispositivo normativo, ou seja, à legalidade estrita.

Passou o intérprete a ter para si o poder de reconstruir, de forma aprofundada, os sentidos da norma por meio da análise dos elementos que integram o texto e também os fatores extratextuais do sistema jurídico¹⁴ fazendo com que o “intérprete do direito e o juiz

¹¹ OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 381-382.

¹² OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende Oliveira. Precedentes administrativos no Brasil. PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *In* **Mutações do direito administrativo: estudos em homenagem ao Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 160.

¹³ Tome-se como exemplo o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347, onde fora reconhecido o Estado de Coisas Inconstitucional no sistema carcerário brasileiro. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347**. (Julgada em 18.03.2020, pub. 01.07.2020). Min. Marco Aurélio Mello.

¹⁴ PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. **Fundamentação das decisões judiciais: o controle da interpretação dos fatos e do direito no processo civil**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, pp. 33/34.

ocupem o lugar anteriormente ocupado pelo legislador como objeto de análise”¹⁵. Perde força, portanto, a legalidade estrita.

Cuida de um cenário de multiplicação de polos legitimados para produzir o Direito, figurando a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, nos dispositivos aqui estudados, em tais situações, como uma norma prenhe de comandos de uso reflexo, um filtro que apresenta ao sistema legal pátrio um rol de balizas apto a conduzir o processo interpretativo para a boa aplicação das demais normas¹⁶. É, sem dúvidas, um filtro que traz ao sistema segurança jurídica e maior previsibilidade.

Atua a LINDB como norma estruturante, assim considerada, por tratar-se de regulamentação de aplicação do Direito pelo próprio Direito. Tal conclusão encontra eco, inclusive, no Supremo Tribunal Federal¹⁷.

Essa autorregulamentação do Direito acaba por dinamizar seu processo criativo, pois tal ciência se desenvolve por meio de uma rede sistêmica tecida por várias outras normas, de onde se obtém a juridicidade em detrimento da legalidade estrita. Certo é que haveria caos sem uma norma de tal estirpe como referência.

Para Umberto Eco, esse processo interpretativo deve buscar a intenção do texto, devendo ignorar a intenção do autor do texto (de difícil aferição) e a do intérprete (que pode, livre de amarras, desbastar o texto até que a interpretação chegue aonde ele deseja)¹⁸.

Nesse ponto, é útil a interseção dos comandos de sobredireito da LINDB com os demais ramos do Direito que vem a ser, na visão do presente texto, uma evolução gigantesca aos resultados obtidos a partir do estudo da ciência jurídica, focados no sistema como um todo, onde uma norma jamais poderá ser interpretada e aplicada de forma desconectada de todo o contexto legal em que está inserida, ou seja, sempre focado na juridicidade de cada arremate.

A experiência do intérprete no trato com tais suportes legais decorre da construção de um juízo implicacional que culmina na obtenção da norma jurídica, já que ele, intérprete, deve se movimentar entre os enunciados para compreendê-los em sua individualidade, sabendo

¹⁵ CALSAMIGLIA, Albert. **Pospositivismo**. Doxa – *Cuadernos de Filosofia del Derecho*, n. 21, p. 209-220, 1998, p. 215.

¹⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Comentários à Lei n. 13.655/2018 (Lei da Segurança Jurídica para Inovação Pública)**. Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas. Belo Horizonte: Fórum, 2019, pp. 11/14.

¹⁷ “É plausível, em face do ordenamento jurídico constitucional brasileiro, o reconhecimento da admissibilidade das leis interpretativas, que configuram instrumento jurídico idôneo de veiculação da denominada interpretação autêntica. As leis interpretativas – desde que reconhecida a sua existência em nosso sistema de direito positivo – não traduzem usurpação das atribuições institucionais do Judiciário e, em consequência, não ofendem o postulado fundamental da divisão funcional do poder”. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 605** (publicada em 05.03.93) Rel. Min. Celso de Mello.

¹⁸ ECO, Umberto. **Interpretação e superinterpretação**. Trad.: Mônica Stahel. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 29.

manejar frases prescritivas que orientam o seu comportamento, sem descuidar dos reflexos sistêmicos de suas conclusões em respeito aos termos expostos na LINDB.

O Direito não é (nem tem como ser, diga-se) completo, pois a sociedade que ele regula possui um dinamismo infindável, ao qual a ciência jurídica persegue continuamente, mas nunca pode (nem deve) ultrapassar. É um trabalho, sempre que voltado aos textos legais ou infra-legais, que vai além de lhes aclarar, pois se faz necessário a busca de um sentido que possua coerência com a realidade que lhe subjaz¹⁹.

A ideia de ordenamento jurídico pleno, hermético e livre de lacunas e antinomias, numa análise estática e sob o prisma de um sistema jurídico fechado, nada mais é do que uma representação fantasiosa²⁰.

Nesse ponto, percebe-se que a proposta trazida pela reforma dos dispositivos em estudo da LINDB, tocada no bojo da Lei n. 13.655/2018, buscou extirpar definitivamente os efeitos desse tipo de pensamento de completude do meio jurídico. Nem sempre o Direito trará todas as respostas. Nítido o intento de promover uma interpretação jurídica voltada à realidade consequencial das decisões sobre gestão pública para que nas intervenções judiciais sejam considerados e ponderados os plausíveis desdobramentos das conclusões adotadas, conforme artigos 20 e 21, que serão especificamente trabalhados adiante. A carga valorativa de toda a sistematicidade que o direito deve perseguir é facilmente percebida no contexto aqui exposto, o que acaba por fazer com que a legalidade estrita vá perdendo espaço.

A carga argumentativa daí derivada configura mais um ônus aos decisores, para além dos caracteres contidos no artigo 489, § 1º, do Código de Processo Civil, por exemplo.

A legislação infraconstitucional já começa a sentir os efeitos desse modo de pensar o Direito diante das consequências das decisões que interfiram nos atos do Poder Executivo, a exemplo do art. 171, § 1º, II, da Lei n. 14.133/2021²¹, que regulamenta as licitações e os contratos administrativos.

¹⁹ 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. 15.

²⁰ PIRES, Luis Manoel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa**: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 45.

²¹ **Art. 171.** Na fiscalização de controle será observado o seguinte:

(...)

§ 1º Ao suspender cautelarmente o processo licitatório, o tribunal de contas deverá pronunciar-se definitivamente sobre o mérito da irregularidade que tenha dado causa à suspensão no prazo de 25 (vinte e cinco) dias úteis, contado da data do recebimento das informações a que se refere o § 2º deste artigo, prorrogável por igual período uma única vez, e definirá objetivamente:

I - as causas da ordem de suspensão;

II - o modo como será garantido o atendimento do interesse público obstado pela suspensão da licitação, no caso de objetos essenciais ou de contratação por emergência.

Fácil perceber, portanto, que o fetiche da legalidade estrita, a despeito de ter sido importante para o molde inicial da ciência administrativista, não mais se mostra suficiente, devendo ser substituído pela juridicidade, mais completa e que concatena o todo do sistema jurídico de forma ampla, atendendo os anseios gerais do sistema jurídico e não o de determinado dispositivo de lei.

2.2 Menor Preço Versus Eficiência

Outro fetiche que persegue o gestor público é o da obtenção do menor preço²². Cedição que a Constituição Federal de 1988 trouxe em seu bojo a obrigatoriedade de que toda aquisição ou contratação realizada pelo Poder Público para realização de obras, serviços, compras e alienações devem ser realizados por meio de licitação pública que garanta a igualdade entre todos os concorrentes, conforme prega o artigo 37, XXI, da Constituição Federal²³.

A obrigatoriedade trazida no referido dispositivo fez com que fosse trazido ao cenário jurídico, legislação específica destinada à regulamentação de tais contratações, qual seja, a Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e deu outras providências. Atualmente, a citada Lei divide o cenário jurídico com sua substituta, a Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021, possuindo a Lei mais antiga poucos meses de vigência, caso o atual estado de coisas se mantenha como está, haja vista que a partir de abril de 2023 terá vigência apenas a Lei n. 14.133, nominada como “Lei de Licitações e Contratos Administrativos”.

Nos idos anos de 1993, no advento da Lei n. 8.666/93, a despeito do artigo 3º original (a versão atual é a terceira) já afirmar que a busca pela proposta mais vantajosa seria um dos

(...)

BRASIL. **Lei n. 14.133/2021, de 01 de abril de 2021**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm>. Acesso em: 04 ago. 2021.

²² O tratamento do menor preço como um dos fetiches da Administração Pública pode ser observado em NÓBREGA, Marcos. **O projeto da nova lei de licitação, o “fetiche da mediocridade” e o empecilho ao *best value for money***. Disponível em: <http://www.licitacaocontrato.com.br/assets/artigos/artigo_download_79.pdf> Acesso em: 30 mai. 2022.

²³ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 fev. 2022.

objetivos primordiais daquela Lei, estabeleceu-se culturalmente entre os que faziam e fazem a Administração Pública, e também para aqueles que a fiscalizam, que um dos critérios de julgamento de propostas, elencado no art. 45, § 1º, I, da Lei n. 8.666, qual seja, o menor preço, seria o norte a guiar a tal vantajosidade. Noutras palavras: trataram de forma igual vantagem e economia.

Explica-se: uma aquisição ou contratação vantajosa não será, necessariamente, a de menor preço. Vários problemas são criados por conta de tal confusão, como os exemplos que seguem: i. Baixa qualidade dos produtos e serviços contratados (que exigem novas contratações para suprir os itens que não atendem o que demanda a Administração); ii. Pouca durabilidade dos produtos comprados, fazendo com que os ciclos de cada certame tenham que ser mais curtos e repetidos num menor período de tempo, o que acaba gerando mais gastos; iii. Desinteresse dos licitantes em fornecer à Administração, diante da baixa remuneração e da grande carga de responsabilidade (a má prestação do serviço ou fornecimento pode ensejar multas, suspensões e demais reprimendas) e; iv. Falta ou dificuldade de medidas que permitam a padronização de produtos e serviços ofertados pela Administração Pública quando há intervalo de tempo entre contratações diversas.

Ora, vantajosa não pode ser considerada apenas a aquisição mais barata. Esse é o conceito de economicidade, baliza diferente da aquisição pública. Por vantajoso deve-se entender aquilo que se molda realmente ao seu significado colhido no dicionário: i. Que dá vantagem, de que se obtém proveito, ganho; ii. Em que há perspectiva de proveito ou ganho, proveitoso; iii. Que dá lucro, lucrativo²⁴.

Apesar de serem conceitos totalmente distintos, é nítida a confusão adstrita ao fato de que, quando o licitante que oferta o menor preço não é o vencedor da licitação acaba o controle (judiciário, controle externo e sociedade civil) colocando um ponto de interrogação sobre a respectiva contratação, ganhando espaço toda sorte de elucubrações sobre aqueles que conduziram o certame e, superada tal fase, efetuaram a contratação. A mesma situação ocorre com as contratações por meio de dispensa e inexigibilidade, ou seja, quando não é realizado o certame licitatório de forma competitiva, que são levadas a cabo pelo gestor público.

A nova Lei de licitações ecoou esse complexo de inferioridade que acomete as aquisições da Administração Pública. O artigo 20, da Lei n. 14.133/2021²⁵, regulamenta que “Os itens de consumo adquiridos para suprir as demandas das estruturas da Administração

²⁴ Disponível em: <<https://www.aulete.com.br/vantajoso>>. Acesso em: 14 fev. 2022.

²⁵ BRASIL. Lei n. 14.133/2021, de 01 de abril de 2021. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm>. Acesso em: 04 ago. 2021.

Pública deverão ser de qualidade comum, não superior à necessária para cumprir as finalidades às quais se destinam”. Ou seja, a Administração deve ser tangida sempre dentro do ordinário, do básico, do mínimo necessário. Nada além disso.

A confusão entre os institutos que tomou forma traz à gestão pública uma série de problemas. Passa a Administração Pública em geral, a comprar e contratar visando sempre as maiores economias possíveis no que tange à parte financeira ou até mesmo realizando licitações em casos que o referido processo sequer seria necessário (casos de dispensa) ou mesmo possível (inexigibilidade de licitação). Não que isso seja de todo ruim, afinal, é de se esperar que o Executivo consiga usar os limitados recursos financeiros que tem à disposição da forma mais ampla possível, capilarizando, em favor da população, no máximo grau possível, a multiplicidade de direitos fundamentais trazidos pela Constituição Federal. Sempre que possível deverá realizar o certame público para escolha do fornecedor.

O primeiro problema do fetiche do menor preço que se identifica é que a sanha pela economia a qualquer custo sacrifica a vantajosidade das contratações em diversas oportunidades. Para melhor ilustrar o que aqui se busca explicar, vale fazer um paralelo com a seara privada.

Necessário fazer um pequeno exercício de criatividade que envolva o leitor: imagine que você, caro leitor, necessita de uma caneta e que possui para sua compra o valor de R\$ 10,00 (dez reais). No paralelo aqui proposto com o Estado já teríamos uma necessidade a ser atendida (compra da caneta) e o valor que limita tal compra, ou seja, existe um orçamento. Saindo à rua para efetuar a compra, o leitor deve procurar uma caneta que atenda às suas necessidades, ou seja, que funcione, que possua uma durabilidade razoável, um bom custo benefício e que, por fim, esteja dentro de seu limitado orçamento.

Parece pouco mais que evidente que o valor do objeto é uma das características que irão orientar a compra, mas é bom notar que ela é uma das características e não “a” característica fundamental. Alguns poucos incautos comprariam para si a caneta mais barata apenas por ela ser a mais barata. Doutra banda, o bom comprador guiar-se-ia por alguns questionamentos: a caneta funciona bem? A caneta vai durar o tanto que preciso? Existem canetas com valor pouco menor ou pouco maior que possuam qualidade melhor? As respostas parecem claras: respeitado o orçamento, o que buscará o particular é ser o mais econômico (respeitando seu orçamento) e efetivo (comprando um bem que lhe sirva e lhe traga benefícios ou vantagens), ou seja, buscará ser eficiente fazendo mais (compra de caneta de qualidade) com menos (aplicando da melhor forma possível seu limitado orçamento).

E é justamente nesse ponto que o critério do menor preço não basta para aferir qual produto ou serviço deve ser contratado pela Administração, pois essa sanha econômica acaba deixando de lado a vantajosidade de cada aquisição. Em muitas oportunidades inexistente vantagem para a Administração para além de ter pago o menor preço, o que acaba por inflar diversos problemas que afligem a população e fazem escoar pelo ralo seus recursos.

O segundo problema que se identifica em tais condutas é a baixa qualidade das contratações realizadas pelo Poder Público. É que, além da busca cega pelo menor preço ocorre de forma bastante comum a má descrição daquilo que se pretende contratar, o que acaba sendo causado pela falta de qualificação de boa parte dos servidores públicos (efetivos ou comissionados) que atuam nos processos de compras públicas. Noutras palavras e valendo-me novamente do exemplo alhures: é o particular que quer uma caneta, mas sequer sabe descrever de forma objetiva aquilo que realmente atende seus anseios.

Não bastasse o déficit mencionado, é de se ver também que ocorre no seio da Administração uma larga assimetria informacional entre a Administração Pública (contratante/compradora) e contratados. É um imbróglio que potencializa as diferenças entre as partes na hora de cada aquisição. Enquanto o primeiro grupo compra de tudo: lápis, carros, remédios, obras, computadores, dentre outros, o segundo grupo atua em áreas de expertise bem definidas: quem vende carros não atua no setor farmacêutico, quem vende computadores não fornece gêneros alimentícios e até as construtoras atuam em nichos específicos de obras de engenharia (esgotamento, asfalto, concreto etc.).

Numa leitura desavisada do parágrafo anterior o primeiro questionamento que poderia surgir seria em torno de uma eventual especialização das comissões de licitação para evitar essa desigualdade de informações. Notório que tal modo de organização é factível em órgãos de maior potencial financeiro, tais como União, Estados, Distrito Federal e até em Municípios de maior porte, como as capitais. Mas nos Municípios de médio e pequeno porte, que gastam grande quantidade de recursos públicos diariamente, essa é uma realidade muito distante e impossível de ser conseguida. É uma realidade bem distante do ideal onde um mesmo servidor ou restrito grupo de servidores é responsável pela compra de tratores, remédios, pedras de calçamento e bancas escolares, por exemplo.

Todos os fatores acima expostos são agudizados pelos dois últimos problemas aqui tratados, quais sejam, a compra de produtos longe das cercanias de quem compra – fato este bastante comum em tempos de pregão eletrônico, onde pode o interessado participar do certame estando em qualquer lugar do globo terrestre, desde que esteja diante de um

computador conectado à internet – e a solução de continuidade quadrienal por que passa o Poder Público, no mínimo, a cada período eleitoral.

Ora, ao comprar produtos longe de seu território por meio do pregão eletrônico, o Poder Público, para além de não fomentar a economia que primeiro lhe interessa (afinal, é a papelaria da esquina quem paga em dia o IPTU e emprega residentes da cidade) envia dinheiro para outras cidades e Estados que possuem melhor estrutura industrial e comercial. Entram em disputa para fornecimento de bens e ou serviços empresas de pequeno porte, microempresas, fábricas e grandes fornecedores, sendo que estes últimos possuem toda uma logística e estrutura de produção apta a engolir os menores. Noutra senda, a compra de bens de fornecedores distantes fisicamente de cada comprador dificulta sobremaneira a efetividade da fiscalização de cada recebimento de bens e até mesmo sua logística de fornecimento.

Atento a tal fato, o legislador cunhou a figura jurídica do empate ficto, previsto no art. 44, § 1º, da Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006²⁶ que, por mais que logre êxito em fazer com que Empresas de Pequeno Porte (EPP) e Microempresas (ME) efetivamente ganhem diversas licitações em que disputam com empresas de maior porte, acabou fazendo com que diversas empresas de maior porte possuam uma, duas, três ou até mais EPP's ou ME's a si vinculadas para burlar tal benefício. É, no Brasil, o jogo é duro.

É diante de todo esse contexto fetichista dos problemas causados pela busca incessante pelo menor preço que se coloca como solução simples a busca pela eficiência, trazida no bojo do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, como um dos princípios norteadores da Administração Pública. Ser eficiente nada mais é do que fazer mais gastando menos recursos, estes últimos entendidos como recursos financeiros, materiais e humanos, com foco sempre em resultados.

O estado-dirigente, atento à gestão de resultados que tragam à população de forma efetiva as políticas públicas elencadas no bojo da Constituição Federal de 1988, deixa de lado a imperatividade da tripartição de poderes em sua forma clássica, que deve ceder diante do pluralismo de ideias que deve ser observado no estado democrático de direito²⁷.

Ora, na relação Estado-administrado o Princípio da Eficiência é um baluarte inegável, situação esta que fora reconhecida quando de sua inserção como princípio nodal da Administração Pública no *caput* do art. 37, da Constituição Federal, que era omissa quanto a

²⁶ BRASIL. **Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm>. Acesso em: 13 mar. 2022.

²⁷ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. DOTTI, Marinês Restolatti. **Convênios e outros instrumentos de “Administração Consensual” na gestão pública do século XXI: restrições em ano eleitoral**. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 259.

tal ponto até o advento da Emenda Constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998. Essa situação não deve ser relegada ao segundo plano, o que coloca o intérprete no papel de buscar as razões que conduziram tal alteração²⁸.

Para além dessa modernização e atualização por que passou o Direito Administrativo a partir da Emenda Constitucional n. 19/1998, devem os que fazem a coisa pública (gestor público e controle) perseguir uma eficiência socioeconômica, que seja capaz de buscar bens de serviços de forma mais célere, com maior qualidade, na maior quantidade possível e com custos sociais reduzidos, situação esta que geraria de forma exponencial um atendimento otimizado das demandas da sociedade²⁹.

Outrossim, a eficiência não é um conceito parado no tempo e deve acompanhar a evolução da sociedade a qual orbita. Não poderia ser diferente. Se a sociedade muda o Direito que regulamenta seus comportamentos e condutas, também deve mudar. E isso requer a mobilização daqueles que a integram para que tais alterações sejam implementadas. Ora, válido destacar que “nenhuma eficiência é criada ou desenvolvida sem que os órgãos estatais e a sociedade estejam mobilizados para tal objetivo, inclusive à custa da substituição de alguns costumes antigos que integram as tradições de caráter negativo”³⁰.

Percebe-se, assim, que o fetiche do menor preço merece ser extirpado de nosso sistema jurídico de compras administrativas. Admitir-lhe como um dos pontos de julgamento para cada aquisição é aceitável e até recomendável. Tê-lo como critério definidor de quase todas as aquisições e contratações levadas a cabo pelos entes estatais acaba por sacrificar outros valores mais caros às instituições, como é o caso da qualidade, da perenidade e da continuidade de diversos serviços.

Não comprar o item mais barato, mas aquele que reúna melhores qualidades de preço e qualidade (que podem ser definidos de forma objetiva em termos de referência e projetos básicos) é, certamente, a melhor alternativa para a redução de importância do fetiche aqui tratado, que figura como um dos dogmas de nosso Direito Administrativo. Nesse cenário, a melhor qualificação dos servidores encarregados das compras públicas é medida que se impõe. Também se faz necessário que o Poder Judiciário deixe de ver o menor preço como ideal primário a ser perseguido.

²⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Paradigmas do Direito Administrativo Contemporâneo. PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *In Mutações do direito administrativo: estudos em homenagem ao Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 213.

²⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 31ª ed. Rio de Janeiro: Gen/Atlas, 2019, p. 19.

³⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Paradigmas do Direito Administrativo Contemporâneo. PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *In Mutações do direito administrativo: estudos em homenagem ao Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 214.

Os dispositivos em estudo da LINDB, como se verá adiante, apresentam mecanismos de interpretação legal que facultam ao gestor uma busca mais ampla pela eficiência, dando margem à existência do erro, que ocorre em qualquer tipo de atividade, e não pode ser punido a qualquer custo, como desejam alguns que usam o controle como ferramenta de violência contra os gestores públicos.

As Leis que regulam as compras públicas (a velha e a nova) precisam ser alteradas para que essa realidade lhes conduza a uma Administração Pública focada em resultados, dentre os quais a economia, mas não apenas ela. O ditado popular se mostra assertivo: o barato sai caro (e em boa parte das vezes, sai mesmo).

2.3 Hipercontrole Versus Autonomia Administrativa

A República Federativa do Brasil foi moldada com base na tripartição de poderes oriunda do direito francês. Essa separação nada mais buscou do que permitir que cada Poder constituído atue em determinada área tratando de suas competências específicas e fiscalizando os demais, no conhecido mecanismo de “freios e contrapesos”. A sindicabilidade dos atos administrativos é um exemplo apto a demonstrar como os poderes dialogam nessa relação tão importante sob o ponto de vista legal e social.

A Constituição Federal de 1988 trouxe, ainda, para orbitar tais poderes, a necessidade da existência de órgãos de controle aptos a executarem verificações, fiscalizações e afins no sentido de aferir gastos, condutas, cumprimento de metas, legalidade, dentre outros caracteres da atividade dos órgãos de poder. Sendo a presente pesquisa destinada ao estudo da atividade dos gestores públicos, vale destacar que a concentração dos argumentos aqui tecidos se dirigirá especificamente à figura do gestor público.

Assim, percebe-se que o gestor público tem seus atos, gastos e decisões fiscalizados não somente pelo Poder Judiciário, com base no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, onde resta afirmado que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, mas também pelos órgãos de controle externo e interno. São diversos os dispositivos constitucionais que conduzem ao controle como peça importante do mosaico que é a Administração Pública, como, por exemplo, os artigos 31 e 70 a 75, da Constituição Federal. Apenas para exemplificar, pois ficaria cansativo trazer o teor integral de todos os dispositivos citados, segue o teor do Art. 31³¹:

³¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 mar. 2022.

Art. 31. A fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei.

§ 1º O controle externo da Câmara Municipal será exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver.

§ 2º O parecer prévio, emitido pelo órgão competente sobre as contas que o Prefeito deve anualmente prestar, só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal.

§ 3º As contas dos Municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei.

§ 4º É vedada a criação de Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas Municipais.

Diante do teor colacionado, que é simétrico para os demais integrantes do Poder Executivo (Estados e União), pode-se concluir que os atos do Poder Executivo são fiscalizados: i. pelo controle interno, onde o Gestor Público possui dentro de sua própria estrutura administrativa um setor destinado ao controle e acompanhamento de seus atos; ii. Pelo controle externo, onde os passos do Administrador Público são analisados pelo Poder Legislativo que lhe é vinculado (Câmara de Vereadores, Assembleia Legislativa ou Câmara dos Deputados); iii. Pelo controle externo efetuado pelos Tribunais de Contas Estaduais (Estado e Municípios) e pelo Tribunal de Contas da União (União e gastos de recursos federais pelos demais entes), iv. Pelo Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal); v. pelos Ministérios Públicos Estaduais e Federal.

Interessante notar que a sociedade civil também possui a prerrogativa de acompanhar e fiscalizar os atos da Administração Pública, mas o faz acionando os entes legitimados acima mencionados para que, dentro de seus respectivos campos de atuação, ajam dentro de suas competências para sanar eventuais ilegalidades.

Ou seja, uma simples aquisição de um veículo por um Município de interior, por exemplo, pode ser colocada sob o crivo do controle interno do Município, Câmara de Vereadores, Tribunal de Contas Estadual e, ainda, pode ser objeto de análise judicial e pelo Ministério Público. É isso que é o hipercontrole do título do presente tópico. É o controle montado de forma sobreposta e burocrática, excessivo, que traz diversos males à Administração Pública em geral, tanto pelos seus excessos quanto por sua histórica ineficiência. Para efeito do texto aqui trabalhado temos mais um fetiche, outro “objeto de adoração” do Direito Administrativo pátrio.

Esses mecanismos de controle, cuja origem remontam ao pensamento do Estado de Direito com base nos ideais do liberalismo, foram cunhados para funcionarem num Estado mínimo. Acabaram tornando-se inconvenientes ou falhos quando o Estado Social se firmou, assumindo o Poder Público funções nas mais variadas áreas de atuação de natureza jurídica,

econômica e social. O administrado, que antes não demandava a atuação estatal, se coloca no lugar simplista de apenas exigir a mesma (um mero consumidor), o que transformou as relações pouco frequentes entre Administrador e administrado no período de Estado Liberal, multiplicando-as e tornando-as muito mais complexas. Passa a sociedade, valendo-se dos meios de controle citados e com fulcro no amplo rol de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, a demandar subvenções, financiamento, escola, saúde, moradia, transporte, proteção ao meio ambiente, do consumidor e do patrimônio histórico, sem contar os demais interesses difusos e coletivos³².

Necessário que se entenda que essa sobreposição decorre dos mais diversos fatores e não somente do amplo espectro constitucional. Fatores históricos, sociais e jurídicos contribuíram de diversas formas para a formação do Direito Administrativo brasileiro nos moldes atuais. É um excesso de controle que alija o gestor e lhe retira autonomia, o que pode prejudicar o bom andamento de diversos setores da Administração Pública, não dando margem a um ambiente inovador, tão caro à busca constante de maior eficiência, por exemplo. Há uma solução simplória já em voga em nosso sistema jurídico, que pode amenizar os efeitos do excesso aqui explanado.

É que os anos 90 trouxeram consigo vários movimentos para substituição da Administração Pública burocrática pela gerencial, diante dos desdobramentos da busca por uma maior eficiência da Administração Pública, situação que demandou maior autonomia dos gestores públicos. Partia-se da ideia de aumentar a discricionariedade administrativa na tomada de decisões. Em vez de um controle meramente formal, o ideal seria o controle por resultados. Firme nesse ponto, foi idealizado o contrato de gestão, fundamentado no artigo 37, § 8º, da Magna Carta (inserido pela Emenda Constitucional n. 19/1998), que se prestaria a fixar metas de desempenho, aumentando a liberdade gerencial, orçamentária e financeira dos administradores públicos da administração direta e indiretas. A singela fixação de metas e a outorga de maior autonomia para os dirigentes traria efetivas melhoras para os signatários de ditos pactos, pois a execução de cada objeto estaria vinculada ao controle de resultados, funcionando como forma de contratualização do controle³³.

³² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites do controle externo da Administração Pública: ainda é possível falar em discricionariedade administrativa? In **Mutações do Direito Administrativo**: estudo em homenagem ao Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto. PEIXINHO, Manoel Messias. PEREIRA JÚNIOR, José Torres. MOURA, Emerson Affonso da Costa (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 234.

³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites do controle externo da Administração Pública: ainda é possível falar em discricionariedade administrativa? In **Mutações do Direito Administrativo**: estudo em homenagem ao Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto. PEIXINHO, Manoel Messias. PEREIRA JÚNIOR, José Torres. MOURA, Emerson Affonso da Costa (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 243.

Sendo a finalidade do controle a garantia de que a Administração aja em harmonia com os princípios explícitos e implícitos trazidos pelo sistema legal, tais quais, mas não apenas, a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, economicidade e o interesse público, é de se ver que o hipercontrole acaba gerando danos ao atingimento da finalidade estatal primária, que é o resultado em prol dos administrados na forma de um Estado que logre êxito na entrega das políticas públicas, previstas no bojo constitucional.

A maior preocupação do gestor deve ser o resultado, o atingimento de metas, o cumprimento da maior medida possível das garantias constitucionais com os escassos recursos que possui e não apenas atender às demandas oriundas do controle administrativo e judicial, que em diversas oportunidades são postas sem uma necessária conexão com a realidade técnica e financeira de determinados órgãos, como nos casos da judicialização da saúde.

A judicialização deve ser entendida como um fenômeno de causas múltiplas que orbita aquelas questões de amplo impacto político e social, que estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, muitas vezes com interferência direta do controle externo e dos Ministérios Públicos. São questões que deixam de ser decididas pelas instâncias tradicionais de Poder e envolvem a transferência direta de poder para juízes e tribunais, cuja linguagem e participação social se dão de forma substancialmente diferente. Algumas dessas causas estão diretamente ligadas ao modelo institucional brasileiro³⁴.

Não se pretende aqui desmerecer a competência dos órgãos internos ou externos de controle, nem do Poder Judiciário ou dos Ministérios Públicos, até porque tal pensamento iria de encontro ao ideal do bom governo, que tem por base o estabelecimento do Estado de Direito a que estamos submetidos, do qual Edilson Pereira Nobre Júnior exemplifica com o art. 15, da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, que vaticina que “a sociedade tem o direito de pedir contas a todo o agente público pela sua administração”³⁵.

Esse superdimensionamento da atividade controladora em detrimento da autonomia administrativa não parece ser uma boa alternativa. Tanto assim que o reforço da atividade controladora de todos os lados a partir da Constituição de 1988 não serviu para evitar o alastramento das práticas de corrupção no Brasil e, doutra banda, ainda se prestou a inibir a atuação do gestor preocupado em bem prestar serviços ao administrado, ou seja, atingiu

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2022, p. 03.

³⁵ FRANÇA. Assembleia Nacional. **Declaração dos Direitos do Homem E do Cidadão de 1789**. Disponível em: <<https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf>>. Acesso em: 28 mai. 2022.

diretamente o bom gestor. Continua o mesmo autor afirmando que “pode ser desastroso quando o remédio, tal como ministrado, aniquila o doente em vez de salvá-lo”³⁶. Nesse cenário é onde se percebe que administrar é uma atividade solitária, despida de qualquer tipo de solidariedade em relação ao gestor público.

Nessa toada, vale destacar que existem boas sugestões para além do contrato de gestão, citado alhures, para permitir uma zona mais confortável de atuação para o gestor público, num cenário mais previsível. A implementação dos ditames da Lei n. 13.655/2018, que trouxe alteração no modo como deve ser vista a Administração Pública, é uma parte dessa solução para reduzir as intervenções indevidas oriundas do controle externo e do Poder Judiciário, principalmente, contribuindo para uma redução do ambiente de paralisia administrativa diante do aumento da segurança jurídica.

No distante ano de 2007, fora designada pelo então Ministro do Planejamento uma Comissão de Juristas para elaborar anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública Federal. Relevante lembrar que as normas federais usualmente são utilizadas de forma simétrica nos Estados e Municípios. Desse trabalho resultou, em 2009, o anteprojeto de “normas gerais sobre a Administração Pública direta e indireta, as entidades paraestatais e a de colaboração”. Um dos capítulos tem tópico específico acerca do planejamento, articulação e controle das entidades estatais. O controle fora contemplado na Exposição de Motivos, pensada a partir do diagnóstico de que o controle no formato adotado teria vieses “formais e custosos (ineficientes e ineficazes), tornando-se um grande desafio contemporâneo estruturar um sistema de controle capaz de, a um só tempo, ser eficiente, sem, no entanto, engessar a Administração ou inviabilizar o controle”.

Para além disso, a exposição de motivos ainda assevera que:

o forte processo de mudança que o controle tem sofrido no direito comparado (em especial na União Européia), as diretrizes gerais do controle, adotadas no anteprojeto, foram ditadas pela supressão de controles meramente formais ou cujo custo seja evidentemente superior ao risco (diretriz já constante do Decreto-lei 200/67), pelo fortalecimento do controle *a posteriori* (ao invés da vertente *ex ante* que predomina atualmente); pelo predomínio da verificação de resultados (ao invés do controle formal hoje prevalecente); pela simplificação dos procedimentos, erradicação de sobreposição de competências e instrumentos de controle (a fim de que a multiplicidade de mecanismos de controle não acarrete a sobreposição e, com ela, a ineficiência); pela obrigatoriedade dos órgãos ou entes de controle verificarem a existência de alternativas compatíveis com as finalidades de interesse público dos atos ou procedimentos que sejam por eles impugnados e pela responsabilização

³⁶ 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. 249.

pessoal do agente que atuar com incúria, negligência ou improbidade (a responsabilização do próprio gestor)³⁷.

Logo, fácil perceber que, pelo cenário atual de hipercontrole que adoção de mecanismos simples, como é o contrato de gestão, a aplicação de normas já existentes, valendo-se dos preceitos da Lei n. 13.655/2022 e a modernização do sistema legal já posto, reduziria as interferências do controle a um nível mais eficaz e útil a todos os atores envolvidos no processo de gestão pública, notadamente seu cliente final: o administrado.

Por fim, a solução não passa pela liberdade total no agir do Gestor Público, o que acabaria se transformando em libertinagem, dado o histórico brasileiro no aspecto de Administração, tratado com mais profundidade no próximo tópico. A solução para o problema atual reside na otimização dos mecanismos de controle, na forma acima destacada. Não precisa-se de mais controle, mas sim de um controle levado a cabo de forma mais eficiente.

2.4 Marginalização da Política

O Brasil possui algumas mazelas que atrapalham o desenvolvimento de diversos aspectos da vida social. Problemas sociais, políticos, jurídicos e afetivos, piorados por uma histórica incapacidade de separar o espaço público do privado, já eram objeto de estudo de Sérgio Buarque de Holanda. A obra intitulada “Raízes do Brasil” descreve, com sua primeira edição nos idos anos 30, um contexto que é atual. Passados mais de oitenta e cinco anos do lançamento da primeira edição da celebrada obra, nota-se uma assustadora contemporaneidade de seus argumentos. De tão perspicaz, não fossem as palavras mais rebuscadas, poder-se-ia dizer, com certa facilidade, que a obra fora escrita há pouco tempo.

Quando trata sobre patrimonialismo, a citada obra delineia que as escolhas dos ocupantes de funções públicas são feitas de acordo com a confiança que é depositada nos candidatos em detrimento da análise de suas capacidades técnicas, faltando, assim, ordenação impessoal que deveria caracterizar a vida no Estado burocrático. É um cenário que denota a possibilidade de acompanhar, ao longo da curta história brasileira, “o predomínio constante das vontades particulares que encontram seu ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação impessoal”³⁸.

O referido autor descreve, ainda, o brasileiro dentro da figura do “homem cordial”, cuja ausência de polidez acabam distanciando-o de noções ritualísticas que poderiam otimizar

³⁷ SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado n. 349, de 2015**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121664>>. Acesso em: 12 mar. 2022.

³⁸ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 27 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014, pp. 175/176.

aspectos inerentes ao serviço público, caractere este que é elevado por uma constante necessidade de manter certa intimidade diante um superior hierárquico, até mesmo lançando mão dos diminutivos (a terminação em “inho”) para familiarizar qualquer um com qualquer pessoa ou objeto. De mais a mais, seria uma forma de intimidade que traz para mais perto do coração e carrega consigo “expressões de fundo emotivo extremamente rico e transbordante”³⁹.

Esse perfil herdado do Brasil-Colônia e da cultura ibérica impôs um pensamento coletivo de que o patrimonialismo deve estar no topo da pirâmide de anseios sociais, mesmo que para isso sejam ignorados a moralidade que deve permear qualquer pessoa que faça parte da Administração Pública, dá destaque a uma certa falta de espírito cívico dos que a integram. Essa fragilidade dos padrões éticos acaba por desenvolver junto à sociedade uma descrença dos administrados no que tange aos Administradores Públicos, sejam eles eleitos ou não, o que acaba por afetar negativamente o regime democrático e a esperada participação do coletivo social no planejamento e no processo governamental⁴⁰.

A partir desse raciocínio, cria-se o entendimento de que toda e qualquer atividade administrativa, onde se inclui a política, será maculada pela baixa efetividade, falta de eficiência, empreguismo, nepotismo, regalias, dentre outros vícios. A atividade política (e, ao fim, a administrativa) acaba por ser marginalizada tanto pela sociedade (sua principal cliente) quanto pelos órgãos de controle externo, com destaque para o Poder Judiciário, que se valem da má fama acima exposta para, cada vez mais, tomar espaços de decisão que sempre estiveram sob os cuidados da Administração Pública.

Sem o viés de esgotar as razões motivadoras de tais intervenções, vale dizer que os argumentos passam pela ilegalidade das decisões, pela omissão da Administração diante de alguma conduta não executada ou não executada a contento e pela constitucionalização do Direito Administrativo. Daí decorre mais um ponto que confere maior importância aos novos artigos da LINDB aqui estudados, para reduzir o ritmo de tais intervenções ou delas exigir um maior ônus argumentativo e que esteja conectado com o contexto afetado, como é o caso dos artigos 20 e 21, por exemplo.

Esse espraiamento do controle pode ser contextualizado na recentíssima decisão oriunda do Tribunal de Contas da União – TCU em que restou autorizada a desestatização da

³⁹ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 27 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014, pp. 176/178.

⁴⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Paradigmas do Direito Administrativo Contemporâneo. PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. In **Mutações do direito administrativo**: estudos em homenagem ao Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 216.

Eletróbrás⁴¹. É que não coube ao TCU a fiscalização de um ato executado ou mesmo a execução de quaisquer de suas competências elencadas de forma exaustiva no artigo 71, da Constituição Federal⁴², mas sim o fornecimento de um posicionamento prévio à operação que garantiria maior legitimidade a ela, ou seja, uma benção.

Decisões outras, tanto do Poder Judiciário quanto dos órgãos de controle – não sendo aconselhável esquecer dos comandos executivos, travestidos de “recomendações”, que pululam de todos os quadrantes da Administração Pública em que entende por intervir o Ministério Público – acabam agudizando o cenário marginal a que foi relegada a atividade política. É uma casa em que todos mandam, mas poucos (apenas os gestores!) se responsabilizam pelas consequências.

Todo esse quadro gera fenômenos negativos como o apagão das canetas, a seleção adversa e a aversão à inovação na Administração Pública, que serão tratados adiante. O Estado brasileiro em que o administrado se coloca como mero consumidor dos serviços

⁴¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Processo TC 008.845/2018-2**. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/processo/*/NUMEROSOMENTENUMEROS%253A884520182/DTAUTUACAOORDENACAO%2520desc%252C%2520NUMEROCOMZEROS%2520desc/0/%2520>.

Acesso em: 20 mai. 2022.

⁴² Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

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

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

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

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

V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

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

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

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

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

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

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

In Brasil. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 mar. 2022.

prestados pela Administração Pública, sem que contribua com nenhum de seus aspectos de planejamento ou implementação também contribui para esse cenário. O administrado sequer conhece os direitos que possui até deles precisar e acaba por se colocar numa posição em que pouco ou nada faz para que tais direitos sejam implementados, para além de reclamar de sua baixa qualidade (quando ofertados de forma insuficiente pelo Estado) ou de sua eventual inexistência (quando o Estado se omite em seus deveres de prestação).

Assim, perde o administrado seu papel ativo nos desdobramentos da Gestão Pública, para dela ser mero consumidor, reclamando diante de alguma insatisfação própria, mas nada fazendo para alterar aquela realidade. É um papel de passividade que não altera o contexto que o circunda já que o orçamento e as políticas públicas (apenas para exemplificar) continuarão sendo moldados da mesma forma pelo Estado em favor do cidadão, que não acredita nos serviços prestados pela Administração Pública.

Para além disso, o Brasil é um país de cultura punivista em que não se confia nos políticos pelo fato de muitas vezes prometerem o que não podem cumprir, não executando adequadamente aquilo que poderia ser implementado e, por fim, lançam mão do governo para realização de projetos pessoais, financeiros, ideológicos ou do partido a que integram, sem qualquer embargo de que tal conduta viole o código ético e moral da sociedade ou mesmo que verifique em suas condutas a incidência de alguns crimes previstos no Código Penal⁴³.

É justamente essa marginalização que não deve ser pulverizada sobre todo e qualquer Administrador Público, como se iguais fossem os bons e os maus gestores. Há uma necessidade de que o bom gestor seja incentivado a continuar sendo gestor para se manter à frente da coisa pública. Ganha a sociedade com o bom gestor, qualificado e que passa muito tempo na Administração.

Mais fácil, dessa forma, selecionar uma equipe que atenda técnica e profissionalmente os pontos de suporte necessários para implementação de cada política pública afeita às suas competências. Atende com maior eficiência e profundidade as políticas públicas de sua responsabilidade. São condutas impossíveis de serem atingidas num ambiente de hipercontrole ou mesmo onde o gestor público, mesmo o bem intencionado, é tratado como marginal. Notar que esse quadro de desconfiança não parte somente da sociedade civil, mas também advém dos órgãos de controle e acabam por desaguar no Poder Judiciário, situação esta que acaba por inflar as condutas de ativismo judicial.

⁴³ GARSCHAGEN, Bruno. **Pare de acreditar no Governo – Por que os Brasileiros não confiam nos políticos’ e amam o Estado**. Rio de Janeiro: Record, 2015, p. 60.

Diante desse viés é que a imagem do gestor público não pode ser marginalizada. Os bons gestores da atualidade não podem pagar o preço de um país historicamente mal administrado. Não há que se punir aquele que hoje inova e erra da mesma forma que um gestor que agiu dolosamente, visando locupletar-se às custas do erário. Essa equiparação precisa ser extirpada de nosso sistema social e jurídico. Os órgãos de controle, nascidos numa cultura punitivista precisam rever seus conceitos e os artigos 20 a 23 da LINDB figuram como um excepcional ponto de partida para isso. É um cenário de gradativo aumento da segurança jurídica e da previsibilidade do cenário jurídico-administrativo que orbita o gestor, dando-lhe maior espaço de atuação.

Apenas para exemplificar as melhorias implementadas pela Lei n. 13.655/2018, conforme aludido no parágrafo antecedente: é essencial que se considerem as consequências da anulação de um ato administrativo, como prega o artigo 21; é necessário considerar o contexto do Gestor quando normas de gestão pública forem interpretadas, nos moldes do artigo 22; é preciso separar o Administrador que age dolosa do que age com culpa, conforme prega o artigo 28 e; é forçoso concluir pela importância ao acato dos precedentes administrativos, consoante o artigo 30. O teor de todos os dispositivos em estudo e seus respectivos desdobramentos será melhor estudado a seguir.

Assim, percebe-se que a reforma da LINDB trouxe em seu bojo um remédio que favorece o cenário administrativo para o bom gestor, retirando-o da vala comum em que foram jogados nossos gestores, por lhe conferir maior espaço de movimento e mais liberdade decisória, gerando mais segurança jurídica em um ambiente de condutas, conclusões e desdobramentos fáticos mais previsíveis.

2.5 Burocracia: O Sistema de Travas Administrativas como Fator de Desequilíbrio no Atuar do Administrador Público

A burocracia impõe limitações e cláusulas de barreira ao livre atuar do Administrador Público, impondo padrões mínimos de comportamentos e atos formais que devem ser cumpridos para a realização de determinados atos, como uma licitação, por exemplo, funcionando como *modus operandi*; a Constituição Federal traz extensa lista de áreas de atuação e, ainda, mas não somente, direitos fundamentais que devem ser perseguidos pelo gestor, setorizando o orçamento e alocando onde deve ser empregado o vigor da energia estatal.

Se esse sistema fosse um veículo automotor, a burocracia funcionaria como um freio de mão constantemente puxado, enquanto o extenso rol de direitos fundamentais previsto na

Constituição Federal atuaria como se fosse um acelerador sempre utilizado em sua máxima força possível. São, portanto, fluxos contrários.

A crítica aqui construída, no que remonta à burocracia, segue no sentido de que sua existência é antagônica ao princípio constitucional da eficiência em todos os sentidos. O atuar do Estado deve ser sempre eficiente (desempenho) e efetivo (resultados), num caminhar necessariamente harmônico, pois é normal que a eficiência produza efetividade enquanto meta do gestor. No entanto, e em caráter excepcional, vale dizer que também podem existir atividades eficientes que não sejam eficazes ou, ao reverso, atividades ineficientes que produzam resultados positivos, que representam o fenômeno da efetividade⁴⁴.

Nesse sentir, é normal e esperado que haja uma vinculação entre desempenho e resultados, sem esquecer de suas roupagens distintas nas searas pública e privada. A seara privada admite flexibilidade, conforme os seus objetivos de gestão, acatando correções de rota maleáveis, recuos e até mesmo desistências; na seara pública, os interesses da coletividade, protegidos pelo Estado, devem ser perseguidos de forma incessante até sua consecução. Não podem haver recuos. Esse fator acaba por extirpar da gestão pública o experimentalismo adotado pela gestão privada, pois daquela exige-se certeza de resultados, não sendo tolerada a imprevisibilidade desta⁴⁵.

O amargo remédio burocrático, antigo, arcaico, afeito a um tempo em que as tecnologias atuais eram inexistentes, quiçá inimagináveis, permanece atuante, como se nada ou muito pouco houvesse mudado. Retarda o atuar administrativo. A moribunda legislação de licitações, datada de 1993 e atualizada vez por outra pelo moroso processo legislativo, por exemplo, continua vinculada a procedimentos presenciais, contratos físicos, entrega de envelopes lacrados, verificação de certidões que podem ser obtidas *on line* e em tempo real. O advento da nova Lei de Licitações, datada de abril de 2021 trouxe algumas melhorias, é verdade, mas que ainda carecem de desenvolvimento, aplicação e aceitação por parte da comunidade que dela se valerá para contratar em nome do Poder Público.

Os tempos são outros: sessões virtuais (facilita e amplia a participação dos licitantes), arquivos digitais (evita desperdícios e o deslocamento de pessoas e/ou documentos para coleta de assinaturas), documentos mantidos em nuvem, são alguns dos singelos exemplos que facilitaríamos sobremaneira a atividade administrativa. Nessa área, o setor privado nada de braçadas sobre o setor público. As entidades privadas conhecem as novas tecnologias e as

⁴⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31ª ed. Rio de Janeiro: Gen/Atlas, 2019, p. 215.

⁴⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31ª ed. Rio de Janeiro: Gen/Atlas, 2019, p. 214.

novas metodologias e delas se apropriam para otimizar resultados enquanto as entidades públicas permanecem num estado de coisas desatualizado, esperando a alteração de Leis, Decretos, Normativos, Jurisprudências. O estado de burocracia retarda toda a evolução do ato de administrar.

A Administração Pública, sem deixar de ser transparente, sem abandonar os princípios que lhe regem, precisa ser mais fluída e mais ágil para acompanhar o frenesi de alterações que acontece ao seu redor e sob seus olhos diariamente. Levantar entraves burocráticos atualmente em voga, dando mais espaço de ação para o gestor nas escolhas administrativas, seria um bom remédio para esse problema.

Nesse tom, vale dizer que o procedimento licitatório, mesmo atualizado pela nova Lei n. 14.133/2021, que reinará sozinha a partir de abril de 2023, ainda carrega consigo entraves e amarras burocráticas que demandam a inserção de Estudos Técnicos preliminares para compra de canetas ou para construção de pontes, como se suas respectivas complexidades, em algum momento, permitem-se qualquer tipo de comparação. A Administração Pública não deveria dedicar tempo, recursos e pessoal para aquisições ou contratações simplórias. Seu foco deveria destinar-se ao grande, ao complexo, ao diferente. E é justamente o apego às burocracias que a torna arcaica.

Princípios como o formalismo moderado, que roga que deve-se evitar o apego exagerado à forma que acaba por prejudicar a gestão demoram anos para saírem das mentes e decisões vanguardistas dos órgãos de controle para ganharem espaço no meio jurídico e até mesmo previsão legal (conforme art. 12, III, da Lei 14.133/2021⁴⁶)

É notória a dificuldade que possuem os mais diversos níveis de fiscalização da atividade pública na diferenciação do ‘menor preço’ e do ‘melhor preço’ ou mesmo dos problemas por vezes enfrentados pelos órgãos licitantes quando indicam marcas de referência ou buscam licitar itens padronizando aquisições, como aqui já tratado.

Nesse cenário reina absoluta uma burocracia calcada em momento histórico onde inexistiam portais da transparência, que permitem acompanhamento em tempo real dos atos de gestão que impactam gastos do erário. Essa burocracia não carece ser extinta, já que a

⁴⁶ Art. 12. No processo licitatório, observar-se-á o seguinte:

(...)

III - o desatendimento de exigências meramente formais que não comprometam a aferição da qualificação do licitante ou a compreensão do conteúdo de sua proposta não importará seu afastamento da licitação ou a invalidação do processo;

(...)

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em: 04 ago. 2021

sociedade brasileira não fora moldada para uma liberdade total de conduta, mas precisa de adaptação aos novos tempos.

Noutro exemplo, a atividade cartorária, tão cara (em termos de importância e de valores, também) e relevante à coisa pública, apegada a seus selos e à inexplicável ausência de virtualização de seus serviços permite a checagem virtual de documentos há pouco tempo, ainda que de forma incipiente. Atualmente, enquanto a sociedade discute os efeitos da adesão massiva ao metaverso, ainda não é possível consultar o documento de um imóvel de forma virtual. Os valores dos registros e dos atos cartorários são inexplicavelmente altos e muitas vezes proibitivos, inacessíveis ao cidadão mais humilde. A tecnologia e a sociedade avançam a passos largos, a gestão pública segue claudicando usando a burocracia como bengala.

Conexão em tempo real, dispositivos móveis com conexão rápida, aplicativos os mais diversos, transformaram o dinheiro em papel moeda, num item raro em alguns nichos da sociedade, por exemplo. Obter troco, efetuar uma compra com dinheiro em papel ou procurar uma agência bancária para pagar um boleto se mostram atividades cada vez mais arcaicas. Os bancos, antes privados e alguns públicos também, correram para se adaptar aos novos tempos. A Administração Pública não fez o mesmo. Avança, mas o faz a passos lentos, ainda se comunica por meio de ofícios e lança mão de processos físicos em diversificadas oportunidades.

De forma paralela, o Poder Judiciário, mais antenado à evolução tecnológica que transformou a realidade de toda a sociedade, expõe de forma aberta seus processos para quem queira deles fazer vista, otimizando concessões de prazo e vista das partes dos autos. O próprio Código de Processo Civil de 2015 já trouxe em seu bojo alterações nesse sentido. Consultam-se petições, laudos, decisões, dentre outros. Exceção feita aos feitos que tramitam em segredo de justiça, para os quais o Código de Processo Civil impôs limitação de acesso para melhor preservar o interesse das partes.

Todavia, o Poder Executivo e o Poder Legislativo caminham de forma morosa nesse sentido. Obter um alvará no Município de Maceió, apenas para exemplificar, demanda meses de árduo e paciente labor, não somente pela morosidade natural de alguns processos mais complexos, mas pelas inúmeras burocracias inerentes à sua expedição, tais como a disponibilização de documentos físicos (que poderiam ser substituídos por documentos em PDF), as firmas reconhecidas (substituíveis por assinaturas digitais), a necessidade de visitas ao local (em muito já superadas pelo mapeamento quase sempre atual de aplicativos como o *google maps*).

Noutra banda, o processo de expedição de alvará não pode ser consultado de forma remota. Só se conhece o teor dos autos dentro da repartição. Quando muito, obtém-se o andamento processual via acesso ao sítio eletrônico da Prefeitura. Visualizar pareceres, andamentos de forma completa ou mesmo obter previsão de conclusão? Não. Melhor manter-se apegado aos trâmites burocráticos de outrora, que punem o administrado e retardam bons resultados de gestão.

No Poder Legislativo a penumbra é ainda maior. Para se ter acesso aos gastos do gabinete de um vereador, acompanhar um processo legislativo (com todas suas alterações, opiniões, pareceres e vicissitudes), o particular precisa se deslocar até a Câmara de Vereadores de Maceió e lá, praticamente, fazer morada, ou formalizar pedido de acesso à informação com base na Lei n. 12.527/2011.

Importante notar que aqui se fala de uma capital de Estado. O que dizer então dos Municípios de interior, que possuem menos recursos e uma cultura ainda maior de patrimonialismo sobre a coisa pública? A manutenção da burocracia no estado de coisas atual é uma chaga que deve ser extirpada do cenário jurídico administrativista e em muito atrapalha a evolução do Direito Administrativo.

Necessário que se incentive um estado de coisas onde a atividade pública seja controlada, observada, fiscalizada, mas sem tantas amarras ao agir do gestor público, que já se encontra no meio de uma série de procedimentos, prazos e obrigações a cumprir, o que também facilitaria a vida do administrado, que poderia ter em seu favor um Estado mais acessível, mais simples, na palma da mão. Imagine-se acessar os serviços de uma repartição pública por meio de um aplicativo em um smartphone, por exemplo.

Diante do exposto, é fácil perceber que a burocracia atua de forma ativa como um caractere do Direito Administrativo que retarda a atuação administrativa, trazendo problemas não somente para o Administrador, mas também para o administrado. Seus efeitos deveriam ser amenizados por meio de uma flexibilização das obrigações meramente formais que cercam todo e qualquer procedimento executado pelos entes estatais, desde que dentro de um parâmetro mínimo de transparência apto a permitir a fiscalização das atividades executadas pelo Estado, seja pelos órgãos de controle, quanto pela sociedade civil organizada.

2.6 A Constituição Federal de 1988: A Judicialização do Extenso Rol de Direitos Sociais da Carta Magna

Antes de qualquer coisa: a norma constitucional, em si, não é o problema. A série de obrigações, políticas e cuidados que, de tão completas, complexas e custosas, acabaram gerando um estado de coisas de franco e constante descumprimento de suas normas por gestores que não conseguem cumpri-la de forma integral é que é.

Nenhum Poder, seja ele Legislativo, Executivo ou Judiciário, independentemente de sua abrangência federal, estadual ou municipal, nem mesmo os órgãos de controle podem se arvorar na condição de cumpridores plenos do texto constitucional. Que atire a primeira pedra aquele que atenda a todos os pressupostos constitucionais em sua extensa e quimérica plenitude. Nossa Lei Maior deveria ser um destino a ser trilhado, um objetivo a ser atingido, rumo à evolução de nossa sociedade como um todo.

Todavia, algo que deveria funcionar como norma de propósito ou de objetivo para direcionar o atuar do gestor público acabou se transformando numa garantia de que aquilo pode e será entregue pela Administração Pública, já agora. Cada vez mais políticas positivas são demandadas junto ao Poder Executivo e cada vez em grau mais extenso. Políticas de saúde universal, abrangendo procedimentos extraordinários, inovadores ou que simplesmente possuem valores exorbitantes, sobrecarregam o orçamento do sistema de saúde, por exemplo.

O entendimento de que deve haver creches para todas as crianças de determinada comunidade acaba por demandar o contingenciamento de verbas da educação de pequenos Municípios de interior. O que dizer do estado de coisas inconstitucional em que fora inserido o sistema prisional brasileiro?

Esses múltiplos direitos e garantias constitucionais, quando judicializados e exigidos de forma simultânea de administrações com orçamentos limitados, acabam desorganizando o atuar administrativo. Logo, se havia algum planejamento de entregar determinada política de forma completa em determinado período de tempo no futuro, ele é desfeito pelo açodo da judicialização em exigir a entrega de todo o rol previsto constitucionalmente no agora. Atuam na piora desse quadro particulares, defensorias públicas e ministérios públicos que muitas vezes parecem não entender que o Poder Executivo possui limitações de pessoal, estrutura e, principalmente, orçamento, para entregar de forma plena todos os direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988, que é analítica, ambiciosa e desconfiada do legislador⁴⁷.

Esse quadro decorre da superação da ideia de que o capítulo da ordem social da Constituição seria constituído meramente por normas programáticas, que dependeriam de medidas legislativas e administrativas para saírem do papel. Educação, saúde, trabalho,

⁴⁷ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Suffragium - **Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009, p. 13.

moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância estão previstas no art. 6º. A sociedade brasileira evoluiu no sentido de que o dever do Estado em entregar tais políticas não poderia ficar dependendo de leis e medidas administrativas em caráter indefinido, o que motivou o agir no sentido de que possuíssem cada vez mais eficácia. A concretização de tais direitos deixou de depender do Direito Administrativo, representado pelas leis e atos da administração, passando a ser garantida por decisões judiciais múltiplas levadas a cabo em casos concretos⁴⁸ em situações que acabam por reduzir o espectro de segurança jurídica, tornando a atuação do gestor pública um tanto quanto mais imprevisível em variados aspectos.

O fenômeno social da judicialização tem, portanto, sua causa na vasta existência de direitos aliado a uma baixa concretização destes⁴⁹. Barroso entende que são três as causas dessa judicialização, quais sejam, (i) a redemocratização do país, que teve sua culminância justamente na promulgação da Constituição de 1988, e trouxe consigo a recuperação das garantias do Poder Judiciário, transformando-o num verdadeiro poder político apto a fazer valer a Constituição e as Leis, inclusive confrontando outros poderes; (ii) a constitucionalização abrangente, que inseriu na Norma Maior inúmeros temas, outrora relegados para o processo político majoritário e para a legislação ordinária e; (iii) o sistema brasileiro de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo, tido como híbrido ou eclético, acaba por mixar aspectos dos sistemas americano e europeu⁵⁰.

No cenário acima delineado é que se desenha o contexto apto da Constituição Federal de 1988 num fetiche do Direito Administrativo. O porquê? É impossível cumprir todos os seus ousados e amplos anseios de forma plena. Essa sanha de atingir a impossível completude constitucional amedronta o gestor, seja pela persecução contínua dos órgãos de controle para tanto, seja pela famigerada possibilidade de serem responsabilizados por eventual descumprimento. Tal responsabilização pode trazer prejuízos financeiros, políticos, pessoais e até criminais para o gestor e sua equipe.

Nessa toada, fato é que o bom senso é que deve reger a melhor forma de lidar com o amplo espectro constitucional diante das limitações impostas ao Poder Público. Para trazer o ato de administrar para dentro de limites aceitáveis, é necessário relativizar, mesmo que

⁴⁸ DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. Limites do controle externo da Administração Pública: ainda é possível falar em discricionariedade administrativa? In **Mutações do Direito Administrativo**: estudo em homenagem ao Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto. PEIXINHO, Manoel Messias. PEREIRA JÚNIOR, José Torres. MOURA, Emerson Affonso da Costa (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 242.

⁴⁹ ABBOUD, George. SCAVUZZI, Maira. FERNANDES, Ricardo Yamim. Atuação do STF na pandemia. Fine line entre aplicação da CF e ativismo judicial. **Revista dos Tribunais**. Vol. 1020/2020. P. 77/97. Out/2020.

⁵⁰ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Suffragium - **Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009, pP. 13/14.

minimamente, tais direitos, entendendo que a sociedade brasileira encontra-se em franca evolução e o gestor encontra-se evoluindo de forma conjunta. O que não pode se admitir é a inércia, mas o processo de evolução, mesmo que lento, deve ser respeitado pelos órgãos judiciais e pela sociedade, sob pena de prejuízo amplo a todo o modo de administrar levado a cabo por determinado gestor.

Esse relativismo se faz salutar para evitar extremismos valorativos, já que é indefensável o estabelecimento de hierarquia ou escala abstrata de valores. Noutra senda, acreditar que tudo é relativo traria uma não desejada indiferença ao fato de que, ante determinado caso concreto, é mais fácil separar decisões boas de decisões ruins, o que motiva indagação no sentido de qual expediente deve ser usado diante da variabilidade de cada caso concreto: é o bom senso⁵¹.

Mas esse bom senso deve ser generalizado, partindo tanto do próprio gestor, quanto do Poder Judiciário e demais órgãos de controle, que devem entender a Administração, suas limitações técnicas, de pessoal e de orçamento, antes de atravessar políticas públicas de qualquer jeito ou a qualquer tempo, como ocorre quase que diariamente na judicialização de causas da saúde e da educação, por exemplo.

Nesse sentir vale dizer que toda norma constitucional é equivalentemente eficaz, mas possui idêntica limitação nessa eficácia, seja pela ponderação mútua com conceitos de natureza diversa, quanto com direitos de mesma natureza de outras pessoas, em situações concretas distintas. Nessa limitação do ato de ponderar deve ser considerado a previsão orçamentária, pois não se aplicam direitos sociais com passes de mágica, mesmo em países ricos e bem estruturados institucionalmente. Necessário que haja um conjunto de atividades que visem ao longo do tempo a implementação de determinado direito com previsão orçamentária, sejam elas legislativas, judiciais, administrativas ou materiais. Noutra senda, é evidente a observação da reserva do possível, pois a Administração Pública, apesar de poder muito, não pode tudo. Esse fenômeno precisa e deve ser observado pelo Poder Judiciário⁵².

Urgente se mostra a construção de um diálogo entre os atores envolvidos no processo de judicialização que tornou a Constituição Federal de 1988 um rol de direitos quase sempre impossível de atender, de forma plena diante de uma sociedade e um Judiciário cada vez mais

⁵¹ NOHARA, Irene Patrícia. O tabu da proporcionalidade e a justiça do caso concreto. PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *In Mutações do direito administrativo: estudos em homenagem ao Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, pp. 162/163.

⁵² ARAGÃO, Alexandre Santos de. Controle Jurisdicional de políticas públicas. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003, pp. 06/07.

ávidos pela entrega da quimérica previsão constitucional. O rol é muito amplo dentro de um limitado contexto de possibilidades materiais de atendimento por parte dos gestores.

O diálogo e a construção conjunta de soluções seriam, em médio e a longo prazos um remédio muito mais eficaz do que a contínua e incessante intervenção nas políticas públicas por parte do Poder Judiciário, que acaba por desorganizar o planejamento de toda uma administração, seja ele orçamentário ou das prioridades de enfrentamento das chagas que afligem a população brasileira.

As alterações promovidas pelos dispositivos em estudo se prestam a amenizar os efeitos dos fetiches aqui tratados, que também contribuem para a paralisia administrativa, aumentando a eficiência estatal, a segurança jurídica e previsibilidade sistêmica que deve permear todo o sistema legal brasileiro.

3. O ATIVISMO JUDICIAL COMO CATALISADOR DA PARALISIA ADMINISTRATIVA

O presente estudo não parte da inocência de que todo e qualquer problema causado à gestão pública advenha do ativismo judicial. Tanto assim, que a sessão anterior buscou explicar alguns outros pontos que atuam na contramão do que se entende como necessário para uma gestão pública mais eficiente e que consiga entregar de forma bastante completa as múltiplas políticas públicas à sociedade.

O pressuposto aqui destacado insere na temática gestão pública, com foco na pessoa do administrador público, o modo como o ativismo judicial oblitera seu atuar, reduzindo ou retirando seu poder decisório e catalisando o movimento de inércia administrativa nos movimentos necessários a uma Administração com resultados otimizados.

Como visto, esse quadro em muito decorre da constitucionalização de diversas políticas públicas e direitos fundamentais e da expansão do poderio judicial, já que tais normas deixaram de ser programáticas e passaram a ser demandas de forma cada vez mais profunda pela sociedade e pelas instituições que possuem tal função (Defensoria Pública, Ministério Público, dentre outros) em áreas como proteção à saúde (medicamentos, exames médicos e tratamentos), à educação, à infância, adotando o Judiciário posição ativista numa indissimulável inclinação para concluir pela procedência de tais pleitos. O contexto daí advindo, quase sempre em ações individuais, e não em ações coletivas, como seria desejável, possui substancialidade tamanha, a ponto de interferir em políticas públicas e no planejamento dos Governos Federal, Estaduais e Municipais⁵³.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, o ativismo judicial ali desenvolvido acaba por reprimir direitos fundamentais, haja vista atuação em esferas que não figuram como atribuição de competência da Corte, sempre muito preocupada em pautar motivos de alegada relevância social, manter direitos fundamentais infringindo outros. Agem os Ministros como legisladores, mesmo sem autorização constitucional para tanto, não observam a Constituição e chegam a propor modificações em seu texto, visando modulá-la às mudanças sociais, podendo se afirmar que uma leitura fiel do direito nos conduz à conclusão de que o maior compromisso do colegiado “é com a garantia dos direitos fundamentais

⁵³ DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. Limites do controle externo da Administração Pública: ainda é possível falar em discricionariedade administrativa? In **Mutações do Direito Administrativo**: estudo em homenagem ao Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto. PEIXINHO, Manoel Messias. PEREIRA JÚNIOR, José Torres. MOURA, Emerson Affonso da Costa (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 242.

individuais, por se tratar de um mecanismo de limitação do poder, sendo que limita até mesmo o poder do órgão responsável por sua interpretação”⁵⁴.

O comportamento da Corte Suprema acaba sendo replicado nas demais instâncias judiciais, possuindo esse ativismo um caráter de deslegitimação da atuação do Poder Judiciário, pondo em risco a sobrevivência democrática das instituições⁵⁵, aumentando a insegurança jurídica, diminuindo a previsibilidade do sistema legal e catalisando o fenômeno da paralisia administrativa, dando causa ao contexto e aos problemas adiante tratados.

3.1 Ativismo Judicial: De onde vem? O Que é? Onde vive? Do que se alimenta?

Antes de qualquer outra coisa: as perguntas do título antecedente não serão respondidas uma a uma, mas trabalhadas dentro do contexto do que entende o presente estudo por ativismo judicial e também serão tratadas no demais tópicos que sucedem.

Há que se convir que o ativismo judicial, a despeito da amplitude de sua discussão de pluralidade de obras acadêmicas que lhe dão atenção⁵⁶, é matéria que carece de densificação e de maiores estudos visando propor ao Poder Judiciário limites de atuação, até mesmo para balizar a segurança jurídica que deve reger a sociedade e dar maior previsibilidade à atuação judicial.

E a segurança jurídica aqui tratada não remete ao conceito de coisa jurídica acabada, firme nas referências da imutabilidade, da inalterabilidade e da irrevogabilidade⁵⁷, mas sim naquela que respeita tudo que já foi construído sem descuidar do contexto atual enfrentado e, ainda, as projeções do que acontece hoje nos desdobramentos futuros. É um cenário bastante importante para o gestor público, pois reflete diretamente em seu modo de operar.

Ou seja, na linha de pensamento aqui defendida, a decisão judicial deve ser trabalhada pensando no contexto de juridicidade que se insere e não apenas no caso dos autos, como se

⁵⁴ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Faria, Bruno Costa de. A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação. **Anais do X Simpósio de Direito Constitucional**. Disponível em: <<https://www.abdconst.com.br/anais2/JurisdicaoRafael.pdf>>. Acesso em: 29 jan. 2022, pp. 301/302.

⁵⁵ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Faria, Bruno Costa de. A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação. **Anais do X Simpósio de Direito Constitucional**. Disponível em: <<https://www.abdconst.com.br/anais2/JurisdicaoRafael.pdf>>. Acesso em: 29 jan. 2022, p. 272.

⁵⁶ Apenas para exemplificar: ABOUD, George. Consequencialismo jurídico: O lugar da análise de consequências em direito e os perigos do ativismo judicial consequencialista. **Revista dos Tribunais**, vol. 1009/2019. São Paulo: 2019, pp. 123/135; BOCCATO, Esdras. As deficiências do Poder Legislativo como fator de impulsão do ativismo judicial no Brasil. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 90/2015. São Paulo: 2015, pp. 63/76; PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. Entre a consciência e a lei: ativismo judicial no século XXI. **Revista LTR**, v. 79, n. 7. São Paulo: 2015, pp. 800-808.

⁵⁷ CABRAL, Antônio do Passo. **Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo**: introdução ao art. 23 da LINDB. Salvador: Editora Juspodium, 2020, p. 13.

ele estivesse desconectado de todo o resto do sistema legal, seja no olhar para trás, seja no olhar para frente.

Tais desdobramentos judiciais, em muito incentivados pelo cenário proposto pela Constituição Federal de 1988 e pela menção constante de inação do Poder Legislativo, a despeito da grande demanda social que o cerca⁵⁸, acabaram por trazer ao cenário jurídico uma série de discussões relevantes à sociedade, o que não pode ser negado.

O debate sobre matérias como o aborto de anencéfalos, reconhecimento do casamento de homossexuais, fidelidade partidária, quantidade de edis nas câmaras, direitos de greve de servidores públicos, abortamento ou a demarcação de terras indígenas⁵⁹, dentre outros, acabaram por conferir ao Poder Judiciário a palavra final sobre as mais diversas situações, algumas delas estranhas às suas capacidades decisória e técnica, dado o nível de especialização que a análise de algumas matérias submetidas ao crivo judicial demandam.

A situação exigiria, inclusive, um debate mais detalhado acerca das capacidades institucionais de tal poder para atuar em certas áreas, de índole mais técnica, haja vista ser necessária uma maior deferência institucional, para que se compreenda melhor o processo decisório⁶⁰ administrativo, o que não será feito aqui pelo corte epistemológico proposto.

Cediço que o ativismo judicial é um tema de relevante debate no direito constitucional brasileiro, já que pesquisar acerca dos limites da atividade judicial e das balizas que devem orientar a confecção da decisão jurídica é questão urgente e pulsante para que se evite uma expansão indevida do Poder Judiciário sobre os demais poderes, inclusive com o fito de evitar uma geléia geral no direito público nacional, onde todo e qualquer tipo de princípio vago sirva para dar fundamento a qualquer tipo de decisão⁶¹.

⁵⁸ KRELL, Andreas J.. Para além do fornecimento de medicamento para indivíduos – O exercício da cidadania jurídica como resposta a falta de efetivação dos direitos fundamentais sociais: em defesa de um ativismo judicial moderado no controle de políticas públicas. *In: Feitosa, Enoque et all (Org.). O Judiciário e o discurso dos direitos humanos*. Recife: Edit. Univ. UFPE, 2012, v. 2, p. 135-179, p 161.

⁵⁹ KRELL, Andreas J.. Para além do fornecimento de medicamento para indivíduos – O exercício da cidadania jurídica como resposta a falta de efetivação dos direitos fundamentais sociais: em defesa de um ativismo judicial moderado no controle de políticas públicas. *In: Feitosa, Enoque et all (Org.). O Judiciário e o discurso dos direitos humanos*. Recife: Edit. Univ. UFPE, 2012, v. 2, p. 135-179, p 161.

⁶⁰ GOMES. Filipe Lôbo. A regulação estatal como instrumento de concretização do direito fundamental ao desenvolvimento econômico: um contributo da análise econômica do direito. *In: Revista de Direito Público*, Porto Alegre, Edição Especial, 2016, 97-125, 2016, pp. 115/116. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2779Filipe>>. Acesso em: 04 jan. 2021.

⁶¹ SUNDFELD, Carlos Ario. *Direito administrativo para céticos*. 2ª Ed. Rev. e Amp. 2ª Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

Neste ponto é possível se filiar à linha de raciocínio⁶² de que no Direito existe a possibilidade de que seja formado um consenso intersubjetivamente objetivo, que não seja evitado por singelos voluntarismos, decisionismos ou psicologismos puros, haja vista a função social jurídica de regular comportamentos devendo produzir um produto legítimo e não um mero arbítrio, carecendo, assim, de fundamentos consistentes e razoáveis diante da individualidade irrepetível de cada caso⁶³.

É notório que o Poder Judiciário ganhou o destaque que possui hoje em decorrência de razões políticas e históricas, sendo de bom grado destacar o fato de várias nações terem editado novos textos constitucionais após o fim da segunda guerra mundial. Tais documentos foram permeados por direitos fundamentais dotados de força normativa, carregando em seu bojo reserva de mínimo existencial que impôs aos Poderes Públicos constituídos uma série de deveres de fazer e de não fazer, ou seja, além de respeitar os direitos previstos, deveria o respectivo Estado adotar comportamentos no sentido de dar concreção a toda essa gama de direitos, o que veio a ser um dos pilares das democracias constitucionais contemporâneas⁶⁴.

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu texto todo esse viés transformador, mormente por ser um texto cunhado sob a sombra do fantasma, bastante recente à época, da ditadura militar, em que direitos fundamentais haviam sido constantemente violados ou simplesmente negados aos mais diversificados quinhões da população.

Esse cenário, pintado num quadro emoldurado por uma Carta Constitucional de largo rol de direitos, reguladora do Estado e da Sociedade, sob a guarda de uma jurisdição constitucional dotada de poderes suficientes para se contrapor ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo (visando a efetividade dos compromissos constitucionais) fez com que, naturalmente, uma sucessão de questões fosse judicializada numa sociedade cada vez mais massificada. Essa judicialização excessiva também se deve à força normativa da Carta Constitucional e da verticalidade eficaz dos direitos fundamentais, num movimento sobremaneira catalisado pela pobre efetivação de tais direitos, por parte dos Poderes Públicos constituídos⁶⁵.

⁶² PERELMAN, Chaïn. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 94.

⁶³ NOHARA, Irene Patrícia. O tabu da proporcionalidade e a justiça do caso concreto. PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *In* **Mutações do direito administrativo: estudos em homenagem ao Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 160.

⁶⁴ ABBOUD, Georges. A atuação do STF na pandemia da COVID-19. *Fine line* entre a aplicação da Constituição Federal e Ativismo Judicial. **Revista dos Tribunais**. Vol. 1020/2020. São Paulo: DTR, 2020, p. 78.

⁶⁵ ABBOUD, Georges. A atuação do STF na pandemia da COVID-19. *Fine line* entre a aplicação da Constituição Federal e Ativismo Judicial. **Revista dos Tribunais**. Vol. 1020/2020. São Paulo: DTR, 2020, p. 78.

Viu-se o gestor público, mesmo com todas as limitações técnicas, de recursos e burocráticas, que historicamente atropelam qualquer tentativa de boa gestão em solo brasileiro, obrigado a atender uma gama gigantesca de direitos, tanto coletivos quanto individuais, como aqui já tratado. A constante inobservância dos dizeres constitucionais ou mesmo a cultural falta de planejamento a curto e médio prazos para atendimento daqueles anseios trouxe uma crescente judicialização das mais diversas áreas de gestão pública, gerando insegurança jurídica aos que labutam nas áreas diretamente afetadas.

A judicialização, portanto, acabou advindo de um influxo eminentemente social e não decorreu de um simples desejo ou de uma forma de atuação específica do Poder Judiciário, derivando de uma série de fatores estranhos em sua origem, que vão desde o maior e mais amplo reconhecimento de direitos e passam por uma corrosiva ineficiência estatal no cumprimento das promessas constitucionais para culminarem no aumento da litigiosidade, que é um dos caracteres das sociedades de massas⁶⁶.

Não é a judicialização em si que é o problema; é o ativismo judicial, que nasce dela, que possui vínculo com a judicialização, mas dela não depende exclusivamente, que carece de maior atenção.

Mas o que é esse tal de ativismo judicial?

Há quem entenda que ele nada mais é do que um problema de interpretação da ciência jurídica, corporificado no desvio do correto meio de efetivar a atividade jurisdicional, substituindo o direito por critérios decisórios extrajurídicos, fundamentadas em convicções pessoais, senso de justiça do intérprete sem considerar a legalidade⁶⁷ vigente⁶⁸.

Noutra direção, há quem defenda o uso do ativismo judicial como um meio de transformação da sociedade, acolhendo suas diversidades na construção de um direito constitucional democrático, buscando a efetividade da Constituição Federal e suas normas no sentido de que o Magistrado, visando a atividade jurisdicional voltada a um Estado de bem-estar social, redimensione seu foco de análise para investigar o fundamento de todo e qualquer

⁶⁶ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 32.

⁶⁷ O conceito de legalidade acima defendido guarda harmonia com a necessária legitimidade do sistema jurídico para intervir em qualquer matéria que lhe seja submetida e não apenas com o singelo positivismo estrito ou a vetusta e superada subsunção do fato ao texto normativo.

⁶⁸ ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2020, p. 1371.

ato estatal submetido ao crivo a partir dos objetivos fundamentais insertos na Constituição da República⁶⁹.

Nessa linha de visão, a Constituição deveria, obrigatoriamente, receber uma leitura de tons finalísticos, de forma que seu art. 2º, base mor do princípio da independência e da harmonia entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, fosse revisitado⁷⁰ para que este não tenha sua atividade resumida a uma ação de natureza meramente defensiva, que exigiria um protagonismo justificado nos casos relacionados à justiça básica e em elementos de índole constitucional manifestados por meio da razão pública⁷¹.

Nesse sentido, é de bom tom destacar o pensamento do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luis Roberto Barroso, que defende o caráter iluminista da jurisdição constitucional, como uma forma de “empurrar a história”, de forma alegadamente legítima, atribuindo, todavia, tal caráter à Constituição, e não ao intérprete⁷².

De bom grado, destacar a discordância do presente estudo com tais conclusões. É que as bases sobre as quais se edificam o Direito, sejam elas bem ou mal aplicadas pelo Poder Judiciário, não permitem que o intérprete perca de vista que a coimplicação da linguagem trazida no bojo constitucional e a compreensão dela originada deve ser sempre levada em consideração, naquilo que se convencionou chamar de círculo hermenêutico, o que faz com que esse mesmo intérprete, na atribuição de sentidos ao texto com que se defronta não possua uma liberdade arbitrária, mas, sim, uma obrigação clara e inequívoca de montar uma cadeia de significados históricos que condicionam sua interpretação, retirando do âmbito jurídico qualquer relativismo ou decisionismo⁷³, numa situação que, caso fosse sempre respeitada, sequer daria margem à discussões sobre ativismos judiciais, insegurança jurídica ou imprevisibilidade das decisões judiciais.

Logo, o pensamento aqui defendido é no sentido de que, a despeito das omissões legislativas ou outro motivo que pugne justificar tais atitudes ativistas, não cabe ao Poder

⁶⁹ MORETTI, Deborah Aline Antonucci. DA COSTA. Yvete Flavio. A importância do ativismo judicial na implementação dos direitos sociais não implementados pelo poder público. **Revista De Direitos E Garantias Fundamentais**, v. 17, n. 1., jan/jun 2016, 111-134. Disponível em: <<https://doi.org/10.18759/rdgf.v17i1.750>>. Acesso em: 16 jan. 2021, p. 123.

⁷⁰ CANELA JUNIOR, Osvaldo. **A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário**. 2009. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-03062011-114104/>>. Acesso em: 12 jan. 2021, p. 38.

⁷¹ DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Método, 2007, pp. 97/98.

⁷² BARROSO, Luis Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5. Número Especial, p. 23-50. Brasília: Uniceub, 2015, p. 25.

⁷³ ABBOUD, Georges. Discricionariedade Administrativa e Judicial: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2014.

Judiciário tomar a dianteira de toda e qualquer situação que seja posta sob seu crivo, notadamente daquelas para as quais sequer possui conhecimentos técnicos e científicos para analisar de forma completa, se imiscuindo em atividades reguladoras e de distribuição de políticas públicas, para as quais não possui capacidade institucional⁷⁴.

O Judiciário não é panaceia de todos os problemas, males e angústias da sociedade. Uma atuação errática e distópica sua pode até trazer benefícios a curto prazo, mas seus desdobramentos a médio e a longo prazo, além de desconhecidos, podem ser terríveis para o desenvolvimento e a manutenção da democracia da forma como conhecemos. O presente estudo é sobre isso e os próximos itens buscarão jogar um pouco de luz sobre esse fenômeno e nos seus desdobramentos.

3.2 Contextualizando o Ativismo Judicial

O Direito Administrativo brasileiro sempre teve o controle judicial dos atos da Administração Pública presente em seus estudos, iniciados em meados do século XIX. Possuía o Brasil justiça administrativa especializada, criada ainda no Império, situação que durou até 1891, quando foi promulgada a Constituição da República, que implementou jurisdição una, seguindo o modelo americano da época em detrimento do modelo francês.

A consolidação do controle judicial dos atos da Administração Pública ocorreu de forma concomitante à da ciência do direito administrativo como área especial, entre os anos 1930 e 1970, período de difusão de suas prerrogativas e poderes específicos. Foram registradas e desenvolvidas técnicas de controle judicial dos atos administrativos atreladas ao surgimento de legislação específica, regulamentando as ações judiciais para controle da Administração, como o Mandado de Segurança. Importante destacar o fortalecimento da defesa dos poderes administrativos na década de 1960 e, posteriormente, em 1980, a proposição de um Direito Administrativo como direito dos administrados para reduzir o espaço de ação livre do administrador público acerca da discricionariedade e do poder regulamentar⁷⁵.

⁷⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Comentários à Lei n. 13.655/2018 (Lei da Segurança Jurídica para Inovação Pública)**. Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p.24

⁷⁵ A partir de 1930 o vínculo entre o direito administrativo e o desenvolvimento foi intensificado transformando a legislação administrativa numa ferramenta pragmática de desenvolvimento, decorrente do esforço legislativo para contemplar tal alteração. Autores como Themístocles Brandão Cavalcanti, Miguel Seabra Fagundes e Rui Cirne Lima contribuíram nas investigações à época. Nas décadas de 1960 e 1980 formaram a vanguarda os autores Hely Lopes Meireles e Celso Antônio Bandeira de Mello, respectivamente. Sobre o tema, consultar SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. 2 ed. Rev. e Amp. 2ª Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, pp. 51/53 e 61/63.

A culminância do controle judicial dos atos administrativos na forma atual ocorreu com o advento do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, onde se verifica a opção do constituinte pela sindicabilidade dos atos administrativos ao Poder Judiciário.

Após o advento da Constituição Federal de 1988, aumentou substancialmente a judicialização de questões atinentes à Administração Pública (política e relações sociais) com base no uso sofisticado, e muitas vezes impreciso, de princípios embebidos em conceitos jurídicos indeterminados⁷⁶. O lastro do comportamento teve suporte principal na cultura pós-positivista⁷⁷ e no fenômeno neoconstitucionalista⁷⁸, que influenciaram os julgadores e fizeram surgir a necessidade de maiores debates na seara jurídica, pela inexistência de horizonte de estabilização da situação.

O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, portanto, se tornou mais complexo para atender a demanda oriunda do impulso das novas normas constitucionais e das Leis⁷⁹, gerando insegurança jurídica pela multiplicidade de interpretações das normas pertinentes à coisa pública e se valendo do uso constante de valores jurídicos abstratos. Foi nesse cenário que o perfil mais ou menos concreto da legalidade variou conforme a época e a situação analisada, acompanhando fluxos e influxos dos Tribunais Superiores, o que trouxe divisões entre os juristas pátrios⁸⁰.

E foi nesse contexto, diante da superação do positivismo – que ignorava a necessidade de concretização do direito na observação das nuances de cada caso⁸¹ – como meio de

⁷⁶ O uso indiscriminado dos princípios, como os da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e da razoabilidade, carregou consigo vagueza e superficialidade para mentes habilidosas, que neles buscou a verdadeira essência do direito administrativo, deixando de lado as instituições e as cotidianas deliberações políticas das leis e dos atos oriundos da Administração.

⁷⁷ O pós-positivismo propôs um modo de pensar o direito superando as deficiências do positivismo, alinhando-o com a evolução filosófica da linguagem e da hermenêutica. Sobre o tema, consultar MULLER, Friedrich. O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódia estruturantes. 3 ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2013, pp. 10/11.

⁷⁸ O movimento neoconstitucionalista é formado por vetores diversos e ligados entre si: a) crescente valorização da força normativa dos princípios jurídicos na aplicação do direito; b) uso de estilos mais abertos de raciocínio tais como ponderação, tópica, teorias da argumentação etc., reduzindo o formalismo; c) constitucionalização do direito, em especial os relacionados aos direitos fundamentais; d) reaproximação entre direito e moral; e e) deslocamento para o Poder Judiciário de poderes do Executivo e Legislativo em decorrência da judicialização da política e das relações sociais. Sobre o tema, consultar SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Disponível em: <<http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/14701/material/Constitucional%201%20-%20Apostila%202%20-%203a.pdf>>. Acesso em: 25 ago. de 2020.

⁷⁹ MARQUES NETO. Floriano de Azevedo. Os serviços de interesse econômico geral e a recentes transformações dos serviços públicos. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de, e outros (orgs.). **Direito Público em evolução – Estudos em Homenagem à Professora Odete Medauar**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, pp. 531-547.

⁸⁰ ABBOUD, Georges. Discricionariedade Administrativa e Judicial: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2014, p. 64

⁸¹ ABBOUD, Georges. Discricionariedade Administrativa e Judicial: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2014, p. 64.

legitimação do direito aplicado à coisa pública, que o pluralismo e o incremento do risco, dentre outros vetores, carregaram consigo a necessidade de uma nova forma de interpretação jurídica⁸², pelo surgimento de novas necessidades, criação de tecnologias inovadoras, superação de tradições e preconceitos, em um ambiente de comunicação global imediata⁸³. A experiência administrativa tem mostrado insuficiências e gargalos, razão pela qual foi sendo enriquecida de forma gradual com novas técnicas, que alteraram o sistema⁸⁴.

Um tema bastante caro ao que é abordado aqui é a discricionariedade administrativa. Sobre ela, seja para evitar repetições não desejadas, seja pelo tratamento mais detalhado efetuado adiante (pela pertinência que tal tema guarda com o teor do artigo 23, da Lei n. 13.655/2018).

Nesse tom, não poderia o presente estudo ficar adstrito a falar das condutas judiciais e seus respectivos desdobramentos sem uma parte dedicada exclusivamente a contextualizar o cenário das decisões judiciais ativistas, que interferem diretamente na gestão pública e na implementação de políticas públicas.

Afinal, de onde vem o pensamento coletivo que infla os fetiches destacados ou provoca no gestor as consequências que serão melhor trabalhadas adiante? A conclusão tratada aqui, por formas diversas, decorre do alargamento contínuo e gradativo que vem passando o espectro de ação do Poder Judiciário.

Essa ampliação do poderio judicial, há que se convir, decorre também do caráter dirigente da Constituição Federal de 1988, que carrega consigo uma série de preocupações que vão muito além da manutenção do *status quo* ou da singela organização estatal. Esse espaço de atuação foi ocupado por um Judiciário ávido por participação, avançando até onde encontrar limites, já que todo sujeito que detém poder será levado a dele abusar, como bem defendia Montesquieu⁸⁵.

O Poder Legislativo, ao não realizar o que dele se espera, também tem sua parte de participação nesse panorama, razão pela qual é importante destacar o papel político que possui o Judiciário, cujo conceito não leva de forma lógica ao ativismo judicial. Afinal, conforme preconiza a Constituição Federal, o Poder Judiciário exerce função tipicamente

⁸² OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A releitura do direito administrativo à luz do pragmatismo. In: **RDA – Revista de Direito Administrativo**, v. 256, p. 129-163. jan./abr. Rio de Janeiro: FGV, 2011, p. 130. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8496/7245>>. Acesso em: 23 jul. 2020.

⁸³ JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB – Dever de transparência e proporcionalidade nas decisões públicas. In: **Revista de Direito Administrativo**, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018). Rio de Janeiro: FGV, 2018, pp. 18/19.

⁸⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. 2 ed. Rev. e Amp. 2ª Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 236.

⁸⁵ MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 166.

política, até mesmo pelo fato de que boa parte das questões tratadas pelos magistrados são parte políticas e parte judiciais. Poucas são as questões exclusivamente políticas ou jurídicas⁸⁶. É a judicialização de questões políticas, conjugada a outros fatores de pressão, que conduz à configuração do ativismo judicial.

Um cenário bem notório de atuação judicial, aqui já tratado, inclusive, é o da distribuição de medicamentos. Em todo o Poder Judiciário, Brasil afora, são múltiplas decisões que condenam os entes públicos federais, estaduais e municipais a bancar remédios e tratamentos que não figuram nas listas e protocolos dos órgãos competentes (como Ministério da Saúde e Anvisa, por exemplo). Alguns casos demandam cuidados que ainda se encontram em fase experimental de estudo ou devem, ainda, ser realizados no exterior⁸⁷.

Exemplo emblemático de como o Judiciário atua em áreas que não lhe são afetas – o que acaba fazendo com que essa arrogância judicial invada as mais diversificadas competências – pode ser vista no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510, em que o Supremo Tribunal Federal foi chamado para debater as “verdades da ciência” sobre a vida e a pesquisa biológica. Aspectos da constitucionalidade de um dos dispositivos da Lei n. 11.105/2005 que ventilava a possibilidade do uso de células-tronco embrionárias obtidas por meio da fertilização *in vitro*, cuja afronta restava fulcrada no potencial desrespeito do direito à vida, protegido no caput do art. 5º, da Constituição Federal. Enquanto debatiam o conceito do que seria vida (quando se inicia, o estatuto do embrião, se seria ou não protegido pelo Direito etc.) chegou o Ministro Carlos Ayres Britto a afirmar que a Corte Constitucional havia se transformado numa “casa de fazer destinos”, como bem lembrado por Rafael Tomaz de Oliveira⁸⁸.

Luís Roberto Barroso, ainda advogado à época, defendia que o Poder Judiciário, paralelamente com decisões úteis e meritórias, vinha externando decisões “extravagantes ou emocionais” quando o assunto se referia a remédios e tratamentos, que acabavam por arriscar a integridade das políticas coletivas de saúde, tanto por desorganizar a atividade administrativa, quanto por comprometer a alocação dos limitados recursos públicos⁸⁹. Em

⁸⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1946**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960, t. III, p. 199.

⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009, p. 18.

⁸⁸ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Faria, Bruno Costa de. A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação. **Anais do X Simpósio de Direito Constitucional**. Disponível em: <<https://www.abdconst.com.br/anais2/JurisdicaoRafael.pdf>>. Acesso em: 29 jan. 2022.

⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à constitucionalização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *In: Temas de direito constitucional*, tomo IV, 2009, no prelo.

outra oportunidade, o mesmo autor afirmou que o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve intervir, pois deveria ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder para evitar invadir a competência alheia, numa forma de autocontenção espontânea, que antes o eleva do que diminui⁹⁰.

Com base no modo como nosso sistema jurídico fora erguido, num cenário em que o Poder Judiciário recebeu a outorga de escudo da sociedade para proteger os direitos individuais da sociedade contra os avanços impróprios do Estado⁹¹, é natural que sobre ele se apoiem as mais diversas pressões sociais para acelerar a implementação dos múltiplos direitos programáticos previstos da Carta Constitucional, notadamente a fruição dos direitos sociais e aqueles que beneficiam grupos ou regiões específicas⁹².

Passa-se a trabalhar com um Judiciário ativista e muitas vezes exclusivamente consequencialista. É uma prática efetiva que não é perniciosa em si, sendo um sintoma crítico. Decorre também de uma ideia que orbita o imaginário comum e midiático de nosso país onde se compreende que “decidir conforme a lei e a Constituição, ainda que beneficie nossos inimigos ou prejudique nossos amigos virou razão de descrédito”⁹³. O tom de preocupação e crítica diante do ativismo judicial se dá por ele decorrer de uma atuação que não encontra base na Constituição Federal, pela indesejada invasão das atribuições dos demais poderes, bem como pelo fato de que cabe ao Poder Legislativo delimitar as regras para solução dos conflitos de uma sociedade cada vez mais complexa, plural e dinâmica⁹⁴.

É que esse ativismo consequencial muda o referencial positivo-normativo que deveria estruturar qualquer decisão, sendo ele trocado pelo discurso de uma suposta eficiência para a obtenção de um bem maior, sendo o mais atual deles, a bandeira que quase tudo justifica, o combate à corrupção, o que acaba por retirar a eficácia normativa de diversas regras constitucionais e infraconstitucionais. Nesse cenário “a retórica da eficiência prevalece em detrimento do direito posto”⁹⁵.

⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009, p. 17.

⁹¹ LEAL, Roger Stiefelmann. **A judicialização da política**. Disponível em: <<http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal1.htm>>. Acesso em: 03 mar. 2022.

⁹² RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 271.

⁹³ ABOUD, Georges. Consequencialismo jurídico: o lugar da análise de consequências em direito e os perigos do ativismo judicial consequencialista. *Revista dos Tribunais*. Vol. 1009/2019. P. 123-135, nov. 2019, pp. 128/129.

⁹⁴ BOCCATO, Esdras. As deficiências do Poder Legislativo como fator de impulso do ativismo judicial no Brasil. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 90/2015. São Paulo: 2015, pp. 63/76, p. 66.

⁹⁵ ABOUD, Georges. Consequencialismo jurídico: o lugar da análise de consequências em direito e os perigos do ativismo judicial consequencialista. *Revista dos Tribunais*. Vol. 1009/2019. P. 123-135, nov. 2019, p. 128.

Interessante notar que o presente texto não pretende criticar o uso das consequências nas decisões judiciais. Pelo contrário. Os desdobramentos do que é decidido pelo Judiciário em matérias vinculadas à gestão pública fora até objeto de positivação do consequencialismo na Lei n. 13.655/2008, conforme se vê nos artigos 20 e 21, que serão estudados adiante.

A linha de raciocínio aqui defendida se alinha com o pensamento de Neil MacCormick, citado por Georges Abboud, para quem existem consequências aptas a justificar decisões judiciais, desde que se utilize de um consequencialismo não extremado, como é o caso do ativismo judicial aqui combatido, onde o viés consequencial é utilizado como subterfúgio retórico para trocar o Direito em voga pelo que o intérprete entende, subjetivamente, como correto, haja vista que o próprio MacCormick atrela a justificação das decisões baseadas em consequências à motivação que demonstre que tais decisões não contrariam o Direito posto. Não podem os partidários de um consequencialismo levado a cabo de qualquer jeito pressuporem que haja algum critério unívoco e definitivo, que sirva de parâmetro para calcular o custo-benefício dos desdobramentos de cada decisão. Essa forma de pensar representa um déficit de legitimação da decisão judicial, como qualquer forma de ativismo, até mesmo pelo fato de que o fato dos juízes, por não serem agentes eleitos, estarem sempre adstritos à busca da legitimação de suas decisões por meio da motivação, conforme estabelecido pelo artigo 93, IX, da Constituição Federal⁹⁶.

Cada caso é unívoco e irrepetível. Portanto, cada decisão deve seguir tal ineditismo buscando motivar suas conclusões conectando-se com a realidade, usando as consequências, sim, mas sem desprezar o Direito ou mesmo a juridicidade que deve ser perseguida por todos os intérpretes.

O campo de atuação do Judiciário é vasto. Outrora, o Supremo Tribunal Federal adentrou num campo da fidelidade partidária, criando nova hipótese de perda de mandato, que acabou causando uma corrida à Corte Suprema para declaração de vacância de cargos de políticos que haviam mudado de partido, como é o caso do Mandado de Segurança n. 26.602 (Rel. Min. Eros Grau), Mandado de Segurança n. 26.603 (Rel. Min. Celso de Mello) e Mandado de Segurança n. 26.604 (Rel. Min. Cármen Lúcia), apenas para exemplificar. Depois, numa nova decisão ou como alguns costumam chamar, num novo giro hermenêutico⁹⁷, entender a Suprema Corte que a perda de mandato pela referida infidelidade

⁹⁶ ABOUD, Georges. Consequencialismo jurídico: o lugar da análise de consequências em direito e os perigos do ativismo judicial consequencialista. **Revista dos Tribunais**. Vol. 1009/2019. P. 123-135, nov. 2019, p. 126.

⁹⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin; CLÈVE, Ana Carolina de Camargo. A evolução da fidelidade partidária na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: KEPPEL, Luiz Fernando Tomasi; SALGADO, Eneida Desiree

não prejudicaria candidatos eleitos pelo sistema majoritário, sob a motivação de que se assim fosse seria violada a soberania popular e as escolhas feitas pelo eleitor⁹⁸.

Noutra atuação ativista e criativa decidiu a Suprema Corte Federal, em homenagem aos princípios da moralidade e da impessoalidade, impor vedação que não estava disposta expressamente em nenhuma regra constitucional ou infraconstitucional. Por meio da Súmula Vinculante n. 13, os Ministros estenderam aos Poderes Legislativo e Executivo a vedação ao nepotismo, numa posição que assumiu basicamente uma conotação quase-normativa. Roga o texto da referida Súmula que:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Diante de uma inovação desse tipo, quase nada mais surpreende. A pandemia de COVID-19, que assolou o mundo nos últimos dois anos, também impôs um cenário errático quanto a pontos diversos de intervenção no controle da pandemia pelo Poder Público nas três esferas de governo, tais como a amplitude das restrições de movimentação da população (incluindo horário de funcionamento e capacidade de lotação), o uso obrigatório ou não de máscaras em ambientes públicos, a obrigatoriedade ou não da vacinação, a quem competia o comando burocrático das ações contra a pandemia, dentre outros temas. Interessante notar que a pandemia é só o tema da vez, mas num passado não muito distante são encontradas inovações nas mais diversas áreas que refletem na atuação do setor público, da qual a Súmula Vinculante n. 13 é um singelo exemplo.

Assim, é fácil perceber que o Poder Judiciário se aproveitou de uma “tempestade perfeita” para que se instalasse um verdadeiro governo de juízes, cada vez mais real: i. Um sistema legal que evoluiu, deixando de buscar a inação estatal, para demandar de forma cada vez mais profunda ações de entrega de tudo quanto descrito na Constituição Federal, preenche dos mais diversos direitos fundamentais, ou seja, em vez do cidadão simplesmente demandar a proteção do que o Estado poderia fazer contra ele, passou a exigir em seu favor os direitos que entendia devidos; ii. Um espectro de atuação amplo ao Poder Judiciário conferido pela Constituição Federal; iii. O enfraquecimento do movimento positivista diante dos movimentos pós-positivista e neoconstitucionalista, que deu maior importância à pessoa do

(Orgs.). **Direito eleitoral contemporâneo: 70 anos da redemocratização pós-ditadura Vargas e da reinstalação da Justiça Eleitoral**. Curitiba: Tribunal Regional Eleitoral do Paraná, 2016. p. 15-29.

⁹⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.081/DF**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9175293>>. Acesso em: 22 mar. 2022.

intérprete, quase sempre confundido com o Juiz; iv. Um Poder Executivo marginalizado, porque historicamente acometido dos mais diversos males que acompanham a gestão pública desde o tempo em que a coroa portuguesa desembarcou no Brasil (empreguismo, nepotismo, burocracia, ausência de resultados, falta de qualificação, escândalos de corrupção, dentre outros); v. O hipercontrole; e; vi. Poder Legislativo nem sempre atento às demandas dinâmicas da sociedade a que deveria servir, lento.

A instalação da situação posta traz diversos males e deixa de ser um perigo hipotético para se tornar um problema real, notadamente pelo fato de que a moderação e a disciplina intelectual que deveriam permear os membros do Judiciário parecem estar esmaecendo ou, ao menos, não vêm se mostrando suficientes para obstar que eles pugnem por alterar os rumos políticos do país⁹⁹.

É justamente esse contexto de um Judiciário como braço ativo na condução das políticas públicas que se mostra negativo e deve ser combatido ou, ao menos, limitado, como pugnam os dispositivos trazidos ao cenário jurídico pela Lei n. 13.655/2018. Ora, se o ativismo judicial é um movimento imparável, pelo menos que ele seja controlável ou que de suas conclusões/decisões se exija um mínimo de legitimidade, que pode ser aferida em motivações atentas aos ditamos legais mínimos exigidos pelo sistema legal pátrio.

3.3 O Ativismo Judicial e a Asfixia Burocrática¹⁰⁰ ou sobre como se dá a Paralisia Administrativa

Fácil perceber no ativismo judicial uma clara invasão do Poder Judiciário nas competências do gestor público, que como qualquer invasão carrega consigo algumas consequências. É sobre elas que versa o presente tópico.

A existência desse movimento ativo de intervenção por parte de Judiciário “empurrador da história” asfixia o gestor burocraticamente, pois se baseia: i. Numa excessiva centralização das decisões, que acaba por retardar a resposta aos problemas de interesse público, buscando, ainda moldar soluções uniformes e gerais num país de vastidão continental e não uniforme (cultural e economicamente); ii. Num apego ao formalismo de forma excessiva, mais atento à importância dos papéis do que aos fatos e; iii. Na pernicioso

⁹⁹ BOCCATO, Esdras. As deficiências do Poder Legislativo como fator de impulso do ativismo judicial no Brasil. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 90/2015. São Paulo: 2015, pp. 63/76, p. 64.

¹⁰⁰ BELTRÃO, Hélio. *Descentralização e liberdade*. 3 ed. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 2002, p. 44.

presunção de desconfiança que norteia parte substancial de nosso quadro normativo¹⁰¹ num quadro agudizado pelos fetiches anteriormente tratados.

O intérprete do Direito Administrativo está habituado a fazer aquilo que está escrito na Lei, como se somente nela se esgotasse o Direito. Não obstante, o julgador superestima a forma e desconsidera resultados e, muitas vezes, despreza a realidade como agente essencial da demarcação do interesse público. Em muitas oportunidades, questões complexas são postas diante de julgadores que ingressaram jovens no ofício, despidos de experiências como gestores públicos, mas que, sem qualquer sombra de hesitação impõem sua opinião sobre a dos administradores e “ignoram os ditames, as leis de procedimento administrativo, sejam como instrumento de governo ou como mecanismo de controle de poder”¹⁰².

O sistema jurídico, aglutinador dos mais diversos interesses socioeconômicos, políticas públicas e direitos fundamentais, é integrado, principalmente, pelas respectivas interações entre todos os pontos que abarca. Exemplificando: a tripartição de Poderes, a hierarquia normativa, os anseios sociais majoritários e minoritários, a necessidade de evolução coletiva, a jurisprudência, a doutrina, dentre outros. Cada uma dessas peças, em maior ou menor grau, apresenta alguma contribuição que impacta nas demais áreas direta ou indiretamente. Estão todas correlacionadas.

O presente estudo remete, especificamente, aos impactos sistêmicos causados na gestão pública por conta do ativismo judicial, haja vista as limitações intrínsecas da atuação do Judiciário que não poderia, em tese, decidir o que será feito pela Administração e muito menos como será feito¹⁰³, caso a situação questionada esteja dentro do espectro de legalidade almejado e possível, como ocorreu, por exemplo, no julgamento pelo STF da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347¹⁰⁴, onde fora reconhecido o Estado de Coisas Inconstitucional no sistema carcerário brasileiro ou quando o mesmo Tribunal promoveu o afastamento de Senador da República¹⁰⁵, passando por cima das competências daquela Casa Legislativa, a quem incumbia tal desiderato.

Os exemplos utilizados, porque extremos e adotados pelo Supremo Tribunal Federal, são pertinentes por não serem isolados e denotarem uma conduta judicial ativista cada vez

¹⁰¹ BELTRÃO, Hélio. **Descentralização e liberdade**. 3 ed. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 2002, p. 44.

¹⁰² 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.

¹⁰³ SANCHES MORÓN, Miguel. **Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial**. Madrid: Tecnos, 1995.

¹⁰⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347**. (Julgada em 18.03.2020, pub. 01.07.2020). Min. Marco Aurélio Mello.

¹⁰⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Cautelar n. 4.327**. (Pub. 14.05.2021). Ministro Edson Fachin.

mais presente em searas estranhas ao Judiciário. É comum e diário ver notícias sobre as mais diversas intervenções do Poder Judiciário sobre os atos dos demais poderes. Não que isso seja vedado, afinal o art. 5º, XXXV, garante essa apreciação, como repetido acima. O problema reside no avanço desenfreado do Judiciário nas mais diversas áreas de atuação para as quais, para além da invasão de competências, nem sempre possui capacidade institucional que legitimem tais intervenções. Os posicionamentos adotados nas instâncias superiores ganham eco e se multiplicam nas instâncias inferiores, nem sempre atentas aos melindres técnicos e limitações materiais¹⁰⁶ que orbitam a tomada das decisões sobre gestão pública e sobre o Gestor Público.

Fato é que esse contexto desequilibra uma sensível relação entre o planejamento formulado pela Administração (que no Brasil, já não pode ser considerado uma de suas melhores características) e o limitado orçamento dos entes públicos.

Noutra banda, o ativismo judicial também atua na interpretação de normas sistêmicas pertencentes ao microsistema sancionatório do Direito Administrativo, como a Lei de Improbidade Administrativa, por exemplo e, ainda, apresenta leituras diversificadas (para não dizer criativas) de pontos simplórios das Leis vinculadas às compras públicas, o que gera incerteza e, via de consequência, insegurança jurídica a quem utiliza diariamente tais ferramentas. Passa o Poder Judicante a explorar cenários surpreendentes. A situação fica mais aguda com a atuação criativa também dos demais órgãos de controle, com destaque para o Tribunal de Contas da União.

Tanto assim, que a moribunda Lei n. 8.666/93, mesmo tendo quase 30 (trinta) anos de vigência, até hoje possui trechos passíveis das mais diversificadas interpretações, tais como, os quesitos de habilitação técnica ou a desclassificação de propostas inexequíveis. São quase três décadas atuando com uma Lei que ainda não possui trechos importantes devidamente pacificados pelos órgãos de controle, que possuem expertise na análise de questões administrativas. O que dizer, então, do Poder Judiciário, que atua na maioria das vezes numa multiplicidade de áreas do Direito?

Ora, é notória a rapidez e a imprevisibilidade com que os desdobramentos se dão no mundo real. Nesse cenário posto ao gestor público é que sua atividade se torna tortuosa para atender não somente às normas que lhe vinculam com suas múltiplas respectivas interpretações plausíveis, mas também para acompanhar toda a variabilidade das intervenções judiciais que interferem diretamente no orçamento público e nas escolhas administrativas,

¹⁰⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário n. 273.834/RS**. “A falta de previsão orçamentária não deve preocupar o juiz (...) mas apenas o administrador”. Min. Celso de Mello.

como nas causas que versam sobre medicamentos não fornecidos pelo SUS¹⁰⁷ e tratamentos de valores vultuosos, alguns deles experimentais e ainda passíveis de validação científica.

É sobre as consequências desse atuar errático do Poder Judiciário, permeado por pequenos e contínuos “empurrões na história” que versam os próximos tópicos do presente estudo. Necessário ser adensado o enfrentamento do gargalo jurídico proporcionado pela criminalização da Administração Pública, marginalizada e hipercontrolada, acuada por debates inacabados e controversos, promovidos em interpretações de um Judiciário nem sempre afeto às complexidades de determinados assuntos sob sua análise, servindo as alterações promovidas pela Lei n. 13.655/2018 como um interessante balizador das alterações pelas quais tal cenário precisa passar para garantir aos gestores públicos um cenário menos movediço e mais seguro do ponto de vista executivo, seja ele enquanto o gestor está atuando ou após o término de sua missão junto ao Poder Público.

Afinal, boa parte dos cargos públicos de gestão deixam uma herança negativa para que as autoridades de outrora administrem, para felicidade dos advogados administrativistas que atuam na defesa dessas autoridades. A nova Lei de Licitações buscou amenizar essa situação com a inserção do artigo 10¹⁰⁸ que assim regulamenta:

Art. 10. Se as autoridades competentes e os servidores públicos que tiverem participado dos procedimentos relacionados às licitações e aos contratos de que trata esta Lei precisarem defender-se nas esferas administrativa, controladora ou judicial em razão de ato praticado com estrita observância de orientação constante em parecer jurídico elaborado na forma do § 1º do art. 53 desta Lei, a advocacia pública promoverá, a critério do agente público, sua representação judicial ou extrajudicial.

§ 1º Não se aplica o disposto no caput deste artigo quando:

I - (VETADO);

II - provas da prática de atos ilícitos dolosos constarem nos autos do processo administrativo ou judicial.

§ 2º Aplica-se o disposto no caput deste artigo inclusive na hipótese de o agente público não mais ocupar o cargo, emprego ou função em que foi praticado o ato questionado.

Apesar do teor do artigo trazer algum alento para os gestores que atuam diretamente com licitações, é de se ver que já existem questionamentos junto ao STF apresentados pela Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal – ANAPE acerca da inconstitucionalidade de tal dispositivo¹⁰⁹. É factível a ausência de tranquilidade de um gestor ser defendido por uma advocacia pública que não o quer como cliente. É do cenário aqui tratado que decorrem as consequências negativas tratadas adiante.

¹⁰⁷ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial n. 430.526/SP**. Min. Luiz Fux.

¹⁰⁸ BRASIL. **Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em: 04 ago. 2021.

¹⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.915**. Rel, Ministro Nunes Marques.

3.3.1 O Apagão das Canetas: o medo de decidir como elemento social negativo.

A expressão fora cunhada para descrever a situação que é imposta ao gestor enquanto atua em seu mister devido à ampla e indevida intervenção judicial nos mais variados nichos da Administração Pública, pois, assim, perde o gestor o papel de proeminência no enfrentamento ao vivo e a cores dos problemas que lhe são postos¹¹⁰. Além de administrar uma série de dissensos, opiniões e interesses variáveis, também deve se limar pelo caráter errático das ingerências judiciais.

Um alerta: não se está diante de uma ciência exata. O atuar administrativo, de onde também são obtidas conclusões a partir de estudos e interpretações jurídicas legítimas, deve ser apreciado, durante o processo interpretativo judicial, no sentido deste verificar que existem escolhas boas e ruins na concretização singular de cada caso¹¹¹, de cada política pública, além de uma necessária contextualização de cada caso concreto¹¹².

O próprio caráter mais incisivo do julgador intervencionista, que atua no limiar entre política e direito, tanto em situações envolvendo o acesso à justiça quanto em assuntos que remontam à concretização de direitos fundamentais, acaba fazendo com que sua decisão não possua meios de ser controlada intersubjetivamente pelos meios democráticos de legitimação, o que faz exsurgir a ampliação do espectro arbitrário de tais intervenções¹¹³.

Nesse cenário de incertezas, frequentado por juízes iluministas¹¹⁴, acaba sendo imposto ao gestor um cenário de “legalidade movediça”¹¹⁵, em que nada decidir pode se mostrar mais sensato. Acuar o gestor para que seja um braço mecânico da Lei ou, pior, tornando-o um singelo cumpridor de determinações judiciais, acaba por atemorizar sua atividade, retirando-lhe o poder decisório para o qual está legalmente investido e o pior é que

¹¹⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2ª Ed. Rev. e Amp. 2ª Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, *passim*.

¹¹¹ NOHARA, Irene Patrícia. O tabu da proporcionalidade e a justiça do caso concreto. PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *In Mutações do direito administrativo: estudos em homenagem ao Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 160.

¹¹² O entendimento apresentado corrobora com o disposto no artigo 22, da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro – LINDB, que assim dispõe: Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. *In BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 22 jun. 2021.

¹¹³ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Faria, Bruno Costa de. A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação. **Anais do X Simpósio de Direito Constitucional**, p. 297. Disponível em: <<https://www.abdconst.com.br/anais2/JurisdicaoRafael.pdf>>. Acesso em: 29 jan. 2022.

¹¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009, p. 32.

¹¹⁵ NIEBURH, Joel de Menezes. NIEBURH, Pedro de Menezes. **Administração Pública do Medo**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/administracao-publica-do-medo-09112017/amp>>. Acesso em: 08 jun. 2021.

tudo isso é feito travestido das mais puras intenções de aprimorar o sistema jurídico ou mesmo de promover, independentemente do preço, um senso geral de justiça (ou de justificação, o que é pior), sem descurar da marginalização da política acima referenciada.

Um cenário que agudiza tudo quanto exposto aqui se perfaz nas problemáticas ações de improbidade administrativa, um dos maiores fantasmas a assombrar a atividade administrativa gerencial. Os aspectos polêmicos da Lei n. 8.429/92 ainda geram certa comoção, tais como o conceito do que seria improbidade administrativa, os diversos conceitos amplos da Lei de Improbidade, a configuração de dolo ou culpa sob sua égide e a proporcionalidade na implementação das sanções pelo Poder Judiciário. É um quadro, sem qualquer exagero, que causa “absoluto pânico em qualquer gestor minimamente preocupado com seu patrimônio, sua honra e manutenção dos seus direitos políticos fundamentais”¹¹⁶.

Para além disso, estamos diante de um Judiciário ativista que avoca para si competências que não são suas, afrontando a divisão de poderes. Assume o controle de diversas situações sem se preocupar com seus resultados, servindo a LINDB, alterada pela Lei n. 13.655/2018, como mecanismo de constrangimento epistemológico para que as decisões que se refiram à gestão pública se preocupem com suas respectivas consequências, com o contexto do gestor ou mesmo com respeito à jurisprudência administrativa de cada órgão. Noutras palavras, o poderio ativista judicial acabaria reduzido, haja vista o aumento da necessidade de argumentação para legitimar intervenções que antigamente poderiam ser justificadas, apenas e tão somente, com base em algum princípio jurídico abstrato de forma desconectadas da realidade. Somam-se os novos artigos trazidos pela Lei citada ao artigo 489, § 1º, do Código de Processo Civil.

É o sistema jurídico se aperfeiçoando para demandar que os julgadores, caso entendam pela intervenção judicial em qualquer seara administrativa, o façam de forma motivada, analisando consequências, desdobramentos e contextos. É uma carga mais pesada para constranger epistemologicamente os intérpretes judiciais a evitarem o aperfeiçoamento do sistema jurídico a qualquer custo, sacrificando a segurança jurídica tão cara à toda integridade sistêmica pretendida pelo Direito enquanto ciência.

Ora, cabe somente ao Legislativo, reverenciando as balizas constitucionais, aprimorar o sistema jurídico, ficando o gestor limitado a acatar tais objetivos dentro de uma margem de liberdade para resolver como e, dentro dos limites materiais e legais postos, quando executar a

¹¹⁶ SANTOS, Rodrigo Valga dos. **Direito Administrativo do Medo [livro eletrônico]:** risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters, Brasil, 2020, p. 118.

ordem das mais diversas prioridades diante das estratégias de solução de demandas¹¹⁷ que se encontram sob sua responsabilidade.

Ao Judiciário se reserva o relevante poder de verificar a legalidade de tais condutas e intervir em eventuais desvios, sendo-lhe vedado constitucionalmente atuar como se Executivo ou Legislativo fosse¹¹⁸. E se o fizer, que o faça acatando todos os comandos legais para tanto, conforme demandam a LINDB e o CPC, por exemplo.

Poderia o Judiciário promover de forma mais densa o respeito à separação constitucional de poderes, uma cultura mais vertical de deferência às decisões tomadas dentro da esfera administrativa e, ainda, a aceitação de que existem no processo judicial lapsos decorrentes da falta de capacidade institucional para intervir em diversas áreas que exigem uma expertise para a qual não possui o devido conhecimento. Esse modo de enxergar os reflexos sistêmicos em que se inserem as decisões judiciais certamente mitigaria os malefícios provocados pelo ativismo judicial aqui descritos.

As intervenções judiciais indevidas, travestidas muitas vezes nas mais puras intenções de viabilizar um amadurecimento administrativo forçado, acabam por impor um limbo de indecisão ao gestor público. Assim, retira-se do gestor público, mesmo que qualificado seja, seu natural papel de destaque. Reduz-se a tinta de sua caneta, apagando-a. A cadeira do gestor está vazia. O fenômeno foi tratado ativamente pelo STF quando do julgamento em torno da constitucionalidade da Medida Provisória 966/2020¹¹⁹, tendo o Ministro Gilmar Mendes afirmado que na adoção de políticas públicas ou na renegociação de dívidas do erário “o pior cenário possível é que ocorra o já referido aqui ‘Apagão das Canetas’, situação em que os gestores públicos ficam paralisados pelo medo de responsabilização”^{120 121}.

Um desdobramento desse cenário paralisante posto diante do Gestor Público vem sendo verificado no aumento gradativo da ocupação de cargos públicos de gestão, por servidores de carreira de órgãos de controle, numa conduta que demonstra uma busca de blindagem contra eventuais intervenções do Judiciário e do próprio controle. Servidores de carreira da Controladoria Geral da União (CGU) e do Tribunal de Contas da União (TCU) são

¹¹⁷ SALGADO, Eneida Desiree. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. *Revista Brasileira de Estudo Políticos*. N. 117, jul/dez. 2018, p. 199.

¹¹⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2 ed. Rev. e Amp. 2ª Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 217.

¹¹⁹ BRASIL. **Medida Provisória n. 966**, de 13 de maio de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv966.htm>. Acesso em: 30 mar. 2022.

¹²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6421**. Rel. Ministro Roberto Barroso.

¹²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6428**. Rel. Ministro Roberto Barroso.

cada vez mais valorizados para ocupar funções típicas de gestão. Seria dizer: aqui o gestor é oriundo do controle e sabe como fazer as coisas. Noutra linha, é o mesmo que dizer que aquele administrador que não possua tal “origem nobre” não possui as mesmas competências nem a mesma segurança quanto aos procedimentos adotados em seu trabalho¹²².

É nesse cenário de desconfiança, insegurança jurídica, de intervenções surpresa e de punibilidade errática, que acaba a pessoa do Gestor Público, que nunca foi valorizado, adotando uma perigosa conduta sobre o ato decisório: muitas vezes, é melhor nada decidir, pois quem diz não ou nada faz acaba não se comprometendo ou se comprometendo menos. Perde a gestão pública. Deixam de ser cumpridos os importantes primados constitucionais em sua plenitude. Perde a sociedade, que tanto carece de uma gestão eficiente e eficaz.

3.3.2 A Seleção Adversa¹²³: o afastamento dos bons quadros da Administração Pública e a atração de quadros propensos a assumir riscos.

Antes de iniciar o presente tópico, uma singela obviedade: a Administração Pública é feita por pessoas. Toda a pujança orçamentária, a política que a orbita, os Poderes que lhe dão substrato e legitimidade, são dirigidos por ordinárias pessoas que retiram do papel os mais complexos direitos, embebidos em interesse público, para torná-los realidade. Alguns desses colaboradores públicos lá estão por opção definitiva de vida, são concursados, vitalícios, assalariados; outros lá estão pela política, foram eleitos (alguns se eternizam, outros não); os demais a frequentam episodicamente, são os comissionados, os terceirizados e os contratados. Apesar do vínculo de natureza distinta, é certo que cada um deles em seus respectivos nichos de atuação, contribui de alguma forma para que as políticas públicas sejam implementadas em prol da população.

Quem trabalha com Administração Pública, notadamente quem assume o papel de gestor público, enfrenta todas as dificuldades e complexidades afetas à implementação eficiente das políticas correlatas ao microsistema que assume, sem descuidar das inúmeras responsabilizações de cunho administrativo, cível e criminal que assombram tal atividade, afinal, está ali para administrar, planejar e gastar o dinheiro oriundo dos impostos, ou seja, dinheiro público, alheio.

¹²² ROSILHO, André; VILELLA, Mariana; MONTEIRO, Vera. O texto com tais conclusões é um artigo jurídico, intitulado “onde estão os gestores públicos”, publicado na coluna de Administração Pública, do site JOTA, Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/onde-estao-os-gestores-publicos-07042022>>. Acesso em: 08 abr. 2022.

¹²³ O conceito trabalhado no presente estudo não remete ao conceito de seleção adversa vinculado ao estudo das ciências econômicas, como bem se verá na presente seção.

E é justamente aí que se mostra pernóstica mais uma das consequências do ativismo judicial na Administração Pública. As incertezas decorrentes do ativismo, com destaque para as que advêm do microssistema de sancionamento, acabam por inserir no quadro jurídico-administrativo nacional gestores que evitam adotar qualquer atuação que fuja do protocolo (conforme tópico anterior), evitam inovar (consoante adiante exposto), e afastam do serviço público mão-de-obra mais qualificada, atraindo para tais postos indivíduos que estejam mais dispostos a conviver com tais riscos¹²⁴, gerando o fenômeno da seleção adversa.

Para bem definir a seleção adversa aqui estudada, vale citar Marcos Nóbrega e Diego Jurubeba, que pegam emprestado aspectos da teoria da evolução, de Charles Darwim, para bem conceituar o tema. Na teoria evolutiva, amplamente conhecida, os mais aptos sobrevivem ao menos capazes de sobreviver num ambiente com mais adversidades. Para os referidos autores, num ambiente em que haja assimetria informacional acaba se dando justamente o contrário: “os produtos de melhor qualidade são expulsos pelos produtos de pior qualidade, determinando uma seleção de natureza adversa, porém, porque acaba gerando uma ineficiência”¹²⁵.

Bastante claro que o presente trabalho versa sobre pessoas e não sobre produtos. Usando o raciocínio retro para aclarar o entendimento parece pouco mais que evidente que o cenário incerto que orbita o gestor público nas realizações administrativas acaba por empurrar as pessoas mais qualificadas, e que poderiam trazer avanços ao setor público, para a iniciativa privada, ante os enormes, possíveis e plausíveis malefícios de laborar com a coisa pública. Estar disposto a correr tais riscos numa espécie de ‘perigo controlado’, nem de longe pode ser visto como algo aceitável ou desejável. Percebe-se com certa facilidade que trabalhar na Administração Pública com o peso da caneta na mão não é lá muito atraente.

Não se defende, destaque-se, que apenas pessoas não qualificadas ou que admitam assumir riscos aceitem atuar nas mais variadas áreas do Poder Público. Pelo contrário. Detém a Administração Pública nacional, em seus quadros funcionais (efetivo ou não) diversos profissionais qualificados e responsáveis, sendo alguns deles grandes expoentes da gestão pública. Afirma-se, tão somente, que o ativismo judicial incute no profissional qualificado que a atuação administrativa nem sempre será a melhor opção profissional, pelo peso da responsabilidade ou da eventual responsabilização que tal escolha carrega.

¹²⁴ JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB. Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 63-92, nov. 2018, p. 69.

¹²⁵ NÓBREGA, Marcos. JURUBEBA, Diego Franco de Araújo. **Assimetrias informacionais na Nova Lei de Licitações o problema da seleção adversa**. Disponível em <<https://irbcontas.org.br/wp-content/uploads/2021/09/Artigo-MN-e-PD-Direito-e-Desenv.-GP.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2022.

Apesar da LINDB ter sofisticado o modo de julgar as condutas do agente público para evitar eventual desconexão do julgamento com a realidade, protegendo aquele que age com boa-fé¹²⁶, o fenômeno da seleção adversa, catalisado por interpretações judiciais pouco comprometidas com o sistema legal ao qual são vinculadas, acaba por retirar excelentes profissionais deste caminho, atraindo, em algumas oportunidades, pessoal menos qualificado e mais propenso a assumir os riscos que acompanham quem gere a coisa pública.

Nesse tipo de posicionamento judicial, desatento e desconectado, verifica-se uma postura baseada no pragmatismo-decisionista que não compactua “com o Estado Democrático de Direito, com a ideia de Constituição dirigente, com o aumento da dimensão hermenêutica do direito e com a necessária mudança da postura metodológica, para pós-positivista”¹²⁷ no que se refere a fundamentação das decisões judiciais.

O abrandamento deste fenômeno se perfaria com a elaboração de decisões judiciais mais atentas ao real papel do Poder Judiciário e do Gestor Público nos contornos propostos pela Constituição Federal; um viés colaborativo mais humano entre os poderes também seria útil. Sim, humano! Lembremos: a Administração Pública (e os demais Poderes) é feita por pessoas, de carne e osso. O artigo 22, da LINDB, retrata, claramente, preocupação nesse sentido empático com o qual as normas de gestão pública devem ser interpretadas.

Esse cenário traria maior segurança jurídica à gestão pública como um todo, refletindo, obviamente, nos que fazem as vezes de gestor e estaria apto a fazer com que atuar com gestão pública fosse algo mais atrativo, do ponto de vista pessoal e profissional.

3.3.3 O Temor da Inovação: falta de incentivos aos que buscam soluções diferentes das usuais.

A melhoria da gestão pública sempre foi algo perseguido pelo Estado brasileiro. Desde a implementação das amarras burocráticas às tratativas para a instalação de um estado gerencial, com foco em resultados, busca-se um Estado cada vez mais eficiente e isso, normalmente, acontece por meio da inovação, da mudança.

O caráter gerencial estatal foi positivado com a inserção do princípio da eficiência na Constituição, por meio da Emenda Constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998¹²⁸. A

¹²⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os serviços de interesse econômico geral e a recentes transformações dos serviços públicos. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de, e outros (orgs.). **Direito Público em evolução – Estudos em Homenagem à Professora Odete Medauar**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, pp. 60/61.

¹²⁷ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Faria, Bruno Costa de. A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação. **Anais do X Simpósio de Direito Constitucional**. Disponível em <<https://www.abdconst.com.br/anais2/JurisdiccaoRafael.pdf>>. Acesso em: 29 jan. 2022.

¹²⁸ BRASIL. **Emenda Constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm>. Acesso em: 09 jun. 2021.

inovação, por seu turno, que já era abarcada nos artigos 218 e 219-A da Constituição¹²⁹, já se aconchega para ser também ela um princípio balizador explícito da Administração Pública, conforme a Proposta de Emenda à Constituição n. 32/2020, publicamente conhecida como “PEC da Reforma Administrativa”.

Ou seja, o legislador impõe ao gestor público atuação focada em melhores práticas, visando otimizar a eficiência do serviço público. Devidamente implementado, isso implicará, naturalmente, numa melhora do gasto público, que perpassa pela modernização da gestão de pessoas e pela gestão de competências, reforçando e premiando a qualificação técnica, reduzindo cargos políticos, além de propor uma modernização das contratações públicas, reduzindo os custos e o tempo das licitações, sem descuidar da ampliação do uso de instrumentos de cooperação com entidades do setor privado e de uma maior atenção com a governança pública¹³⁰.

Todavia, o cenário de incertezas e insegurança jurídica causado pelo ativismo judicial, muitas vezes firme em regras inventadas judicialmente – normalmente baseadas (apenas) em princípios, que são muito mais difíceis de serem modificadas¹³¹ – como é o caso da Súmula 13, do STF, acaba por atemorizar o gestor em implementar inovações. Ora, se executar o básico da gestão pública, por si só, já pode causar os mais diversos percalços, o que dizer, então de inovar para romper ou atenuar alguma amarra burocrática, por exemplo.

O fenômeno é tão relevante que a doutrina administrativista se debruça sobre tal tema com pluralidade de obras de diferentes origens que merecem atenção, haja vista que o “administrador assombrado pelo controlador”¹³², os “gestores perplexos”¹³³ e o “direito administrativo do inimigo”¹³⁴ acabam trazendo para o cenário jurídico-administrativo nacional gestores que evitam inovar.

¹²⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 16 jun. 2021.

¹³⁰ NOVAIS DE PAULA, Eduardo Loula. Reforma Administrativa: novos princípios da Administração Pública. In **Revista do TCU**, n. 146, pp. 38/55, Jul./Dez. 2020, p. 44. Disponível em: <<https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/1673>>. Acesso em: 29 jun. 2021.

¹³¹ SUNDFELD, Carlos Ario. **Direito administrativo para céticos**. 2ª Ed. Rev. e Amp. 2ª Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 224.

¹³² SUNDFELD, Carlos Ario. **Direito administrativo para céticos**. 2ª Ed. Rev. e Amp. 2ª Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 224.

¹³³ REIS, Tarcila. MONTEIRO, Vera. Os tipos de gestores públicos. **JOTA**. 12 set. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/os-tipos-de-gestores-publicos-brasileiros-12092018>. Acesso em: 25 jun. 2021

¹³⁴ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **O direito Administrativo do Medo: a crise de ineficiência pelo controle**. Direito do Estado, seção Colunistas, n. 71, 30 jan. 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 jan.2021.

Os próprios ônus e disfunções da aplicação de Lei de Improbidade Administrativa são maiores que os bônus que dela são extraídos¹³⁵.

A falta de inovação ou o rechaço à adoção de qualquer atuação que saia do protocolar acabam por armar o gestor público com ferramentas muitas vezes antigas, ultrapassadas e são causadas pelo cenário incerto e distante de um controle judicial posterior, burocrático, velozmente mutante, nem sempre atento às minudências da Administração Pública. Não há segurança jurídica que resista. O sistema legal brasileiro não é previsível em áreas relevantes ao gestor público. As múltiplas intervenções judiciais quase sempre se mostram desconectadas do contexto enfrentado pelo gestor, esticando perigosamente principiológicos e interpretações jurídicas a seu bel prazer, para decidir em matérias estranhas à alçada judicial, sem o devido compromisso com a segurança jurídica.

Nesse cenário é preciso de um Judiciário que colabore com a Administração Pública nos momentos de inovação, admitindo, inclusive, que não existe a implementação definitiva de uma inovação sem erros, pois não há cenário que viabilize a inovação isenta de falhas, já no primeiro momento. Fosse assim, não estaríamos diante de uma inovação, mas sim diante da mera repetição de algo que já deu certo em outro lugar ou momento. Essa colaboração seria facilmente integrada ao atuar do Judiciário caso este ponderasse as minudências do caso sob julgo nas tratativas (de erro e acerto) para inovação no setor público, para além do viés singelamente punitivista e que é refratário ao novo. Nem tudo pode ser tratado como corrupção, dano ao erário, desvio de finalidade de forma apriorística. É preciso o enfrentamento de cada caso concreto para que se tenha uma compreensão do que realmente ocorreu em cada caso, sendo válido destacar que nosso sistema jurídico é pautado pela presunção de inocência, e não o contrário.

Quando se está num ambiente de busca constante de inovação para otimizar resultados, o simples fato de existir decisão como resultado dos atos volitivos do gestor público não implica, necessariamente, que haja ocorrido deliberação arbitrária ou voluntarismo/psicologismo. É justamente na abertura argumentativa que deu fundamento a cada conduta que encontra lastro o controle do peso concernente às bases daquilo que fora apresentado¹³⁶. Ou seja, não é a inovação em si que deve ser controlada, nem quem inova, mas, sim, os motivos que dão fundamento à adoção de cada conduta e os fins que serão a

¹³⁵ SANTOS, Rodrigo Valga dos. **Direito Administrativo do Medo [livro eletrônico]:** risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters, Brasil, 2020, p. 118.

¹³⁶ 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. 15.

partir dali obtidos, ou mesmo, os fins que se buscava obter quando a conduta inovadora naufraga.

Freddie Didier defende que o profissional do direito tem um dever analítico quando atua construindo soluções. Intuição, boas intenções, invocação e elogios a princípios não são suficientes. Se mostra essencial que sejam respeitados os espaços de cada instituição. Todo esse cenário deve ser concebido num ambiente onde ocorra a comparação de normas e opções, a análise das causas e consequências, a consideração das vantagens e desvantagens¹³⁷. É justamente esse pensamento que acolhe e incentiva a inovação. É pensamento que também deve ser aplicado ao julgador, por aperfeiçoar seu modo de atuação diante do quadro exposto, sendo aconselhável que possua maior intimidade com a realidade vivenciada pela Administração Pública, agregando racionalidade nos moldes decisórios, afastando-se de eventual isolamento formal do ato de decidir¹³⁸.

Um alerta simplório, porém importante: só não erra quem não faz nada ou quem repete tudo aquilo que sabidamente já funcionava. Não há avanços. Quando muito, há manutenção do estado de coisas, sem qualquer melhora.

Esse distanciamento da realidade, muitas vezes calcado num formalismo exacerbado e no uso de uma linguagem hermética por parte do Poder Judiciário não são problemas recentes, tanto que soluções vêm sendo propostas constantemente para sua correção¹³⁹, estando os novos artigos trazidos pela Lei n. 13.655/2018 entre elas. Ainda não é o suficiente para conferir ao gestor público segurança jurídica para inovar sem medo, o que acaba por retardar o implemento das mais diversas inovações no setor público e prejudica não somente o gestor, mas todos os jurisdicionados que recebem serviços de um sistema montado e mantido de forma arcaica pela preocupação de se manter um estado de coisas cartesiano, em que a inovação, o diferente, trazem insegurança a quem os pratica.

¹³⁷ DIDIER, Freddie Souza. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Belo Horizonte, ano 19, jan./mar, 2019, n. 75, p. 149.

¹³⁸ 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. 134.

¹³⁹ MARQUES, Ana Luiza; WERNECK, Isadora. **A utilização do design jurídico como ferramenta de acesso à justiça**. In FEIGELSON, Bruno; BECKER, Daniel; RODRIGUES, Marco Antonio (Org.). *Litigation 4.0*. São Paulo: RT, 2021, p. 93 e ss.

Apenas para exemplificar o temor à inovação aqui ventilado é tão pleno que até mesmo a nova Lei de Licitações encontra resistência em seu uso pela Administração Pública em geral, mesmo após um ano do início de sua vigência¹⁴⁰.

O ambiente inovador que deve ser propiciado ao Gestor Público deve, portanto, visar atender aspectos da juridicidade defendida acima, buscando maior eficiência das condutas estatais que devem ser cada vez menos burocráticas, isso tudo sem que haja qualquer tipo de mácula à autonomia administrativa para decidir os melhores caminhos para atingimento de determinadas metas. Do contrário, a inovação será evitada.

3.4 Desafios da Maximização de Resultados e uma Crítica ao *Modus Operandi* Interventivo do Poder Judiciário

É no cotejo da variedade de conteúdos, objetivos e abordagens, levando em conta a rica história da jovem democracia brasileira, que se caracteriza o desafio enfrentado pelo Direito Administrativo contemporâneo para organizar racionalmente a Administração, de forma democrática, com foco na eficiência, contemplando diversificadas políticas públicas, evitando erros e corrigindo excessos dos agentes administrativos, o que acaba, ao fim e ao cabo, por proteger o direito das pessoas, sem descuidar da coordenação da ação administrativa¹⁴¹.

Isso tudo vem ocorrendo num cenário em que o caráter aberto dos princípios¹⁴² fundamentais do Direito brasileiro ensejou interpretações e aplicações diversas que devem ponderadas pelo decisor, o que acabou por trazer certa ausência de efetividade do ordenamento jurídico, facilmente representada, por exemplo, pela distância entre o idealismo legislativo e a realidade¹⁴³.

E se já há inconsistências na obtenção de repostas mais adequadas entre integrantes de um mesmo poder – que chegam a adotar condutas distintas com base em uma mesma norma,

¹⁴⁰ LEITE, Edgard. BUCCOLO, Márcia. **Após um ano em vigor, nova Lei de Licitações foi aplicada apenas em 3 estados**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/apos-um-ano-em-vigor-nova-lei-de-licitacoes-foi-aplicada-apenas-em-3-estados-11042022>>. Acesso em: 15 abr. 2022.

¹⁴¹ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. 2 ed. Rev. e Amp. 2ª Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 154.

¹⁴² Não se desconhece que o conceito de princípio ainda gera grande celeuma doutrinária. O texto, entretanto, não enfrenta esse problema e toma o princípio como norma jurídica juntamente com a regra, em conhecida concepção doutrinária. Sobre o tema consultar: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição e aplicação dos princípios jurídicos**. 18 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018. Buscando uma nova perspectiva, NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

¹⁴³ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Faria, Bruno Costa de. A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação. **Anais do X Simpósio de Direito Constitucional**. Disponível em <<https://www.abdconst.com.br/anais2/JurisdicaoRafael.pdf>>. Acesso em: 29 jan. 2022, p. 134.

não sendo raro ambas estarem corretas ou serem, no mínimo, aceitáveis, diante da singularidade de cada caso –, o que deveria se esperar, então, do controle dos atos do Poder Executivo por parte de um Judiciário por vezes desconectado da realidade e nem sempre íntimo aos caminhos, minúcias, dificuldades, desdobramentos ou impactos de eventual intervenção externa nos resultados pretendidos pelas políticas públicas desenvolvidas pelo Executivo?

A resposta à pergunta formulada, como se sabe, não se mostra positiva.

A multiplicidade de interpretações, a pluralidade de visões de mundo e a substancial judicialização da política e das relações sociais no cenário da Constituição de 1988, trouxeram consigo insegurança jurídica na aplicação das normas de Direito Público. O Poder Judiciário, em todas as suas entrâncias e competências, incentivado sobremaneira pela atividade de eventual distopia dos Tribunais Superiores, cada vez mais intervém nas competências do Poder Executivo, se imiscuindo em atividades reguladoras e de distribuição de políticas públicas para as quais não possui capacidade institucional de análise¹⁴⁴.

A situação descrita, além de demonstrar uma clara falta de deferência do Poder Judiciário para com as atividades exercidas pelo Executivo, notadamente pelo reiterado desprezo à separação constitucional de Poderes, acaba por tornar pantanosa a previsibilidade do cenário administrativo de gestão, impactando direta e indiretamente em políticas públicas, principalmente nas de médio e longo prazo.

Um exemplo eloquente e notório do quadro exposto, já citado, é a contínua e cada vez mais invasiva intervenção judicial nas políticas estatais de saúde, descuidando da reserva do possível imposta pela limitação de recursos – que já cuidaria de uma análise consequencialista – e ignorando uma necessária racionalização de recursos na análise dos custos e benefício para que tais políticas alcancem uma fatia maior da população.

Além do substancial aumento dos poderes do Judiciário, a influência, em maior ou menor medida, das mais diversas correntes filosóficas de aplicação do direito – algumas, estrangeiras, são aplicadas no Brasil como se estivessem em seus países de origem, nem sempre com as devidas e necessárias adaptações¹⁴⁵ – implantou um cenário de relevante incerteza jurídica, especialmente quanto ao limite das intervenções judiciais, mesmo diante de atos administrativos harmônicos à Lei, o que acabou por gerar decisões puramente

¹⁴⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Comentários à Lei n. 13.655/2018 (Lei da Segurança Jurídica para Inovação Pública)**. Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 24.

¹⁴⁵ Um ótimo exemplo é a ampla aceitação e capilaridade dos conceitos desenvolvidos pelo alemão Robert Alexy. Sobre o tema, consultar ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Virgílio Afonso da Silva, tradução. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

principiológicas e oportunismos decisórios, cuja solução fora proposta pelo artigo 20, da LINDB.

O modo de agir do Judiciário, oportunamente, descurou do fato de que a visão da “Administração como mero braço mecânico da Lei” não mais contempla os modais de gestão pública multifacetários que foram surgindo aos poucos no Brasil, onde as Leis, com seu papel preponderante, devem ser lidas por lentes que contemplem soluções legais heterogêneas, de modelos e densidades variadas ante cada caso concreto enfrentado. Administrar também é criar, impossível fazê-lo sem efetuar escolhas num mundo cada vez mais acelerado, conectado e que demanda respostas e soluções rápidas, com foco atrelado ao resultado.

Essa criação contínua da Administração, por meio de uma simbiose com o Judiciário e a sociedade, através de práticas, entendimentos jurídicos, normas administrativas, que ganham contornos de independência – pois a lei está na origem de tudo, mas não reduz a atividade administrativa à sua singela execução – ampliam, portanto, as competências normativas da Administração Pública¹⁴⁶, positivamente impactadas pela inserção do consequencialismo como dever argumentativo da decisão que se valha de conceitos indeterminados (artigo 20) ou que anule atos administrativos (artigo 21).

Ao impor um dever analítico de proporcionalidade, que é, por excelência, o guia das escolhas públicas a serem feitas, altera-se positiva e qualitativamente o comportamento do controle judicial dos atos administrativos, que passa a ter sua completude vinculada à análise dos requisitos demandados pela LINDB para legitimar cada decisão, cuja motivação conectada com a realidade e com o contexto afetado se mostra cada vez mais importante.

É uma caminhada onde cada passo importa e a entrada em vigor dos artigos oriundos da Lei n. 13.655/2018 é bastante relevante na alteração desse estado de coisas em que se encontra o Poder Judiciário brasileiro.

¹⁴⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. 2 ed. Rev. e Amp. 2ª Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, pp. 236/248.

4. A LEI 13.655/2018: ACHEGAS DE EMPATIA AO GESTOR PÚBLICO

Num cenário de gestores públicos paralisados, de ampla judicialização do rol de direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988, que alçaram o Poder Judiciário a um posição de maior e mais profunda intervenção no âmbito de aplicação, gestão e capilaridade das mais diversas políticas públicas, se fazia necessária a entrada no sistema legal de norma que trouxesse um pouco mais de realismo às decisões judiciais e tivesse um pouco mais de empatia para com o gestor público e toda a problemática por ele enfrentada, no desafio diário de transformar em realidade as múltiplas políticas públicas existentes.

Isso aconteceu com a entrada em vigor da Lei n. 13.655/2018, que inseriu no bojo da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro regras para interpretação e aplicação voltadas especificamente ao Direito Administrativo, ramo este tão caro à sociedade.

Esse realismo fora inserido visando otimizar resultados, trazer maior segurança jurídica ao sistema jurídico-administrativo que orbita o gestor público, garantindo maior previsibilidade da decisão judicial interventiva, haja vista demandar dela maior e mais profunda fundamentação.

Garantiu, ainda, considerações judiciais das consequências das decisões judiciais quando houver fundamentação em valores abstratos (art. 20) e nos momentos de eventual invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa (art. 21), tudo isso dentro da consideração do contexto do administrador público sempre que houver análise de normas de gestão pública (art. 22), ficando, por fim, a decisão judicial que estabeleça interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, responsável pela elaboração de regime de transição (art. 23).

A partir de tais dispositivos, que serão melhor estudados adiante, ganhou a decisão judicial novos e mais complexos ônus argumentativos para interferir, alterar, orientar ou mesmo invalidar quaisquer decisões oriundas do Poder Público para interpretar normas afetas a tais áreas de atuação. Ganha a realidade factual com a análise consequencial. Ganha o gestor público um pouco de empatia para com suas dificuldades e limitações. Ganha previsibilidade e segurança jurídica como um todo o sistema legal, com a obrigatoriedade do regime de transição. A nova Lei, notadamente pelos artigos aqui em estudo, é um sopro que pode, caso bem aplicada a norma, destravar e otimizar os resultados da Administração Pública brasileira, refletindo melhorias para a população tão carente de políticas sociais de qualidade.

4.1 O Consequencialismo, o Contexto e a Empatia dos Artigos 20, 21 e 22

Um dos caracteres que mais geram críticas aos ditames propostos pela Lei n. 13.655/2018 versa acerca do caráter aberto da maioria dos novos dispositivos acrescentados à LINDB. Suas disposições, além de plurissêmicas, foram impregnados de conceitos indeterminados de forte conotação axiológica, dos quais o Direito cada vez mais se socorre¹⁴⁷, tais como “urgência”, “perigo iminente”, “boa-fé objetiva”. Para efeito dos dispositivos em estudo, também se percebe um contexto de indeterminação onde podem ser destacadas as “consequências práticas da decisão” do artigo 20, o “modo proporcional e equânime” elencado no artigo 21 e os “obstáculos e as dificuldades reais do gestor” trazido no artigo 22.

A inserção dos conceitos abertos destacados busca reger alguns dos temas e conflitos regidos pelo Direito Público, que são dinâmicos, complexos, emaranhados, o que faz com que o arbitramento dos interesses sob análise demande concessões normativas que acabam por fazer com que tal abertura desloque a decisão do legislador para o aplicador do Direito¹⁴⁸.

É justamente aí que se justifica que as complexidades regulativas de uma norma de estrutura sejam mais abertas e menos precisas¹⁴⁹ já que o processo legislativo, dotado das mais diversas instâncias deliberativas que o tornam moroso, não logra êxito em construir “um direito substancialmente diferente, em que se garanta a precisão dos comandos normativos e se eliminem todas as fontes de subjetividade interpretativa”¹⁵⁰.

Não tem este trabalho a intenção de estudar o *animus* pré-legislativo que culminou na Lei 13.655/2018, mas é patente que as alterações propostas visaram uma maior segurança jurídica ao Gestor Público para dividir com o decisor judicial um pouco da responsabilidade das consequências de suas decisões, para além do papel da sentença (nos moldes do artigos 20 e 21) diante de um quadro de incertezas e mudanças permanentes, tudo isso sempre buscando de forma mais profunda atingir a juridicidade de cada comando, de cada ato, de cada procedimento necessário à implementação das políticas públicas em prol da sociedade.

É de se ver que a novidade legislativa trouxe novas ferramentas para controle das decisões judiciais que versem sobre gestão pública, que necessariamente terão que passar pela

¹⁴⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo.. **Comentários à Lei n. 13.655/2018 (Lei da Segurança Jurídica para Inovação Pública)**. Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas. Belo Horizonte: Fórum, 2019, pp. 09/10.

¹⁴⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Regulação Estatal e Interesses Públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 206.

¹⁴⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Discrecionariade Administrativa e Controle Judicial da Administração**. Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 2, n. 14. abr. 2002, p. 45.

¹⁵⁰ JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB. Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 63-92, nov. 2018, p. 66.

filtragem consequencial do que fora proposto nos artigos 20 e 21 da LINDB e, ainda, pela necessária contextualização exigida pelo artigo 22, o que acaba por trazer ao Administrador Público uma maior empatia daqueles que analisam seus atos, pois o julgador acaba sendo obrigado a analisar todo o contexto que orbita a situação em análise, para além da letra seca da Lei.

Passam a funcionar como mais um requisito de validade dessas decisões e visam combater dois vetustos dogmas que produzem consequências gerenciais negativas, mas que ainda são dominantes do Direito brasileiro: (i) o romantismo da completude e determinação do Direito e (ii) a falaciosa presunção de um cenário fático ideal para realização do vasto rol de direitos sociais previstos na Constituição de 1988¹⁵¹.

As seções vindouras do presente abordarão de forma mais detida os filtros propostos pelos artigos 20, 21 e 22, da LINDB.

4.1.1 Filtro de Consequências: Os Artigos 20 e 21 da LINDB

O papel do consequencialismo foi incorporado de forma definitiva como filtro de validade das decisões na esfera judicial, quais sejam, (i) o uso de valores jurídicos abstratos que condicionam o enfretamento das respectivas consequências, conforme prega o artigo 20 e (ii) a indicação expressa das consequências jurídicas e administrativas, sempre que a decisão decretar a invalidação do ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, consoante artigo 21.

A ementa da LINDB assevera que a Lei se presta a introduzir as normas do Direito Brasileiro, públicas e privadas, sem exceções. Excepcionando a Constituição Federal, que é instrumento situado em posição hierarquicamente superior, a LINDB atua como veículo introdutor normativo e abriga as mais diversas regras de estruturação que condicionam a validade de todo processo interpretativo, o que acaba por combater de forma direta as indevidas inserções do ativismo judicial no âmbito das competências dos demais poderes.

As alterações trazidas pela Lei n. 13.655/2018 buscaram trazer aquele que decide para a dureza do mundo real, para além das folhas de papel (que agora se transformaram em arquivos digitais). Não cuida de uma norma contra princípios. É uma Lei que visa obstar que a validade e a legalidade dos mais diversos atos administrativos seja objeto de decisões inconsequentes, ideológicas ou lastreadas apenas em argumentos retóricos firmados numa

¹⁵¹ JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB. Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 63-92, nov. 2018, p. 66.

simplória arguição de princípios¹⁵² que é uma vicissitude utilizada como arma desde há muito por espertos e preguiçosos¹⁵³.

Nesse tom, e para melhor organizar o presente estudo, cabe fazer a separação de cada um dos artigos de Lei em estudo, de como eles deverão ser usados para verificação intersubjetiva da validade das decisões judiciais e de controle que adentrarem nas searas por eles reguladas.

4.1.1.1 O Artigo 20: Os Valores Jurídicos Abstratos e as Consequências

A redação do artigo 20 é muito clara:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. 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.

O dispositivo fixa um procedimento, uma nova exigência posta sob responsabilidade do decisor. Isso requer desse intérprete a posse de pretensões cognitivas para ser orientado a partir da compreensão do texto prescritivo do artigo 20.

É a partir da percepção da literalidade textual e na forma como elas interagem entre si para formar um todo que o intérprete irá legitimar sua conclusão acerca de cada caso, já que é a motivação da decisão que traz tal legitimidade.

A imposição do consequentialismo como freio normativo às decisões judiciais lastreadas em valores jurídicos abstratos, intentou reduzir o subjetivismo e o caráter superficial que as impregnava, impondo a necessária observação das circunstâncias do caso concreto em análise, como também o cotejo das múltiplas opções à disposição numa ótica de proporcionalidade¹⁵⁴, tornando a interpretação do direito público mais previsível, diante da inviabilidade da pacificação do cenário de insegurança jurídica de forma espontânea¹⁵⁵ pois

¹⁵² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Comentários à Lei n. 13.655/2018 (Lei da Segurança Jurídica para Inovação Pública)**. Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 23.

¹⁵³ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. 2 ed. Rev. e Amp. 2ª Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 215.

¹⁵⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB – Dever de transparência e proporcionalidade nas decisões públicas. *In: Revista de Direito Administrativo, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018)*. Rio de Janeiro: FGV, 2018, p. 15.

¹⁵⁵ Friedrich Hayek denomina ordem espontânea como um rol de estruturas de cooperação que se estabelecem pela simples interação entre os indivíduos sem qualquer planejamento das autoridades externas para tanto. *Apud* MACKAAY, Ejan. ROSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Rachel Sztajn, tradução. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 43.

“qualquer coordenação é preferível, aos olhos de todos, a nenhuma coordenação”¹⁵⁶. Otimizando-se o cenário de segurança jurídica fica mais lógico e seguro o labor do gestor público, independentemente de suas atribuições.

E é justamente aí que se percebe a intenção do artigo 20 em obstar o uso abusivo de abstrações nas razões decisórias, que vinham servindo para alargar a atuação de algumas instituições¹⁵⁷. Dentre elas, o Poder Judiciário – firme em balizas interpretativas nem sempre bem definidas, após ganhar espaço e agir no vácuo deixado pelos demais poderes para “empurrar a história”¹⁵⁸ – se tornou protagonista das mais variadas conjunturas.

Boa parte desse protagonismo foi edificado a partir de decisões lastreadas em valores abstratos. O interesse público, o direito à vida, a dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial, dentre outros, foi utilizado de forma desmedida em intervenções judiciais nos demais poderes, muitas vezes sem qualquer preocupação para além da decisão judicial em si.

Interessante notar que essas decisões fundadas meramente em abstrações deixam de analisar as nuances das questões analisadas e são, portanto, ilegítimas. Pouco se esforçam para avaliar de forma prévia as soluções mais adequadas, o que pode culminar em decisões arbitrárias, subjetivas, quiçá ideológicas.

O artigo 20 não obistou tal conduta. Continuam os valores abstratos sendo mecanismos aptos à fundamentação de toda e qualquer decisão judicial. O que o dispositivo trouxe foi a obrigatoriedade de que, optando por argumentar com tais abstrações, proceda o decisor com a análise das consequências de sua decisão, demandando para além do Direito, uma essencial densificação técnica na análise das políticas públicas e das limitações administrativas, o que “impõe a observância de matizes, outrora considerados como exógenos ao sistema jurídico (a exemplo de dados econômicos, e de *inputs* da sociologia e da psicologia)”¹⁵⁹.

A decisão não apoiada em norma concreta ou em uma prescrição jurídica exata passa a demandar do decisor o ônus de investigar seus efeitos, exigindo mais que mera consideração do consequencialismo. Demanda, ainda, deferência institucional aos demais poderes,

¹⁵⁶ Friedrich Hayek denomina ordem espontânea como um rol de estruturas de cooperação que se estabelecem pela simples interação entre os indivíduos sem qualquer planejamento das autoridades externas para tanto. *Apud* MACKAAY, Ejan. ROSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Rachel Sztajn, tradução. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015., p. 46.

¹⁵⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Comentários à Lei n. 13.655/2018 (Lei da Segurança Jurídica para Inovação Pública)**. Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 21.

¹⁵⁸ BARROSO, Luis Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5. Número Especial, p. 23-50. Brasília: Uniceub, 2015, p. 32.

¹⁵⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Comentários à Lei n. 13.655/2018 (Lei da Segurança Jurídica para Inovação Pública)**. Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas. Belo Horizonte: Fórum, 2019, pp. 22/31.

umentando o poder de resposta da decisão judicial, que passa a avaliar e sopesar possíveis consequências dela advindas¹⁶⁰. É mecanismo de autocontenção de identificação e avaliação das aptidões do decisor, para saber se aquele realmente é o lugar mais apto à determinada intervenção¹⁶¹, que deve ser feita sempre com cautela e combate a citada arrogância judicial.

O reforço ao viés consequencialista se perfaz no fato de que a dicotomia das discussões entre discricionariedade e vinculação vem se sofisticando, para ser substituída pelo conceito de grau de capacidade institucional de determinado órgão administrativo – que emitiu determinada decisão – em comparação às capacidades institucionais que o Judiciário tem para intervir em cada situação.¹⁶²

Interessante destacar que “nenhum sistema jurídico é capaz de defender o povo contra as autoridades [do Poder Executivo] sem defendê-lo por meio de outras autoridades [do Poder Judiciário]”¹⁶³. O que é necessário, como no que se refere aos custos dos direitos, área comumente ignorada e de contínuas intervenções do Poder Judiciário, é o exame consequencial dos variados resultados de cada intervenção. Se não atendido tal ônus argumentativo, eivada de nulidade estará a decisão.

Essas consequências não se restringem a (ainda falando de custos), por exemplo, quanto vale um tratamento médico, uma obra de infraestrutura ou mais vagas em creches, mas sim de quem efetivamente irá guiar o gasto dos escassos recursos públicos na proteção dos mais variados direitos previstos constitucionalmente, pois ignorar certos custos é deixar as consequências dolorosas fora do campo de visão da decisão¹⁶⁴ para que também se compreenda que outras políticas públicas podem ser negativamente afetadas, num efeito cascata nem sempre mensurável, mas que não pode nem deve ser ignorado.

De bom grado ressaltar que não possui o julgador a obrigação de prever toda e qualquer consequência advinda de sua decisão, caso lance mão do uso de fundamentação em caracteres abstratos. Isso lhe demandaria praticamente um superpoder, em especial quanto aos

¹⁶⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Comentários à Lei n. 13.655/2018 (Lei da Segurança Jurídica para Inovação Pública)**. Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 32.

¹⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009, p. 16.

¹⁶² ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. Controle Jurisdicional das Políticas Públicas. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/317/176>>. Acesso em: 19 jul. 2021.

¹⁶³ HOLMES, Stephen. SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**: por que a liberdade depende dos impostos [livro eletrônico]. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, edição *kindle*, p. 51.

¹⁶⁴ HOLMES, Stephen. SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**: por que a liberdade depende dos impostos [livro eletrônico]. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, edição *kindle*, pp. 19/20.

aspectos imprevisíveis ou mesmo quanto àqueles de avaliação fluída diante da realidade posta¹⁶⁵.

Deve estar atento, porém, a todos os desdobramentos plausíveis, sopesando-os, para que possa atender da melhor forma possível o interesse que subjaz a discussão que se encontra à sua frente. Convenhamos que, durante o processo interpretativo, inserir tal ônus argumentativo ao decisor aumenta, e muito, a sua responsabilidade e o vincula ao caso. Não somente deve ele analisar o caso que está diante de si, mas também os ecos de suas conclusões, que podem produzir externalidades negativas e/ou positivas de forma sistêmica. Há que se convir que é um enorme avanço no aprofundamento das decisões sobre gestão pública no que toca à realidade. A entrada da empatia, tanto para com a gestão pública quanto para com os administrados no contexto decisório é inegável.

É um ônus complexo, mas não é irrealizável. Diante da alteração inserida, é urgente a densificação da análise consequencial pela integração da avaliação da juridicidade das decisões judiciais e de sua devida valoração para que se considerem quais são mais relevantes (se econômicas, sociais ou políticas), seus impactos temporais (de curto, médio ou longo prazo) e, ainda, sua abrangência (grupos de pressão, minorias, políticas setorizadas etc.).

Toda essa conjuntura deve ser sopesada pelo julgador dentro do contexto legal, numa busca constante de equilíbrio entre consequencialismo e deontologia, até por ser a norma jurídica sempre mais que o próprio texto¹⁶⁶, como cediço.

Logo, o raciocínio consequencial trazido no artigo 20 i. Obriga o decisor a ter maior deferência nos casos em que for demandado a modificar juízos ponderativos técnicos, econômicos, sociais e jurídicos, executados por uma autoridade administrativa dotada do aparato técnico que o qualifica para tanto; ii. Confere um racional decisório consequencialista às decisões principiológicas; iii. Impede que os controladores tomem o lugar do Gestor Público ao lhes impor o enfrentamento e a ponderação de aspectos relevantes para a prática de determinado ato; iv. Estabiliza e confere exequibilidade às decisões do controlador e; v. Estabelece um padrão intersubjetivo a partir do qual tais decisões poderão ser controladas¹⁶⁷.

A vida do decisor ativista ou mesmo do decisor arbitrário ganhou outros tons de complexidade. O atendimento integral do teor do artigo 20 tornou mais difícil ao Judiciário

¹⁶⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB – Dever de transparência e proporcionalidade nas decisões públicas. In: **Revista de Direito Administrativo, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018)**. Rio de Janeiro: FGV, 2018, p. 30.

¹⁶⁶ MULLER, Friedrich. Metodologia do Direito Constitucional. 4. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2011. N. I, *passim*.

¹⁶⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Comentários à Lei n. 13.655/2018 (Lei da Segurança Jurídica para Inovação Pública)**. Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas. Belo Horizonte: Fórum, 2019, pp. 36/38.

intervir na seara pública de forma desconectada, baseado em generalidades e isso pavimenta um caminho mais firme para o Administrador Público, na execução de suas atividades diárias.

4.1.1.2 O Artigo 21: As Consequências e a Corresponsabilidade do Decisor

Diferentemente do dispositivo anterior, que versa acerca da consideração das consequências em qualquer decisão que se valha exclusivamente de valores abstratos em sua fundamentação, o artigo 21 refere-se apenas às decisões que invalidem ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, mesmo que estejam fundamentadas em norma expressamente prevista. Criou-se o ônus do decisor indicar, de modo expresso, também nestes casos, as consequências jurídicas e administrativas da decisão. Como segue:

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

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.

Como afirmado, foi gradativa e qualitativamente ampliado o rol das instituições que se legitimaram a efetuar o controle sobre as relações tocadas pelo Poder Público, fato este que acabou por desenvolver uma maior instabilidade nessas operações¹⁶⁸, diante do cenário de hipercontrole agudizado pela sobreposição das camadas controladoras. Parte relevante das alterações trazidas pela Lei n. 13.655 buscou justamente se opor a essa cultura, que não decorre apenas do quadro normativo, mas também do modo que cerca a compreensão e a execução em si desse controle¹⁶⁹. O artigo 21 é um exemplo dessa oposição.

A conjuntura do hipercontrole foi inflada por alguns clichês doutrinários (quicá sociais, também) de que i. Quanto mais livre o gestor, maior risco de ocorrência de corrupção; ii. Mais controle significa mais legalidade administrativa; iii. Instituições controladoras fortes, independentes funcionalmente e com orçamentos robustos, impedem a corrupção e; iv. A contenção da corrupção está estritamente ligada ao peso maior do sancionamento, que serviria para constranger novos delitos¹⁷⁰.

¹⁶⁸ SUNDFELD, Carlos Ari; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Uma nova lei para aumentar a qualidade juridical das decisões públicas e de seu controle. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 278.

¹⁶⁹ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Indicando consequências e regularizando atos e negócios. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei no 13.655/2018), p. 43-61, nov. 2018, p. 45.

¹⁷⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de Palma. Os sete impasses do controle da administração pública. In: PEREZ, Marcos Augusto. SOUZA, Rodrigo Pagani. **Controle da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

A fixação exposta no artigo 21, para além do que já foi exposto, buscou trazer ao julgador uma maior responsabilização quanto a eventual decisão anulatória. Não pode mais haver a simples invalidação do ato. A eficácia de decisões contendo tal comando dependerá especificamente do apontamento das consequências jurídicas e administrativas dali decorrentes, devendo, ainda, o decisor apontar, quando for o caso, os meios pelos quais se deverá realizar a sanção dos vícios encontrados. É uma análise consequential que impõe mais uma dose de empatia ao decisor, também em relação a todos os afetados direta ou indiretamente pela anulação eventualmente posta.

O ônus daí decorrente acaba aumentando de forma relevante a responsabilidade do decisor, que passa a possuir vínculo direto com os resultados de sua decisão anulatória. Logo, além de declarar a invalidação, deve apontar como a Administração Pública e eventuais afetados por determinada conclusão irão ou poderão adentrar nas sendas da legalidade previstas na decisão. É um giro pragmático¹⁷¹ bem interessante voltado ao consequentialismo de maneira prospectiva, pois “olha para frente e valoriza a continuidade com o passado somente na medida em que essa continuidade seja capaz de ajudar-nos a lidar com os problemas do presente e do futuro”¹⁷².

A conclusão que se retira do dispositivo em estudo remete a uma necessária modulação dos efeitos da decisão invalidadora, para que ela atenda não somente ao artigo 21, mas também, de forma sistemática, ao que preconiza o artigo 489, § 1º, do Código de Processo Civil, sob pena de ser uma decisão inválida. Criou-se um excelente meio de controle intersubjetivo de decisões desse jaez, pois, para além do Código de Ritos, exigir motivação coerente e atenta aos desdobramentos vindouros é uma das bases do Estado Democrático de Direito, notadamente para trazer ao ato decisório a necessária consideração da realidade afetada.

Fica para traz o tradicional regime de rescisões e nulidades retrospectivo, que focava no passado e desprezava o futuro, que por cá instalou uma razoável irresponsabilidade no exercício de competências dos órgãos de controle, notadamente o judicial, já que “se os

¹⁷¹ Não se ignora a existência de diversas concepções relativas ao pragmatismo jurídico. Para efeitos de melhor assimilação do pensamento exposto, cabe destacar que o termo pragmatismo aqui utilizado se filia ao pensamento de Richard Posner, que rejeita que a verdade seja fixada valendo-se primariamente de proposições metafísicas, tendo esta valor psicológico e estético, onde não pode haver uma interpretação da norma jurídica desconectada do contexto de sua incidência, considerando, também, suas consequências sistêmicas com o fito de garantir segurança jurídica. Sobre o tema, consultar POSNER, Richard A. *Law, pragmatismo and democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2005, pp. 5/6.

¹⁷² POSNER, Richard A. *Para além do Direito*. Trad. Evandro Ferreira da Silva, São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 4.

agentes que firmam os contratos respondem por seus atos, o mesmo não se pode[ria] dizer daqueles que os extinguem”¹⁷³.

A necessária construção hermenêutica prospectiva exige o atendimento da análise das consequências por parte do controlador das decisões invalidadoras, responsabilizando-o pelo desfecho de cada situação analisada. É claro o incremento da segurança jurídica pela imposição do freio normativo descrito, interditando a invalidação e a anulação indiscriminada de atos da Administração Pública sem a consideração da realidade afetada.

Isso desencoraja que o Judiciário interfira nas atividades administrativas ao demandar deste maior responsabilidade quanto a uma análise complexa e consequencial, analisando políticas distributivas, custos dos direitos, desdobramentos contratuais, efeitos cascatas, dentre outros.

A nova caixa de ferramentas consequencialista trouxe em seu bojo a análise econômica do direito, que nada mais é do que um campo do conhecimento humano dado ao emprego dos mais variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos para expandir a compreensão e o alcance do Direito, aperfeiçoando o desenvolvimento, a aplicação e avaliação das normas jurídicas, principalmente com relação às consequências¹⁷⁴ que adensa os mecanismos de produção e controle das normas jurídicas por parte do intérprete do controle, deixando menos espaço para condutas ativistas, pela demanda de uma análise mais profunda e responsável de cada caso posto diante do decisor.

O modal proposto tornou mais complexa a atividade decisória judicial anulatória, condicionando sua validade, sem substituir nem desobrigar o restante da motivação que já lhe era afeta, haja vista que seu uso auxilia prognoses e aferições de eficiência, por exemplo, mas não oferta sugestões de políticas públicas ou orienta, de forma isolada, esta ou aquela decisão.

Sua utilidade reside na identificação das prováveis consequências dentro de um rol plausível, conferindo ao decisor, ainda, ferramenta necessária para sanear vícios que possam ser corrigidos, numa previsão reflexa ao que já constava no bojo do artigo 55, da Lei n. 9.784/1999¹⁷⁵. Objetiva e positivamente são afetados os vieses para atingimento mais profundo da eficiência administrativa. Maximiza resultados sempre já que carrega consigo o

¹⁷³ MOREIRA, Egon Bockman. Direito Administrativo da escassez, contratações públicas e segurança juridical: o que temos a aprender com a crise permanente. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte, ano 16, n. 61, pp. 55/76, jan./mar. 2018, p. 62.

¹⁷⁴ GICO JR., Ivo. Introdução ao direito e economia. In: TIMM, Luciano Benetti Timm e outros (orgs). **Direito e Economia no Brasil**, São Paulo: Atlas, 2012, p. 01.

¹⁷⁵ Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração. BRASIL. **Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm>. Acesso em: 01 ago. 2021.

problema (a anulação do ato), as possíveis soluções (possibilidades de eventual saneamento dos vícios) e seus desdobramentos (consequências da decisão), aumentando a qualidade e a profundidade das repostas judiciais.

A identificação das prováveis consequências da decisão, além de compararem a eficiência das possíveis consequências – em maior ou menor grau –, dá suporte a uma análise de custo-benefício¹⁷⁶, o que majora a segurança jurídica diante da obrigação da análise dos efeitos advindos de eventual intervenção invalidadora.

Ora, o Direito não pode mais ser executado à revelia da realidade por ele afetada. Decisões invalidadoras devem possuir um vínculo mínimo de responsabilidade para com a realidade que propõem alterar. Isso foi reforçado pelo consequencialismo do art. 21, que deve ser utilizado – por meio do seu estudo com base nas consequências e na análise econômica do direito – como um mecanismo de mudança de comportamentos para o atingimento eficiente de objetivos de políticas públicas apto a impactar todos os atores envolvidos com as finalidades da gestão pública, incluindo o Poder Judiciário, quando exercer seu mister de controle¹⁷⁷ para decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa.

Não cuida de uma plenitude da ciência econômica sobre o Direito, mas sim de uma inevitável majoração “do poder efetivo dos capitais globalizados, valorização do elemento econômico na interpretação jurídica, elemento este que não era muito considerado pela hermenêutica jurídica”¹⁷⁸. É a consagração definitiva de um regime de corresponsabilidade sob a ótica das consequências advindas da decisão invalidadora, considerando as condicionantes para modular os efeitos do desfazimento, sob um prisma de proporcionalidade, levando em conta que a ciência jurídica não habita “no éter, nem o agir jurídico se resume à abstração, o dispositivo impõe ao decisor os ônus de indicar como serão distribuídos os ônus e reguladas as consequências da decisão invalidadora”¹⁷⁹.

¹⁷⁶ GICO JR., Ivo. Introdução ao direito e economia. In: TIMM, Luciano Benetti Timm e outros (orgs). **Direito e Economia no Brasil**, São Paulo: Atlas, 2012, p 17.

¹⁷⁷ COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. (Trad.). Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 33.

¹⁷⁸ ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. Interpretação consequencialista e análise econômica do direito público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e economicidade. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; BINENBOJN, Gustavo. (Org.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009, p. 64.

¹⁷⁹ MARQUES NETO, Flávio de Azevedo. **Comentários à Lei n. 13.655/2018 (Lei da Segurança Jurídica para Inovação Pública)**. Flávio de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas. Belo Horizonte: Fórum, 2019, pp. 55/56.

Após a vigência do artigo 21, a decisão invalidadora se conecta à realidade e seu decisor passa a compartilhar a responsabilidade por seus desdobramentos, podendo indicar formas variadas de resolução dos defeitos que macularam o ato anulado.

Numa analogia simplista: o decisor deixa de exclusivamente empurrar o problema para outrem com uma invalidação fria e desconectada da realidade; agora, ele acompanha suas conclusões para além do papel, mensura consequências, orienta (quando possível) para sanear seus vícios, dando o caminho para reparo das falhas e coordena a mitigação de danos. Ou seja, deixa de ser responsável somente pela nulidade e passa a ser corresponsável pelo encontro da solução que subjaz a realidade afetada.

4.1.1.3 Escolha Filosófica, Parametrização e o Início do Percurso para Majoração da Segurança Jurídica Valendo-se das Consequências

O açodamento na definição das balizas mencionadas deve ser de logo afastado. É possível que se deixe de lado a opção que melhor evitaria resultados indesejados, sendo necessária a experimentação – nesse momento inicial de vigência dos dispositivos – das opções possíveis para que se descubram as melhores¹⁸⁰, o que requer cuidado, estudo e aprofundamento científico, pois “se o problema é complexo, o mais provável é que a solução também o seja”¹⁸¹.

A definição da linha filosófica consequencialista a ser seguida e a parametrização das possíveis consequências e sua devida valoração em cada caso concreto são algumas das ideias que podem gerar os contornos necessários à aplicação dos artigos 20 e 21, da LINDB, e se apresentam na linha de vanguarda da redução de subjetivismos no controle judicial da atividade administrativa.

O aprofundamento do estudo e a densificação de tais pontos evitará que os dispositivos em estudo, que se propõem a aumentar a segurança jurídica na gestão pública, acabem por proporcionar justamente o contrário: as consequências não podem ser avaliadas de forma episódica e sem critérios de operacionalização. A dificuldade na valoração das consequências é incontestável e demanda, primariamente, uma investigação da vertente filosófica do consequencialismo que deve ser seguida pela comunidade jurídica na aplicação

¹⁸⁰ MACKAAY, Ejan. ROSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. Rachel Sztajn, tradução. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 49.

¹⁸¹ HEINER, Ronald A. *The Origin of Predictable Behavior*. American Economic Review, 1983. *Apud*, MACKAAY, Ejan. ROSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. Rachel Sztajn, tradução. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 49.

dos artigos 20 e 21, da LINDB, que diferenciou consequências práticas das consequências jurídicas da decisão.

Para melhor entender o ponto aqui tratado e o arremate que lhe sucede é importante voltar um pouco no tempo.

Filosoficamente falando, o consequencialismo (com foco na valoração de resultados) teve seu nascimento no utilitarismo de Jeremy Bethan¹⁸² e John Stuart Mill¹⁸³, se opunha à vertente deontológica (onde o valor e o desvalor das ações são inerentes e desvinculados das consequências); propunha que somente deveria ser considerado o que fizesse o mundo melhor, diante da imutabilidade do passado. Estava ligado, primariamente, ao utilitarismo hedonista (ou consequencialismo clássico ou puro), cuja premissa era entender por bons os atos que tenham consequências que exaltem o prazer e minimizem a dor¹⁸⁴.

No entanto, a linha de raciocínio consequencial purista possui algumas desvantagens: i. Exclui a realização das políticas para as minorias; ii. Maximizar o bem-estar de um determinado grupo pode ser incompatível com o interesse de outro (s) grupo (s); iii. Num mundo volátil, complexo e em constante alteração pode ser difícil, quiçá impossível, identificar as políticas que tragam bem-estar à maioria; iv. Pode haver utilidade em uma política social que não seja maximizadora de utilidade, mas, mesmo assim, seja importante, como, por exemplo, a atividade cultural e; v. A sociedade pode almejar maximizar seu bem-estar por meio de medidas equivocadas, ilícitas ou absurdas¹⁸⁵.

Diante das peculiaridades das escolhas de relevo a serem adotadas, e no afã de atender ao teor da LINDB, trazendo à sua aplicação maior segurança jurídica, Edilson Vitorelli¹⁸⁶ propõe que se adote uma postura de equilíbrio entre consequencialismo e deontologia, no que chama de “consequencialismo moderado”, linha a que se filia o presente texto. É inviável levar só as consequências em consideração. O viés adotado é concreto (focado nas consequências concretas e não apenas nas desejadas), maximizante (avaliando alternativas melhores ou piores), agregado (considerando o saldo da análise dos itens positivos e negativos

¹⁸² Para quem a maior felicidade do maior número de pessoas é a medida do certo e do errado. Sobre o tema, consultar BENTHAN, Jeremy. **A Introduction to the Principles and Morals and Legislation**. South Carolina: Creatspace Independent Publish Platform, 2016, passim.

¹⁸³ MILL, John Stuart. On Liberty. In: MILL, John Stuart. **The Basic writings of John Stuar Mill**. London: Random House, 2002, p. 9-122; MILL, John Stuart. **Utilitarismo**. Porto: Porto Editora, 2005, passim.

¹⁸⁴ SUMMER, L. W. **Welfare, Hapiness and Ethics**, Oxford: Oxford University Press, 1996, passim.

¹⁸⁵ VITORELLI, Edilson. **A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a ampliação dos parâmetros de controle dos atos administrativos discricionários: o direito na era do consequencialismo**, p. 11. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/82006>>. Acesso em: 06 ago. 2020.

¹⁸⁶ VITORELLI, Edilson. **A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a ampliação dos parâmetros de controle dos atos administrativos discricionários: o direito na era do consequencialismo**, p. 11. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/82006>>. Acesso em: 06 ago. 2020, p. 18.

de cada escolha), não igualitário (ponderando a incidência das consequências, principalmente quanto aos mais vulneráveis) e avesso a perdas (prejuízo deve ser considerado mais negativo do que a não obtenção de um benefício equivalente)¹⁸⁷.

Noutra banda, é interessante investigar, ainda que de forma sucinta, se o consequencialismo adotado pela LINDB seria o monista (onde apenas um tipo de consequência é valiosa em detrimento das demais) ou pluralista (quando diversas consequências devem ser sopesadas).

O contexto sócio-jurídico brasileiro e o complexo contexto multifacetário da Constituição Federal, ambos compostos por diversas políticas e atividades públicas, levam a crer que nenhum dos direitos fundamentais elencados possui plena prioridade sobre os demais em toda sorte de situação. É na análise plural das consequências, portanto, que a LINDB se filia.

Com esses pontos definidos (quanto ao consequencialismo moderado e plural) é que se pode avançar à propositura de uma análise mais complexa¹⁸⁸, ainda que sucinta, para comparação de políticas conflitantes quando estas, na análise de um caso concreto, possuírem entre si resultados positivos e negativos simultaneamente, ou até mesmo contraditórios.

É que o Judiciário, diante de decisões difíceis, deve levar em conta ao menos alguns parâmetros, tais como as microconsequências (pessoas afetadas de forma imediata pela decisão), macroconsequências (grupo social impactado, sem ser o destinatário final, incluindo os que arcam com a medida e as que são excluídas dela), distribuição temporal (curto, médio ou longo prazos, desde que previsíveis), maximização do bem-estar à luz das alternativas (cotejo das medidas aptas à promoção do bem-estar), representatividade (grau de desejo da consequência pelo grupo social afetado), distribuição social (repartição de consequências pelos afetados sem descuidar dos grupos vulneráveis) e economicidade (análise das consequências econômicas).

E é justamente na complexidade das análises mencionadas, de forma detalhada e técnica, ainda carecedoras de maior aprofundamento doutrinário¹⁸⁹ e jurisprudencial para uma

¹⁸⁷ Conceito fundado na análise econômica do direito.

¹⁸⁸ A proposta é de VITORELLI, Edilson. **A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a ampliação dos parâmetros de controle dos atos administrativos discricionários**: o direito na era do consequencialismo, p. 11. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/82006>>. Acesso em: 06 ago. 2020, pp. 13/14.

¹⁸⁹ O Instituto Brasileiro de Direito Administrativo – IBDA apresentou, em junho de 2019, algumas propostas de enunciados relativos à interpretação da LINDB e seus impactos no Direito Administrativo, sendo de bom grado destacar os de n. 02, 03, 04, 05, 06 e 09, que versam especificamente sobre o conteúdo e alcance do art. 20, aqui tratado. Sobre o tema, consultar INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO – IBDA. **Enunciados relativos à interpretação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB e seus impactos no Direito Administrativo**. Enunciados, Tiradentes/MG. 14/06/2019. Disponível em:

emolduração objetiva de suas respectivas análises, que o Poder Judiciário deve se arvorar no dever de motivar suas decisões para – atendendo ao teor do artigos 20 e 21, da LINDB – trazer ao controle judicial dos atos administrativos maior previsibilidade jurídica (pelo uso controlado e esperado de limites hermenêuticos densos e que tragam maior clareza à decisão judicial) e, conseqüentemente, maior segurança jurídica ao direito aplicável à gestão pública.

O acatados pontos destacados, a maturação das escolhas de aplicação do dispositivo em estudo, decisões judiciais densas e transparentes trarão maior previsibilidade à atividade administrativa, atrelada à segurança jurídica, que possui três vetores basilares: i. Vetor de estabilidade, levando em conta a perenidade dos atos jurídicos e os efeitos daí decorrentes, mesmo quando as normas ou suas respectivas interpretações sofram alterações; ii. Vetor de previsibilidade, para que sejam evitadas mudanças bruscas, surpresas, armadilhas; iii. Vetor de proporcionalidade, dado o fato de não ser admissível que o Direito seja aplicado de forma irracional ou desproporcional¹⁹⁰.

O incremento da segurança jurídica decorrente da evolução na demarcação dos limites aqui tratados impactará positiva e diretamente na realização das diversas políticas públicas estatais e em seus respectivos resultados em prol da comunidade, foco do princípio da eficiência administrativa.

4.1.2 Prisma de Empatia: O Artigo 22 e seu § 1º da LINDB

É equivocada a pretensão de obtenção de um bom direito pré-fabricado e lastreado em paradigmas impermeáveis, alimentados pela dogmática de que há de ser obtida uma lógica purista de critérios infalíveis, cartesiana e isolada (pela desconfiança) da existência de racionalidade na deliberação humana¹⁹¹. O texto do dispositivo ora em estudo é bastante claro:

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

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

(...)

<<http://ibda.com.br/noticia/seminario-promovido-pelo-ibda-aprova-enunciados-sobre-a-lindb>>. Acesso em: 20 mai. 2020.

¹⁹⁰ MARQUES NETO, Flávio de Azevedo. **Comentários à Lei n. 13.655/2018 (Lei da Segurança Jurídica para Inovação Pública)**. Flávio de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 18.

¹⁹¹ NOHARA, Irene Patrícia. O tabu da proporcionalidade e a justiça do caso concreto. In **Mutações do Direito Administrativo**: estudo em homenagem ao Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto. PEIXINHO, Manoel Messias. PEREIRA JÚNIOR, José Torres. MOURA, Emerson Affonso da Costa (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 161.

Da leitura se verifica uma simples afirmação: as limitações e dificuldades suportadas pelo gestor impõe o diálogo com estas para prolação da decisão que interprete normas sobre gestão pública. Logo, inexistente algo pronto e acabado. O contexto sempre fará parte do tecido decisório. A ausência de uma fórmula perfeita não tornaria o Direito arbitrário, o que apenas existiria no caso do mero exercício de poder sem arrimo em pilares intersubjetivamente defensáveis¹⁹². Uma decisão devidamente motivada, transparente, elide tal preocupação.

Nesse cenário de deslocamento fiel da balança da interpretação jurídica que se percebe a vasta importância da produção judicial do direito sobre normas de gestão pública, notadamente, quando devidamente conectada em seu processo de criação ao contexto enfrentado por força do art. 22, da LINDB, e seu parágrafo primeiro, haja vista as mais variadas possibilidades interpretativas que podem ser obtidas da textura mais aberta dos enunciados normativos, para apontar quais soluções são mais e quais são menos justas, dentro das limitações e dificuldades enfrentadas pelo gestor em cada situação analisada.

Cabe ao Judiciário, portanto, analisando normas sobre gestão pública, quando da produção judicial do direito, reconstruir a ordem jurídica sob a ótica dos direitos fundamentais, com foco em problemas concretos, haja vista que já não mais é um singelo observador do Direito, preso ao compromisso de descrever a prática jurídica a partir de uma perspectiva externa, para assumir, de forma efetiva, o *status* de participante do discurso jurídico, visando à tomada de decisões na prática jurídica, de acordo com uma perspectiva interna¹⁹³ e conectada, por força do dispositivo em estudo, ao contexto vivenciado pelo gestor.

Inserir no processo decisório esse ponto de vista interno redireciona de forma contundente a ciência jurídica, por ser impossível compreender-se o Direito figurando apenas como um observador externo, que descreve algumas (ir)regularidades e condensa condutas representadas numa obediência habitual. Para apreender corretamente o sentido de uma situação ou de um ato isolado que se imagine ilícito ou delituoso, apenas para exemplificar, dever-se-ia, antes de qualquer coisa, tentar entender qual seria o seu próprio comportamento no lugar da pessoa que realizou aquele juízo de valor, verificando sua validade, sendo rica tal

¹⁹² NOHARA, Irene Patrícia. O tabu da proporcionalidade e a justiça do caso concreto. In **Mutações do Direito Administrativo**: estudo em homenagem ao Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto. PEIXINHO, Manoel Messias. PEREIRA JÚNIOR, José Torres. MOURA, Emerson Affonso da Costa (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 162.

¹⁹³ PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. **Fundamentação das decisões judiciais**: o controle da interpretação dos fatos e do direito no processo civil. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 37.

compreensão, por acontecer não apenas no nível de um observador externo, mas também no plano da investigação hermenêutica¹⁹⁴.

Por fim, é de bom grado destacar que o Direito, enquanto ciência humana, tem por função precípua a regulação dos mais diversos comportamentos sociais. Não se trata de matemática ou mera lógica. Para que o produto dos estudos e da interpretação jurídica sejam legítimos, e não decorrentes de um simplório e não desejado arbítrio em estado de pureza¹⁹⁵. A contextualização de cada caso concreto se mostra mais um bom guia para a produção judicial do direito, sob pena da decisão jurídica não atender a todos os seus pressupostos de validade.

Vale dizer, que a redação dada ao dispositivo em estudo decorreu da necessária alteração da forma como vinham sendo interpretados diversas normas sobre gestão pública pelo Poder Judiciário.

A gestão pública nacional sempre esteve cercada por alguns entraves jurídico-culturais fomentadores de ineficiências gerenciais com importância considerável. Teve o referido dispositivo como foco a redução de tais óbices ao trazer para o cenário da produção judicial do direito um importante elemento, à conclusão do controlador: o contexto onde se deu a situação em análise.

Trazer a contextualização para dentro do rico processo de interpretação judicial, além de inserir larga dose de pragmatismo à análise de normas sobre gestão pública também serviu para abrandar o romantismo e o idealismo jurídicos – corporificados, juridicamente, na fictícia completude e determinação do direito e, também, faticamente, na presunção falaciosa da existência de um cenário de possibilidades técnicas e financeiras de concreção integral das arrojadas diretrizes do direito público pátrio – que enclausuravam a evolução do direito administrativo¹⁹⁶.

Tais formas de pensar, apesar de causarem os mais diversos prejuízos à gestão pública, servindo como exemplo a seleção adversa e o famigerado apagão das canetas (que foram descritos anteriormente), ainda são largamente utilizadas pelo Judiciário, ao qual o artigo 22 e seu parágrafo único direciona para uma atuação calcada numa ótica pragmatista e contextual

¹⁹⁴ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A breve história do positivismo descritivo: o que resta do positivismo jurídico depois de H. L. A. Hart? **Revista dos Novos Estudos Jurídicos**, v. 20, n. 1, jan.-abr. 2015, p. 316.

¹⁹⁵ NOHARA, Irene Patrícia. O tabu da proporcionalidade e a justiça do caso concreto. In **Mutações do Direito Administrativo**: estudo em homenagem ao Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto. PEIXINHO, Manoel Messias. PEREIRA JÚNIOR, José Torres. MOURA, Emerson Affonso da Costa (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 160.

¹⁹⁶ JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB. Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 63-92, nov. 2018, pp. 65/66.

na interpretação de normas de gestão pública, que denota certa empatia para com o gestor, pois a partir da Lei n. 13.655/2018, deve o julgador permitir-se colocar no lugar do gestor, para entender de forma mais ampla as amarras que obstam a evolução de algumas políticas públicas.

Essa virada pragmatista do Direito Administrativo antecedeu, em muito, o advento da norma analisada, sendo sua positivação apenas e tão somente a culminância de um fluxo científico cada vez mais focado em abandonar o estilo tradicional i. Europeizante, ii. Conceitualista, iii. Sistematizador, e iv. Filiado à centralidade do Direito como panaceia da vida econômica e social para modernizá-lo, passando ele, agora a ser i. Americanizado, ii. Pragmático e empírico, iii. Assistemizador e assistemático, e, por fim, iv. Desconectado da centralidade do Direito para assimilar a totalidade da vida econômica e social¹⁹⁷.

Tal movimento pragmático encontra eco, inclusive, no âmbito do Direito Processual Civil, onde, por exemplo, o art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil¹⁹⁸, ao versar sobre motivação da decisão judicial, impede que esta se limite à indicar, reproduzir ou parafrasear ato normativo, sem delinear sua conexão com a causa sub julgo, vedando o uso de conceitos jurídicos indeterminados sem a ligação com o respectivo motivo de incidência e, ainda, obstando a invocação de motivos que poderiam justificar qualquer outra decisão¹⁹⁹.

A contextualização proposta, por seu turno, vem para acrescer um viés filosófico realista à interpretação, dando instrumentalidade à função interpretativa, perdendo importância esclarecer o comportamento humano a partir de ideias firmadas unicamente em abstrações, já que a experiência e a percepção de que se aprende fazendo são mais importantes do que abstrações desconectadas da realidade²⁰⁰.

E é justamente nessa parte relativa à contextualização da decisão que reside a inovação mais interessante do dispositivo em estudo, que se configura na necessária e almejada empatia por parte do julgador quando analise normas sobre gestão pública.

Os dispositivos em estudo sofisticaram o modo de julgar as condutas do agente público para evitar eventual desconexão do julgamento com a realidade, protegendo aquele

¹⁹⁷ MENDONÇA, José Vicente Santos. A verdadeira mudança de paradigmas do Direito Administrativo brasileiro: do estilo tradicional ao novo estilo. **Revista de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: 2014, n. 265

¹⁹⁸ BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 26 jan. 2021.

¹⁹⁹ JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB. Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 63-92, nov. 2018, p. 66.

²⁰⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. FREITAS, Rafael Vêras. **Comentários à Lei n. 13.655/2018 (Lei da Segurança Jurídica para Inovação Pública)**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 57.

que age com boa-fé²⁰¹. A responsabilização do agente em tempos atuais, para se fazer apresentável e aceitável diante do cenário legal posto pelos novos dispositivos, que outrora poderia se mostrar apenas com normas e princípios jurídicos abstratos, deve agora, vestir-se com a consideração do contexto que permeou a execução de determinada conduta e perfumar-se com a verificação da ocorrência de erro grosseiro ou do dolo do agente público, partindo da necessidade de uma interpretação conjunta com o artigo 28, também da LINDB.

A despeito da comparação feita à moda, normalmente efêmera, a mudança proposta integra movimento interessante do Direito e veio para ficar. Cuida de uma necessária e permanente valoração para que as decisões “fortemente influenciadas pelo contexto, no qual se inclui o modo como as escolhas nos são apresentadas” com lastro num comportamento que “varia ao longo do tempo e do espaço e é influenciável por variáveis cognitivas, emocionais e sociais”²⁰² sejam corretamente mensuradas e consideradas no bojo da decisão judicial sobre gestão pública.

Esse fomento ao concretismo sem precedentes acaba por fazer com que o Direito seja uma ciência mais aberta a outros saberes e pesquisas empíricas, onde a realidade ganha cada vez mais espaço numa transformação vinculada ao prisma que deve estar voltado também para uma tempestividade processual, atenta às vicissitudes da realidade e para a qual o formalismo processual pouco ou nada tem a contribuir²⁰³.

Agora, deve o julgador se colocar no lugar do gestor público para julgá-lo com base em um pensamento que assimile seus obstáculos, as dificuldades reais enfrentadas e as diversas exigências públicas ao seu encargo, num cenário de prudência interpretativa, para que tome a decisão que entenda correta em um quadro de enorme complexidade, já que cada caso pode comportar mais de uma solução correta²⁰⁴.

Acerca das complexidades acima suscitadas, e para exercitar de forma prática o que aqui se desenha, é possível, por exemplo, que dois casos concretos idênticos, como a não implementação de alguma política pública por determinados agentes públicos, competentes portadores de diferentes capacidades, técnica e financeira, possuam, inclusive por decisão

²⁰¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. FREITAS, Rafael Vêras. **Comentários à Lei n. 13.655/2018 (Lei da Segurança Jurídica para Inovação Pública)**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, pp. 60/61.

²⁰² ÁVILA, Flávia. BIACHI, Ana Maria (Org.). *Guia de economia comportamental e experimental*. São Paulo: economiaComportamental.org, 2015, disponível em www.economiacomportamental.org. Acesso em 18 mai. 2017. *Apud* MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. FREITAS, Rafael Vêras. **Comentários à Lei n. 13.655/2018 (Lei da Segurança Jurídica para Inovação Pública)**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 68.

²⁰³ SOUSA, José Augusto Garcia de. **A tempestividade da Justiça no Processo Civil Brasileiro**. Salvador: Juspodium, 2020, pp. 76/77.

²⁰⁴ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 19.

oriunda do mesmo julgador, conclusões totalmente diferentes, quiçá antagônicas. A partir da redação da regra em estudo, não é somente a conduta e direito aplicável (sistematicamente falando) que devem ser consideradas, mas também todo o contexto enfrentado que poderia limitar suas possibilidades de agir.

E é justamente sobre essa realidade do gestor público, que se passa a falar.

A se pensar que o Direito deva ser aplicado e interpretado com abstração absoluta da expressão psicológica do intérprete, ou que deva ser conduzido de forma fria, distante, como se as convicções do condutor estivessem totalmente separadas de tal procedimento ou, ainda, se se considerar que a lógica formal deva ser entendida como metodologia suficiente à subsunção dos fatos à ordem jurídica, seria fácil admitir que o sistema normativo certamente estaria construído em torno de um castelo hermético²⁰⁵.

Sobre cada um dos fossos que poderiam dar azo à separação do Direito da realidade, a ciência jurídica vem construindo as mais diversas pontes para conectar cada vez mais a realidade ao seu mundo, como defendido anteriormente.

E foi justamente observando essa engenharia de realidade que se propôs a LINDB a construir um cenário, com base na indeterminação do direito, que fortalece a contraposição ao dogma da perfeição do Direito, consistente numa cultura jurídica geradora de insegurança jurídica para os gestores públicos e instituições administrativas, encarregados que são de interpretar e aplicar o Direito para depois serem fiscalizados por outras instituições que não raro possuem interpretações distintas e, a despeito de se defrontarem em diversas oportunidades com interpretações razoáveis, costumam achar espaços para anulações, suspensões, punições e repressões²⁰⁶.

Essa interpretação estática promovida pelo Judiciário tem se desenvolvido de forma exponencial em sua veia repressiva, notadamente nas ações de improbidade administrativa. Os controladores têm levado adiante processos administrativos sancionadores, baseados em juízos próprios que moldam a adequação das condutas dos Administradores Públicos em juízos formados, muitas vezes, anos após a conduta, em razão da burocracia que é comum a casos dessa natureza²⁰⁷ e se torna ainda mais complexo quando visto sob o enfoque de que a Administração Pública não se apresenta mais como uma simplória instância de execução de

²⁰⁵ PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 40.

²⁰⁶ JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB. Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 63-92, nov. 2018, pp. 66/67.

²⁰⁷ 207 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. FREITAS, Rafael Vêras. **Comentários à Lei n. 13.655/2018 (Lei da Segurança Jurídica para Inovação Pública)**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 57.

normas heterônomas, exercendo seu mister, em maior ou menor grau, em normas autônomas²⁰⁸.

Esse cenário soma-se, ainda, a uma fantasiosa impressão de que, ao Poder Público, estão disponíveis todas as condições factuais, materiais e objetivas para que execute de forma eficiente os muitos e diversificados direitos previstos constitucionalmente, que lhe serão cobrados posteriormente. Isso acaba trazendo consequências nefastas para a gestão pública como um todo e uma grande pressão sobre o gestor público, que é quem é responsabilizado por eventuais ineficiências e restrições que fogem ao seu controle²⁰⁹, a depender da situação enfrentada.

A situação descrita anda de mãos dadas com a asfixia burocrática já tratada no presente texto. O cenário oposto, de maior liberdade ao Gestor Público, traria à Administração Pública uma força de trabalho mais atual e mais conectada às necessidades pulsantes da sociedade, tanto pelos aventados riscos que andam junto com a inovação, quanto pelos riscos de assumir uma responsabilidade perante a coisa pública com uma série de responsabilidades e atribuições nem sempre bem delineadas. É melhor, portanto, para os mais qualificados, dedicar-se à seara privada, detentora de maiores salários e livre da gama incerta de responsabilizações e ônus de um administrador público.

Foi justamente para combater tal cenário que passaram a vigor o art. 22 e seu parágrafo primeiro, com o fito de incorporarem pragmatismo no bojo na interpretação de normas sobre gestão pública, adicionando um viés realista e empático à interpretação que cerca o processo de produção judicial do direito, conferindo-lhe instrumentalidade, num claro vínculo ao pragmatismo filosófico, onde mais do que abstrações, devem ser considerados o conhecimento e a percepção do que se aprende fazendo no sentido de fazer com que o controlador possua empatia com o controlado²¹⁰, para valorar de forma positiva as limitações de recursos, técnicas e factuais da vida real que dirigiram e que deram base ao comportamento adotado²¹¹.

²⁰⁸ ENTERRÍA, Eduardo García de. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Vol. I. 7. ed. Madrid: Civitas, 1995, p. 428.

²⁰⁹ JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB. Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 63-92, nov. 2018, pp. 68/69.

²¹⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. FREITAS, Rafael Vêras. *Comentários à Lei n. 13.655/2018 (Lei da Segurança Jurídica para Inovação Pública)*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 57/58.

²¹¹ JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB. Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 63-92, nov. 2018, *passim*.

Essa “pulsão pragmática”²¹² não pode deixar de ser destacada, haja vista influenciar os mais diversos ramos do direito, sendo de grande relevo para a interpretação de normas de gestão pública, para deixar tal ramo mais seguro e, portanto, menos inconstante, o que poderia trazer diversas melhorias à forma de administrar desenvolvida no Brasil, num futuro próximo.

A alteração legislativa em estudo coloca as limitações materiais e os contextos fáticos no meio das preocupações da ciência administrativista com o fito de tirar promessas jurídicas do discurso para torna-las reais²¹³, o que pode gerar, ainda, algumas externalidades positivas (os desdobramentos do título da seção) como a redução do número de processos administrativos de sancionamento insubsistentes e irão coibir eventual abuso do direito persecutório estatal²¹⁴, fatores esses que certamente reduziriam os fenômenos aqui descritos do apagão das canetas, da seleção adversa, da fuga da mão-de-obra qualificada e da falta de inovação na Administração Pública, trazendo, assim, maior eficiência ao modo de agir da Administração Pública.

A novidade legislativa aqui estudada certamente trará outros desdobramentos já que o Direito, como aqui defendido, não comporta fórmulas prontas, infalíveis e totalmente acabadas. É de se esperar sua evolução para um bem maior de toda a sociedade.

4.1.3 A Dosimetria dos §§ 2º e 3º do Artigo 22

Diante do estudo aqui proposto e do corte epistemológico levado a cabo, considerando, ainda, que os parágrafos mencionados versam apenas sobre a dosimetria dos eventuais sancionamentos, conforme a conduta dos gestores públicos, não se propõe adensar o tema neste ponto específico.

4.2 O Artigo 23, as Balizas do Regime de Transição e a Continuidade do Direito²¹⁵

Como já dito e repetido aqui de formas diversas o Direito, enquanto ciência social, é definido de forma circunstancial, sem se deixar reduzir a móveis únicos e razões estáticas²¹⁶; é

²¹² GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2002, p. 119.

²¹³ JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB. Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 63-92, nov. 2018, p. 69.

²¹⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. FREITAS, Rafael Vêras. **Comentários à Lei n. 13.655/2018 (Lei da Segurança Jurídica para Inovação Pública)**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 59.

²¹⁵ Todo o texto do presente tópico fora publicado em forma de capítulo de livro: FALCÃO FILHO, José Marçal de Aranha. Discricionariedade Administrativa, regras de transição e segurança jurídica: a administração pública e o art. 23 da LINDB. In: CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. (Org.). **Direito Administrativo Democrata**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2021, p. 205-235.

um quebra cabeças que forma a fotografia representativa da sociedade como um todo, englobando pressões, desejos, políticas, direitos, deveres, condicionamentos, dentre outros, aí incluídos os influxos majoritários e contramajoritários de cada bandeira levantada, que, ao fim e ao cabo, representam o Estado Democrático de Direito.

Uma dessas peças, a nodal para o presente estudo, é a continuidade do direito, que deve buscar uma constante conexão do passado com o presente, visando antecipar o futuro²¹⁷ – num jogo de forças intrínseco à nossa sociedade contemporânea, constantemente afetada pela mudança, pelo surgimento de novos valores, condutas e tecnologias – sem macular a segurança jurídica, decorrente de sua previsibilidade enquanto ciência, já que “seguro é o direito que pode ser antecipado”²¹⁸. Tal continuidade decorre da certeza de que mudanças e inovações irão se dar de diferentes formas em áreas diversificadas da sociedade e, por conseguinte no direito, gerando a necessidade da previsão legal de um mecanismo que regulamente a transição de forma suave de um cenário (velho, superado) para outro (novo).

A despeito de previsões legais pulverizadas que já admitiam a fixação de regras de transição no direito brasileiro²¹⁹, e de sua prática executada aqui e ali em alguns tribunais superiores²²⁰, inexistia, no sistema legal brasileiro, uma regra geral que condicionasse o estabelecimento de regime de transição à validade da decisão administrativa, judicial ou de controle que fixasse interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado e impusesse novo dever ou novo condicionamento de direito. O artigo 23, ora em estudo, possui a seguinte redação:

Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo

²¹⁶ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3 ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, pp. 17/18.

²¹⁷ CAVALCANTI FILHO, Theophilo. **O problema da segurança no Direito**. São Paulo: Ed. RT, 1964, p. 153.

²¹⁸ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização do direito tributário**. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 595.

²¹⁹ Rol exemplificativo: **(i) Direito Constitucional**: Lei n. 9.868/1999, no art. 27 estabelece que “ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado; **(ii) Direito tributário**: Lei n. 11.638/2007, que sedimentou o Regime Tributário de Transição (RTT); **(iii) Direito Portuário**: Lei n. 10.233/2011, onde o art. 47 institui que “a empresa autorizada não terá direito adquirido à permanência das condições vigentes quando da outorga da autorização ou do início das atividades, devendo observar as novas condições impostas por lei e pela regulamentação, que lhe fixará prazo suficiente para adaptação”; **(iv) Legislação de telecomunicações**: Lei n. 9.472/1997, que prescreve no art. 95 que “a Agência concederá prazos adequados para adaptação da concessionária às novas obrigações que lhe sejam impostas”. Sobre o tema consultar MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei n. 13.655/2018** (Lei da Segurança Jurídica para Inovação Pública). Belo Horizonte: Fórum, 2019, *passim*.

²²⁰ Podem ser citados alguns exemplos no Supremo Tribunal Federal, que já vinha adotando o uso de regimes de transição em algumas decisões, tais como as adotadas nos julgamentos do MI n. 670 (sobre o direito de greve) e do RE 597.994 (sobre a atividade política de membros do Ministério Público).

novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

A inserção do instituto da regra de transição na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), no bojo do art. 23, densificou o instituto do regime de transição e forçou seu uso (e seu estudo) pela comunidade jurídica, diante de seu caráter de norma de sobredireito, ou seja, de norma que se presta a moldar a forma como o direito é interpretado e aplicado no momento da mudança.

Existem os que criticam o referido dispositivo, por acreditarem que somente a Lei poderia apresentar inovações no meio jurídico, gerando condicionamentos e deveres, entendimento este lastreado numa interpretação simplória do art. 5º, II, da Constituição Federal, tendo tal linha de raciocínio sido amplamente superada pela realidade contemporânea da normatividade, já que o texto constitucional destaca a reserva de obrigação “em virtude de lei” e não “na lei” ou “por força de lei”²²¹.

Tome-se como exemplo do argumento apresentado a forma como a Política Nacional de Trânsito é efetivada no Brasil: suas regras gerais estão fixadas na Lei n. 9.503/1997, sendo seu teor constituído e aplicado pelas normas editadas pelo Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN) e, ainda, pelos órgãos de trânsito estaduais e municipais, cada qual dentro de sua respectiva competência. Ou seja, em virtude de Lei, os órgãos administrativos, responsáveis pelas políticas de trânsito, por meio de Portarias, Resoluções e afins, regem importante política social que impacta diretamente a vida dos jurisdicionados de forma diária.

A alteração legislativa proposta no art. 23, da LINDB, veio a calhar diante da larga constitucionalização do Direito Administrativo. São transformações do Estado Democrático de Direito promovidas pelo déficit teórico da ciência administrativista, pela adoção do sistema de direito fundamentais e do sistema democrático, lastreados por vieses axiológicos. Esse cenário colocou na berlinda alguns paradigmas administrativos historicamente relevantes: i. O princípio da supremacia do interesse público, ii. A legalidade administrativa, iii. A intangibilidade do mérito administrativo e iv. A ideia de um Poder Executivo Unitário²²².

Os novos vetores da ciência administrativista, aliados a uma linha de raciocínio que se traduz na ótica dos princípios e regras constitucionais, convergiram para abraçar o princípio da dignidade da pessoa humana e fizeram ruir a vetusta estrutura dogmática do Direito

²²¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Comentários à Lei n. 13.655/2018 (Lei da Segurança Jurídica para Inovação Pública)**. Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas. Belo Horizonte: Fórum, 2019, pp. 76/77.

²²² BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3 ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, pp. 23/24.

Administrativo para se situarem acima e para além da lei, vincularem juridicamente a conceituação de interesse público, fixarem *standards* principiológicos para a uso da discricionariedade administrativa e admitirem um espaço próprio para as autoridades administrativas atuarem de forma independente no esquema de separação de poderes seguindo a lógica do regime democrático²²³.

Oportuno destacar, nesse sentido, que o avanço histórico do Direito Administrativo se corporifica numa sequência de impulsos divergentes, resultado de uma tensão dialética causada pelos meandros da relação de forças da lógica de autoridade e da lógica de liberdade²²⁴.

Justamente nesse cenário que se mostra de vital relevância que a segurança jurídica, em sua construção a várias mãos, também seja erigida pensando nos momentos de mudança, de inovação, de transição, devendo o direito estar preparado também para tais momentos, preservando, assim, sua necessária continuidade.

Não podem os intérpretes construir a ciência jurídica sob pilares de segurança, apenas como um retrato fiel de coisa acabada, definitiva, firmada em torno dos conceitos de inalterabilidade, incontestabilidade e irretroatividade, como se a solução de todos os problemas jurídicos estivesse nas amarrações formuladas pelo conceito, por exemplo, de coisa julgada, ou seja, no passado. É necessário colocar tal pensamento frente a frente com a questão da mudança²²⁵ e da inovação, visando o uso e a definição de mecanismos para obtenção de confiabilidade e calculabilidade jurídicas nos momentos de mudança, conforme será adiante melhor exposto.

Antes disso, porém, se torna relevante abordar as significações e limitações do texto do art. 23, da LINDB, pois a partir da entrada em vigência da Lei n. 13.655/2018, toda decisão administrativa, judicial ou de controle que estabeleça interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, que venha a impor novo dever ou novo condicionamento de direito, deve ser acompanhada, obrigatoriamente, de regime de transição.

Sua ausência eiva de nulidade a decisão omissa quanto a tal previsão. Deixou o regime transacional, portanto, de ser uma prática prevista de forma esparsa na legislação ou de ser uma mera razoabilidade opcional dos órgãos decisores, como afirmado alhures, para se tornar um direito positivado do jurisdicionado. É medida que beneficia, portanto, o gestor público.

²²³ BAPTISTA, Patrícia Ferreira. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 129/130.

²²⁴ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e institucionalização**. 3 ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 18.

²²⁵ CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**. 3 ed. rev. e atual. Salvador: Editora Juspodium, 2018, p. 89.

Cria outro constrangimento para o julgador ativista, instado a preencher mais um requisito para validar decisão a que se refere a regra posta.

No entanto, vale dizer que, nos moldes do art. 7º, do Decreto n. 9.830/2019²²⁶, que será melhor trabalhado adiante, o novel direito não é universal e não deve ser aplicado cegamente em toda e qualquer mudança de interpretação das entidades públicas. O objetivo da norma é proteger relações jurídicas já constituídas e consolidadas, de boa-fé, escoradas nas interpretações eventualmente superadas. Exemplificando: não caberá estabelecimento de regime de transição para os casos de interpretações provisionais (como as que ainda estejam em grau de recurso), nem nos casos lastreados em normativos manifestamente inconstitucionais (como os maculados por erro grosseiro ou culpa grave do exegeta) e nem naqueles que não detenham efeitos restritivos no patrimônio do administrado²²⁷.

Os conceitos trazidos no artigo em análise, a despeito de sua simplicidade, carecem ser explorados de forma segmentada para que sejam fixadas balizas mínimas de compreensão das possibilidades nele insertas, até mesmo para complementar as diretrizes trazidas no artigo 6º, do Decreto n. 9.830/2019, cujo teor segue adiante:

O primeiro ponto que merece atenção é sobre as autoridades que estariam obrigadas à aplicação do regime de transição. Pela interpretação do texto exposto, entende-se estarem englobadas pelo referido instituto os órgãos administrativos, judiciais ou de controle, compreendida aí toda a esfera da atividade administrativa, incluindo até mesmo as empresas estatais. Estas últimas apenas não estarão obrigadas à aplicação do referido sistema de transição quando estiverem atuando em sua atividade como agente econômico²²⁸.

A despeito da amplitude de aplicação do artigo 23, vale relembrar o limite à análise atinente à aplicação do instituto do regime de transição por parte dos órgãos da Administração Pública.

O ponto segundo refere-se ao tipo da decisão que demandará a obrigatoriedade da previsão do regime transacional. Como cediço, não é toda decisão que justifica a fixação do regime de transição e a sua aplicabilidade não se restringe àquelas tomadas na solução de

²²⁶ Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que instituiu a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. BRASIL. **Decreto 9.830/2019, de 10 de junho de 2018**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm>. Acesso em: 06 dez. 2020.

²²⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Comentários à Lei n. 13.655/2018 (Lei da Segurança Jurídica para Inovação Pública)**. Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 82.

²²⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Comentários à Lei n. 13.655/2018 (Lei da Segurança Jurídica para Inovação Pública)**. Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 72.

conflitos, mas também nas deliberações que tiverem viés normativo e integrativo, seguindo caminho divergente de decisões anteriores e que introduzam uma nova interpretação ou que fixe limites aos jurisdicionados antes inexistentes, ou seja, que inovem na criação de uma obrigação ou condicionamento²²⁹. A avaliação e a motivação do regime de transição encontram-se, pois, nos “casos concretos que estão na fronteira das novas interpretações e dos novos direitos”²³⁰ e deve sempre buscar um ponto ideal de equidade²³¹.

Vale destacar que a utilização do regime de transição se aplica às decisões que tragam novidade quanto ao condicionamento de direito e, também às que impliquem em sacrifícios de direitos²³², sendo, neste caso, o regime de transição obrigado a prever indenização pela expropriação de direitos dos particulares, conforme dispõe o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

O terceiro e último ponto se atém à indeterminação do conteúdo da decisão, devendo esta ter como seu objetivo principal a hermenêutica de uma outra norma, erguida sobre os pilares de um conteúdo indeterminado. Sendo a LINDB uma norma de sobredireito, transversal, deve-se entender por conteúdo indeterminado as prescrições em que o “processo hermenêutico” não tenha seu lastro exclusivamente no saber léxico, dependendo da amarração propiciada por uma “construção intelectual”, que requer preenchimento por parte do intérprete na concreção de cada caso²³³.

Fácil perceber, portanto, que o art. 23 visou integralizar uma maior racionalidade à valoração da boa-fé na análise das situações em que a Administração figura como parte. O desiderato de resguardar e preservar o jurisdicionado dos efeitos abruptos, suavizando os efeitos da mudança ou da novidade decorrente das interpretações jurídicas dos poderes

²²⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Comentários à Lei n. 13.655/2018 (Lei da Segurança Jurídica para Inovação Pública)**. Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas. Belo Horizonte: Fórum, 2019, pp. 76/77.

²³⁰ SILVEIRA, Marilda de Paula. Artigo 22. *In* **Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática**. PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Coord.). Brasília, Senado, 2015, p. 24.

²³¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Comentários à Lei n. 13.655/2018 (Lei da Segurança Jurídica para Inovação Pública)**. Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 85.

²³² Carlos Ari Sunfeld defende que os condicionamentos de direito são “as situações subjetivas, passivas e impostas por lei e controladas pela Administração, com base em lei e por ela controladas aos titulares de direitos, para definir seu campo de legítimo exercício traduzidas em deveres de não fazer (limites do direito), fazer (encargos) ou suportar (sujeições)” e os sacrifícios de direitos se configurariam nas situações “impostas compulsoriamente pelo Estado, com base em lei, aos titulares de direitos de conteúdo patrimonial, através do devido processo judicial e mediante indenização prévia, justa e em dinheiro, implicando em compreensão do conteúdo do direito ou em sua extinção”. *In* SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. São Paulo, Malheiros, 2003, p. 53.

²³³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Artigo 23. *In* **Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018) – Revista Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: FGV, 2018, p. 104.

públicos é clarividente e tende a proteger a confiança legítima, além de relativizar relevante jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que seguia firme e forte com o pensamento de que “não há direito a regime jurídico”²³⁴.

A finalidade do dispositivo configurada na fixação do regime de transição, quando atendidos os pontos acima descritos, carece de profunda densificação de seus modos de utilização, para que seja disposta como ferramenta daqueles que fazem a Administração Pública, preservando a continuidade jurídica sem abalar a desejável segurança jurídica. O modal de utilização da regra prevista no art. 23 foi parcamente regulamentado no art. 7º, do Decreto n. 9.830/2019.

As minúcias deste, por se referirem à fixação propriamente dita do regime de transição, serão abordadas oportuna e especificamente em seção subsequente.

4.2.1 Discricionariedade Administrativa e o Regime de Transição: Uma Relação Necessária

Superados os primeiros excertos, delineados com a finalidade de contextualizar a superação de vetustos institutos que amarram a evolução do Direito Administrativo e que acabam por ser um reflexo da constitucionalização pela qual vem passando tal ramo jurídico, além da oferta de uma análise da literalidade do art. 23, da LINDB, cabe agora enfrentar a forma pela qual o instituto da regra de transição deve ser aplicado no âmbito da Administração Pública, por meio do uso da discricionariedade administrativa, malquista por relevante parcela da doutrina administrativista brasileira.

Pensar no Direito Administrativo fora da caixa requer uma certa ousadia. Dos bancos da faculdade saem conceitos que buscam vincular o administrativista a uma singela ferramenta de cumprimento do texto da lei. Tal pensamento seria racional e até mesmo exequível se a realidade da Administração Pública não fosse lastreada em dinamismos.

É nesse cenário dinâmico que ganha espaço a discricionariedade administrativa. Em seu conceito mais atual, que se encontra amplamente separado da arbitrariedade e distante de sua concepção inicial de poder real no Estado Europeu construída nos séculos XVI e XVII. É um instituto carecedor de legitimação e que passou por todo um itinerário de juridicização²³⁵,

²³⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei n. 13.655/2018** (Lei da Segurança Jurídica para Inovação Pública). Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 72 *et seq.*

²³⁵ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3 ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, pp. 211/212.

tendo deixado de ser um corpo estranho ao direito, passando a integrá-lo como um poder jurídico²³⁶.

Contra seu uso, há quem entenda que ela nada mais seria do que um meio de “não domínio do direito”, haja vista que atos discricionários configurariam, em qualquer medida, a atuação em um “*locus não jurídico*”²³⁷. O entendimento beligerante ao agir discricionário se lastreia nos argumentos de que a discricionariedade seria uma valoração puramente política²³⁸ e que seus critérios não deteriam quaisquer amarras legislativas, o que faz com que sua determinação seja maculada, indevidamente, por informações de cada caso concreto enfrentado, espelhando apenas o mérito, a oportunidade e a conveniência, gerando, assim, uma possibilidade de ação incontrolável²³⁹ no que se refere ao acato ou não das normas que lhe orbitam. Seria, portanto, insuscetível de controle por parte de quem dele não participou²⁴⁰.

O pensamento contrário à discricionariedade administrativa se apega à conceituação antiga de que sua aplicação se perfaria na vinculação negativa à lei, donde se erguia uma noção rasa de discricionariedade administrativa como um singelo poder de “agir da Administração nos espaços livres da regulamentação da lei”²⁴¹ e com o fito de “habilitar a Administração Pública a agir com mais eficiência na organização dos serviços públicos e no atendimento das múltiplas demandas e reivindicações das sociedades industrializadas”²⁴².

A tese da vinculação negativa, porque incompleta e ultrapassada, não é à que se filia o presente estudo. A linha de raciocínio aqui defendida gira em torno da vinculação positiva à Lei, para utilização da discricionariedade administrativa. É que, mesmo diante da sobrevivência da discricionariedade administrativa dentro de um espaço de subdeterminação normativa, não pode a Administração Pública atuar para além dos fundamentos da Lei. Sim, a liberdade de agir está nos espaços deixados pela norma, mas seus limites de ação encontram-se justamente na mesma norma, sistematicamente falando. Tal linha de pensamento tem fulcro

²³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa da Constituição de 1988**. São Paulo, Atlas, 1991, p. 85.

²³⁷ ABOUD, Georges. *Discricionariedade Administrativa e Judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2014, p. 154.

²³⁸ GIANNINI, Massimo Severo. **Diritto Amministrativo**. 2 ed. Milano: Giuffrè, 1988, p. 483, *apud* ABOUD, Georges. *Discricionariedade Administrativa e Judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2014.

²³⁹ ABOUD, Georges. *Discricionariedade Administrativa e Judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2014, p. 155.

²⁴⁰ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Tratado de direito administrativo**. 3 ed. Rio de Janeiro: Freitas Basto, 1955, vol. 1, p. 248.

²⁴¹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3 ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 209.

²⁴² KRELL, Andreas Joachin. **Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental. O Controle dos Conceitos Jurídicos Indeterminados e a Competência dos Órgãos Ambientais. Um Estudo Comparado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 18.

na interpretação da norma como uma moldura balizadora das decisões de cada órgão competente, de influência kelseniana²⁴³.

Inexiste, assim, uma liberdade total de ação por parte do Gestor Público, a concretização desse modo de atuar deve ser validada paulatina e gradualmente por normas jurídicas precedentes. Não se está diante de um campo de atuação plenamente preenchido por escolhas subjetivistas, como querem fazer crer seus críticos mais ferrenhos, mas sim de um instituto atual e necessário no dia a dia administrativo, cercado de plena necessidade de fundamentação dos atos e políticas públicas escolhidos, sob o prisma das balizas jurídicas sistêmicas determinadas pela Constituição e pela Lei, não sendo um lugar intocável ao controle judicial.

Havendo menor ou maior grau de vinculação do administrador à juridicidade, tanto assim corresponderá a sindicabilidade desses atos²⁴⁴, pois se as ponderações se mostrarem desproporcionais ou irrazoáveis caberá ao Poder Judiciário proceder sua invalidação ou revisão²⁴⁵.

Diante da necessidade de medidas proporcionais e razoáveis, somado à insuficiente legislação sobre a matéria, já que a norma que regulamenta o teor do art. 23, da LINDB, é insipiente, é que se mostra de evidente necessidade o uso da discricionariedade administrativa para aplicação da regra da formulação dos regimes de transição, dada a multiplicidade de situações que reclamam (e que reclamarão) a atuação do Poder Público em momentos de mudança, de inovação na criação de novo dever ou condicionamento de direito em suas decisões, sem olvidar da possibilidade dessa atuação formar precedentes administrativos.

Ou seja, a discricionariedade administrativa é o fio condutor que liga a mudança e a inovação de decisões administrativas ao direito do jurisdicionado à formulação dos respectivos regimes de transição de forma proporcional e equânime, evitando alterações de curso bruscas, suavizando tais situações, haja vista – mesmo sem ter uma (impossível) previsão legal específica para cada caso – estar preparada para atender aos anseios minudentes de cada situação, irrepetíveis entre si. É justamente sobre essa atuação discricionária na construção dessa “ponte de mudança”²⁴⁶, que versa o próximo item.

²⁴³ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3 ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, pp. 208/210.

²⁴⁴ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3 ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 39.

²⁴⁵ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3 ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 41.

²⁴⁶ Deve-se a expressão ao Professor Antonio do Passo Cabral. In CABRAL, Antônio do Passo. **Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo**: introdução ao art. 23 da LINDB. Salvador: Editora Juspodium, 2020, p. 219.

4.2.2 A Proporcionalidade na Atuação Discricionária Administrativa no Regime de Transição e a Sindicabilidade de tais Regramentos

Superado o subitem retro, cabe apresentar algumas tratativas pertinentes ao uso da discricionariedade administrativa na fixação dos regimes de transição quando configurada a hipótese prevista para fixação de regime de transição, haja vista a margem para tanto permitida pela Lei de regência. Quem regulamenta dita confecção são os art. 6º e 7º, do Decreto n. 9.830/2019, que segue:

Art. 6º A decisão administrativa que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado e impuser novo dever ou novo condicionamento de direito, preverá regime de transição, quando indispensável para que o novo dever ou o novo condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

§ 1º A instituição do regime de transição será motivada na forma do disposto nos art. 2º, art. 3º ou art. 4º.

§ 2º A motivação considerará as condições e o tempo necessário para o cumprimento proporcional, equânime e eficiente do novo dever ou do novo condicionamento de direito e os eventuais prejuízos aos interesses gerais.

§ 3º Considera-se nova interpretação ou nova orientação aquela que altera o entendimento anterior consolidado.

Art. 7º. Quando cabível, o regime de transição preverá:

I - s órgãos e as entidades da administração pública e os terceiros destinatários;

II - as medidas administrativas a serem adotadas para adequação à interpretação ou à nova orientação sobre norma de conteúdo indeterminado; e

III - o prazo e o modo para que o novo dever ou novo condicionamento de direito seja cumprido.

Com o fito de melhor contextualizar a conclusão que mais adiante será exposta, cabe também trazer o teor do que seria o parágrafo único do art. 23, por ter sido vetado quando da análise final do Projeto de Lei do Senado n. 349²⁴⁷, de 2015, que deu origem à Lei n. 13.655/2018:

Art. 22 (...)

Parágrafo único. Se o regime de transição não estiver previamente estabelecido, o sujeito obrigado terá direito a negociá-lo com a autoridade, segundo as peculiaridades de seu caso e observadas às limitações legais, celebrando-se compromisso para o ajustamento, na esfera administrativa, controladora ou judicial, conforme o caso²⁴⁸.

Fácil perceber nos dois dispositivos retro que o legislador – sabedor de suas limitações dentro da factual multiplicidade dinâmica da sociedade contemporânea, sob uma ótica pensada também para comportar as assimetrias de um país de dimensões continentais e diferenças regionais colossais – houve por bem deixar para a cargo da autoridade mais próxima da mudança e da inovação a elaboração do respectivo regime de transição, bem como

²⁴⁷ SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado n. 349, de 2015**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121664>>. Acesso em: 12 mar. 2022.

²⁴⁸ A numeração dos artigos do Projeto de Lei do Senado foi posteriormente reordenada, passando o artigo 22, assim previsto originalmente no PLS, a ser o artigo 23, da LINDB.

o balizamento do *modus operandi* a ser adotado, exigindo, para tanto, uma atuação equânime e proporcional dentro dos padrões de legalidade vigente.

O teor do vetado parágrafo único do atual art. 23 fora trazido apenas com fins de contextualização do raciocínio exposto, como afirmado. É a literalidade e a interpretação do teor do art. 7º, do Decreto n. 9.830/2019, que merece ser enfrentada com atenção, já que o art. 6º, além de exigir a motivação da decisão, versa sobre a já tratada aplicabilidade do regime de transição. O curto teor do art. 7º, objetivamente falando, pugna regulamentar de forma direta a fixação do regime de transição. Há que se convir que é uma missão impossível para um dispositivo tão curto, tão simples, ante uma tarefa tão hercúlea, de aplicabilidades múltiplas, quiçá infinitas.

Nesse tom, vale destacar que apenas em um dos três incisos apresentados é que se vê uma limitação clara e objetiva na fixação das regras de transição, verificada na delimitação de que preverá necessariamente “os órgãos e as entidades da administração pública e os terceiros destinatários”. Ante cada caso, os afetados pela inovação ou pela mudança terão que ser afirmativamente discriminados, para que efetivamente passem a suportar os ônus e os bônus de cada regime fixado, sob pena de nulidade da decisão omissa ou de sua inaplicabilidade episódica.

Os incisos subsequentes conferem à autoridade responsável, desde que se valham do uso de ferramentas equânimes e proporcionais – ou seja, discricionárias – a fixação das medidas administrativas aptas para adequação à nova orientação, além do prazo e do modo de cumprimento respectivos. O regime de transição, em apertada síntese, irá (i) modular temporalmente a eficácia da nova interpretação; e (ii) distribuir o ônus e consequências nela derivados dentro de critérios de proporcionalidade²⁴⁹ visando trazer ao sistema continuidade diante da mudança ou da inovação, olhando para o futuro sem descuidar do passado.

Uma das decorrências lógicas do dever de continuidade normativa previsto no artigo 23 é a graduabilidade da mudança, onde se verifica a necessidade de um olhar prospectivo e contextual da Administração Pública, para que saiba como proceder na preservação da segurança jurídica diante da inexorabilidade da mudança e da inovação, para suavizar a transição do entendimento antigo para o novo ou, simplesmente, para o novo condicionamento apresentado. O equilíbrio a ser estabelecido entre os interesses gerais

²⁴⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Comentários à Lei n. 13.655/2018 (Lei da Segurança Jurídica para Inovação Pública)**. Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p 83.

decorrentes da novidade interpretativa e a determinação de novos deveres e condicionamentos de direitos aos jurisdicionados (onerados e beneficiados) ficarão a cargo do decisor²⁵⁰.

Nosso sistema legal, na criação de novas obrigações, já costumava prever, via de regra, lapsos temporais para a adaptação sistêmica a alguns tipos de alteração, como foi o caso da obrigatoriedade do uso de cadeirinhas para crianças em veículos de passeio, a recentíssima adaptação dos estabelecimentos comerciais às limitações impostas pela pandemia do corona vírus (totens de álcool em gel, ambientes desinfectados, distribuição de máscaras etc.) ou, ainda, a nova Lei de licitações, que se encontra em plena vigência.

É justamente aí que se encontra a diferença fundamental e a melhor novidade trazida pelo artigo 23: sua aplicação não gira apenas em torno do tempo para adaptação à mudança de rumos ou à novidade nas decisões. Não é o conhecido instituto do *vacatio legis* com um nome mais moderno, mas, sim, uma ferramenta apta a fomentar, de forma mais completa e ampla, a aplicação de diferentes mecanismos de adaptabilidade do direito para minorar os efeitos das mudanças jurídicas administrativas que afetem os administrados, com vistas a preservar a segurança jurídica sob os aspectos da calculabilidade dos modos de agir da Administração Pública na preservação da continuidade jurídica. Tais mecanismos, bem como os aspectos atinentes à segurança jurídica serão abordados adiante.

Diante dessa gama de possibilidades, numa já defendida conduta inevitavelmente discricionária por parte da Administração Pública, é que se mostra importante afirmar que o uso do instituto passará necessariamente pelo correto uso dos ferramentais da proporcionalidade, devendo cada caso ser analisado sob a luz da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito²⁵¹ para, somente assim, restar validado o regime de transição eventualmente apresentado, possibilitando não somente o diálogo entre os envolvidos (decisor e afetados), mas também o controle intersubjetivo da conduta adotada.

Percorrido todo o trajeto acima delineado e apresentado o meio de transição com todas as suas minudências, é que se dá o momento do Judiciário executar seu papel de controlar

²⁵⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Comentários à Lei n. 13.655/2018 (Lei da Segurança Jurídica para Inovação Pública)**. Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas. Belo Horizonte: Fórum, 2019, pp. 83/84.

²⁵¹ Por *adequação* entende-se que o regime de transição apresentado deva levar à realização de um fim “porque a qualidade da avaliação e da projeção – e, portanto, a atuação da Administração – deve ser averiguada de acordo com as circunstâncias existentes no momento dessa atuação”; a *necessidade*, por seu turno, envolve duas etapas de investigação: (i) “exame da igualdade de adequação dos meios, para verificar se os meios alternativos promovem igualmente o fim” e (ii) “exame do meio menos restritivo, para examinar se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais colateralmente afetados” e; a *proporcionalidade em sentido estrito*, que se perfaz na “comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição de direitos”. In ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018, pp. 210/219.

eventuais falhas e omissões do Poder Público. É nesse percurso de construção da solução transacional que estará exposta toda a motivação e as justificações para cada conduta, cada escolha, com seus respectivos possíveis desdobramentos já razoavelmente delineados, devendo a sindicabilidade judicial se ater ao controle das falhas e omissões das autoridades administrativas, sem tentar, no entanto, substituí-las²⁵², pois “não é dado ao julgador escolher o melhor meio sem um motivo manifesto de inadequação do meio eleito pela Administração para escolher o fim”²⁵³ já que “somente uma comprovação cabal da inadequação permite a invalidação da escolha do gestor ou do administrador”²⁵⁴.

Necessário ter muito cuidado na definição dessa densidade do controle judicial sobre os atos administrativos, pois não há uma lógica pura e simplesmente normativa que consiga abarcar a totalidade dos desdobramentos enfrentados, devendo tal controle atentar também aos procedimentos escolhidos pela Administração e também para as atribuições e responsabilidades respectivas de cada órgão decisor, para tentar apresentar critérios jurídicos adequados²⁵⁵.

Em vez de um grau estático pré-existente que gire em torno da controlabilidade judicial de tais regimes transacionais, como se fossem categorias singelamente binárias – do tipo ato vinculado *versus* ato discricionário, por exemplo –, impõem-se a necessidade da propositura de *standards* para distribuir de forma dinâmica as tarefas entre Administração e Poder Judiciário²⁵⁶ de maneira “funcionalmente adequada”, que leve em conta não apenas a programação normativa que orbite cada situação enfrentada²⁵⁷, como também observe a capacidade institucional dos envolvidos (considerando sua estrutura orgânica, legitimidade democrática, meios de atuação, aptidão técnica etc.) “para decidir sobre a propriedade e a intensidade da revisão jurisdicional de decisões administrativas, sobretudo as mais complexas e técnicas”²⁵⁸.

²⁵² SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. São Paulo, Malheiros, 2003, p. 217

²⁵³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 214

²⁵⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 215.

²⁵⁵ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3 ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, pp. 39/40.

²⁵⁶ Tendo em vista o corte epistemológico proposto e as limitações de tempo e de espaço que limitam o presente artigo, o estudo sobre a fixação de tais *standards*, por ser riquíssima quanto ao debate que lhe subjaz, merecerá um estudo posterior específico.

²⁵⁷ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3 ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 40.

²⁵⁸ KRELL, Andreas Joachin. **Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental. O Controle dos Conceitos Jurídicos Indeterminados e a Competência dos Órgãos Ambientais. Um Estudo Comparado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 18, p. 45.

Essa sindicabilidade estará fatalmente vinculada ao decisor demonstrar o acato à proporcionalidade, suportando todos os ônus da argumentação que derem lastro ao seu entendimento na fixação de cada regime de transição com base no art. 23, que deve ser justo, cabendo aos atingidos a demonstração de eventual desproporcionalidade (juízo negativo do proporcional) como base para invalidação da transição e de eventual suspensão de seus respectivos efeitos até a escoreita modulação de seus efeitos²⁵⁹.

Não obstante, o acato pelos envolvidos às noções de continuidade, calculabilidade e segurança jurídica se mostram deveras relevante ao caso em estudo.

4.2.3 Segurança Jurídica e Provisoriedade dos Regimes de Transição

Todo texto de lei, presume-se, tem sua construção arrimada no enfrentamento dos anseios da sociedade a que é direcionada; busca fazê-lo de uma forma que seja eliminada ou, ao menos, reduzida, qualquer tipo de insegurança, fomentando a previsibilidade. Sempre que se dialoga no direito sobre conceitos indeterminados, abstratos, discricionariedade, ou seja, sempre que se está diante de uma possível pluralidade interpretativa do intérprete, que por vezes culmina na multiplicidade de soluções viáveis (juridicamente falando), a insegurança jurídica fatalmente estará no cerne da discussão.

Toda e qualquer construção que se valha da discricionariedade como um dos ferramentais para sua existência, como é o caso do regime de transição, que atua na mudança de rumos interpretativos e nas inovações sobre dever ou condicionamento de direito, certamente trará ao debate as mais distintas, complexas e brilhantes teorias do direito, algumas contra e outras a favor do uso do dito instituto.

A confecção de qualquer regime de transição, do mais simples ao mais complexo, transitando por situações de impacto mínimo àquelas que afetarão milhares, demanda o uso da discricionariedade. No entanto, como defendido acima, não é um cheque em branco. Por mais que o decisor possua liberdade de trânsito entre determinados conceitos na fixação das regras de transição, são esses mesmos conceitos que limitam e condicionam sua atividade, impondo possibilidade de análise da juridicidade a qualquer mecanismo adotado, bem como suas respectivas especificidades. É com base no uso correto da proporcionalidade, sob um prisma sistêmico de legalidade, que se viabiliza tanto o diálogo entre os envolvidos quanto possibilita

²⁵⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Comentários à Lei n. 13.655/2018 (Lei da Segurança Jurídica para Inovação Pública)**. Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 86.

a sindicabilidade dos atos administrativos aí englobados pela previsão do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

A necessidade do regime de transição ser estabelecido de forma equânime e proporcional, com sua validade condicionada ainda à esmerada motivação sobre a dosagem aplicada, faz com que tal instituto tenha sido proposto não com as vestes do vetusto argumento de autoridade, mas sim validando-se pela autoridade do argumento, cuja interpretação possui valor normativo²⁶⁰ e deve ser utilizada na construção sistemática da segurança jurídica²⁶¹, levando em conta sua desejável e necessária calculabilidade diante da continuidade do direito. Tal fator, inclusive, coaduna com o teor do art. 30, também da LINDB, que prevê que “as autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas”.

4.2.3.1 Segurança Jurídica do Movimento

O direito envelhece. As soluções que ontem serviam perfeitamente, em maior ou menor medida, podem precisar hoje de rediscussão. É o movimento da sociedade que a mantém viva, num dinâmico evoluir econômico e social. Enquanto ciência eminentemente social, o direito não pode, por conseguinte, ser visto apenas como garantidor do passado por meio de conceitos lastreados em coisas jurídicas acabadas e em imutabilidades. Se assim fosse, proibindo toda sorte de mudanças e inovações – que representam o movimento aqui exposto –, certo é que o direito seria um meio de estagnação da sociedade, não sendo razoável, portanto, conceber que ele se torne algo imutável. Pelo contrário, a mudança deveria causar o menor trauma, a menor comoção, às relações jurídicas passadas²⁶².

Nas discussões em torno do aventado dinamismo e movimento inerentes à mudança é que ganham corpo as discussões em torno da necessidade de se buscar, mesmo em tais momentos, vieses que proporcionem aos jurisdicionados um cenário que comporte e fomente a segurança jurídica.

²⁶⁰ GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 80/82.

²⁶¹ SUNDFELD, Carlos Ari. SOUZA, Rodrigo Pagani de. JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Interpretações administrativas aderem à lei? **RDA – Revista de Direito Administrativo**. V. 260. Rio de Janeiro, 2012, p. 97/132.

²⁶² ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização do direito tributário**. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, pp. 130 e 606.

Por segurança jurídica há quem a enxergue na capacidade do administrado “poder entender, com exatidão, o conteúdo normativo das normas, quer gerais, quer individuais”²⁶³ ou, ainda, que sua configuração exigiria que o cidadão seja capaz de assimilar todas as possibilidades de sentido de um texto normativo a partir de seus núcleos de significação, a serem reconstruídos em processos argumentativos e que, assim, seriam controláveis intersubjetivamente.

A partir deste último conceito poder-se-ia falar em determinabilidade e certeza (relativa) da ciência jurídica, se encaixando nessa acepção o argumento de que a segurança jurídica é algo a ser progressivamente atingido²⁶⁴ e que seria uma “ficção” para detalhar um ideal “aproximadamente realizável”²⁶⁵.

Fácil perceber que a construção da segurança jurídica, nos moldes suscitados, prescinde do movimento e se baseia em conceitos de imutabilidade e de previsibilidade. É com base nesse raciocínio, diante do artigo 23 que se pode afirmar que o conceito da segurança jurídica deve (e pode) ser pensado sob um prisma que abranja o movimento.

Em primeiro lugar, sob a ótica de estudo aqui exposta, a segurança jurídica deve ser erigida e reforçada com base na oposição do conceito de imutabilidade contra o da confiabilidade, onde a segurança jurídica seria compreendida como exigência de “estabilidade na mudança”, protegendo situações subjetivas asseguradas para a continuidade do ordenamento jurídico, num fluxo realizável nas regras de transição e cláusulas de equidade.

O cenário que bem define confiabilidade se perfaz num ordenamento jurídico que proteja expectativas e assegure mudanças estáveis (e que não sejam bruscas) e, por mais paradoxal que tal afirmativa possa parecer, é justamente o movimento que representa a condição *sine que non* da estabilidade, tal qual um ciclista em sua bicicleta: se ele parar, cai²⁶⁶.

Doutra banda, no que toca à eficácia futura do direito, deve a previsibilidade ser substituída pela calculabilidade. A primeira tem sua significação atrelada a uma segurança jurídica em que o particular conhece com exatidão, atualmente, o Direito do futuro, podendo antecipar a decisão que irá incidir sobre o ato praticado no presente; a segunda gira em torno da capacidade do cidadão, em grande medida, diagnosticar os limites do âmbito discricionário de ação do Estado nos atos que ele, cidadão, pratica, isto é, os limites de intervenção do Poder

²⁶³ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 128.

²⁶⁴ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 129.

²⁶⁵ KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. 2 ed. Wien: Franz Deuticke, 1960, p. 353.

²⁶⁶ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 131.

Público²⁶⁷. Portanto, a previsibilidade não comporta o movimento, a mudança e a inovação, ao contrário da calculabilidade, que tem em seu conceito margem para tanto.

No cenário proposto e lastreado na confiabilidade e na calculabilidade há que se verificar se a regra de transição será apta a construir pontes de continuidade para reduzir os efeitos da mudança, analisando-se, inclusive, caso a caso, os prejuízos que o regime de transição pode gerar em contraponto à intensidade da oneração que uma mudança brusca acarretaria aos afetados, equilibrando as razões e o peso da mudança almejada. Os argumentos devem ser racionais, compreensíveis e suficientes para perguntas sobre “como” mudar. É justamente nesse ponto que continuidade jurídica e a confiabilidade (ou proteção da confiança) dos afetados passam a integrar tal análise, levando em conta os caracteres da calculabilidade para que não haja, nesta equação, nenhum tipo de supercompensação ou de subcompensação aos afetados²⁶⁸.

Frise-se que a exigência de calculabilidade não impede a mudança²⁶⁹, mantendo relação direta com a duração de tempo do regime de transição, “que liga o passado e o futuro, tornando o passado (que não é mais) algo interessante, e o futuro (que ainda não ocorreu), um crédito”²⁷⁰. Essa limitação do âmbito de atuação proporcionada pela calculabilidade reduz o número de opções, retirando das “possíveis escolhas” as mais discrepantes, permitindo que o indivíduo tenha como planejar seu futuro autonomamente e com liberdade²⁷¹.

O instituto Brasileiro de Direito Administrativo abordou tal matéria com o viés aqui defendido em um de seus enunciados sobre a LINDB, especificamente o de n. 17²⁷², a saber:

17. É imprescindível, a partir da ideia de confiança legítima, considerar a expectativa de direito como juridicamente relevante diante do comportamento inovador da Administração Pública, preservando-se o máximo possível as relações jurídicas em andamento. Neste contexto, torna-se obrigatória, sempre para evitar consequências desproporcionais, a criação de regime de transição, com vigência ou

²⁶⁷ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, pp. 131/132.

²⁶⁸ CABRAL, Antonio do Passo. **Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo**: introdução ao art. 23 da LINDB. Salvador: Editora Juspodium, 2020, pp. 219/220.

²⁶⁹ GRAU, Eros Roberto. **O Direito posto e o Direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 185.

²⁷⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Anterioridade e irretroatividade no campo tributário**. São Paulo: RDDT, 2001, p. 125.

²⁷¹ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 597.

²⁷² O Instituto Brasileiro de Direito Administrativo – IBDA apresentou, em junho de 2019, algumas propostas de enunciados relativos à interpretação da LINDB e seus impactos no Direito Administrativo, sendo de bom grado destacar os de n. 02, 03, 04, 05, 06 e 09, que versam especificamente sobre o conteúdo e alcance do art. 20, aqui tratado. Sobre o tema, consultar INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO – IBDA. **Enunciados relativos à interpretação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB e seus impactos no Direito Administrativo**. Enunciados, Tiradentes/MG. 14/06/2019. Disponível em: <<http://ibda.com.br/noticia/seminario-promovido-pelo-ibda-aprova-enunciados-sobre-a-lindb>>. Acesso em: 20 mai. 2020.

modulação para o futuro dos efeitos de novas disposições ou orientações administrativas.

Assim, com os regimes de transição “busca-se, na verdade, a segurança do movimento”²⁷³ num cenário que proporciona aos jurisdicionados um panorama de maior confiabilidade e de calculabilidade, construindo pontes de transição entre o velho e o novo, evitando mudanças abruptas, suavizando os efeitos de qualquer alteração ou inovação interpretativa.

4.2.3.2 A Provisoriedade do Regime de Transição

Um dos fatores que confere maior segurança jurídica aos regimes de transição está no fato dele não ser perene, tendo, portanto, na provisoriedade uma de suas mais importantes características para findar sua eficácia ou prever sua reavaliação. Tal prazo se mostra relevante para que os indivíduos – sejam eles pessoas naturais ou jurídicas, dentro da formação de confiabilidade e calculabilidade – possam se programar em torno do regime transacional, sabedores da extensão temporal da transição ou, ao menos, quando seu conteúdo será reanalisado, fator este importantíssimo na adoção de suas escolhas comportamentais e no planejamento de suas vidas e/ou negócios²⁷⁴.

O prolongamento da regra de transição será proporcional à severidade da alteração regulativa, isto é, quanto mais intensa for a mudança maior deve ser o seu período de adaptação. A fundamentação acerca da escolha de determinado prazo, assim como os demais pontos do regime de transição, deve ser objeto de atenção específica, para que se saiba os porquês da adoção de determinado lapso temporal em detrimento de outros, consideração esta que, ausente, poderia até gerar dúvidas numa análise sob o prisma do princípio da igualdade²⁷⁵.

Tal detalhamento, que num primeiro olhar pode parecer excessivo, deve ser feito à luz das minudências e da concreção de cada caso, provendo de forma limitada às partes e com acato aos limitadores legais previstos no sistema jurídico, balizado pela proporcionalidade do ato discricionário que o determinar, sendo menos emblemática nas definições de sua extensão do que seria uma lei, que não consegue antever a totalidade e as vicissitudes das situações

²⁷³ ROCHA, Carmén Lúcia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade. In Carmém Lúcia Antunes Rocha (org.), **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. Estudo em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 168.

²⁷⁴ CABRAL, Antonio do Passo. **Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo**: introdução ao art. 23 da LINDB. Salvador: Editora Juspodium, 2020, p. 221.

²⁷⁵ CABRAL, Antonio do Passo. **Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo**: introdução ao art. 23 da LINDB. Salvador: Editora Juspodium, 2020, pp. 221/222.

vindouras. A proximidade do regime de transição com a realidade que deseja modular facilita a determinação dos modais de ação, incluindo a dosimetria temporal respectiva.

Essa gestão do tempo e sua correta dosagem é essencial para preservar a segurança jurídica, porque criadora de expectativas já que a “segurança jurídica exige uma gestão prudencial do tempo no direito”²⁷⁶.

Logo, por tudo quanto exposto, percebe-se no artigo 23 uma ferramenta importantíssima na construção de uma gestão pública que tenha possibilidades de apresentar mudanças de posicionamento jurídico ou mesmo ser submetida a tais mudanças, sem que com isso sejam impostos quaisquer prejuízos a qualquer dos envolvidos. Sem sancionamentos desarrazoados nem perseguições. Garante-se a segurança na travessia da ponte do pensamento velho para o pensamento novo, sem que o trajeto retire a confiabilidade do sistema ou mesmo traga surpresas desagradáveis aos afetados, situação apta a carregar consigo mais uma obrigação a ser atendida pelos magistrados na análise do Direito Público, demandando mais complexidade desse tão importante mister.

Para além, desestimula o ativismo judicial, pois a simplória existência de um sistema de transição faz com que eventual “surpresa” seja menos danosa ou nem o seja, a depender do caso. A mudança planejada pavimenta o caminho da segurança jurídica de um sistema totalmente dinâmico.

²⁷⁶ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p 606.

5. CONCLUSÃO

Ser um Administrador Público, em quaisquer dos variados níveis de atuação, não é fácil. Nesse cenário, é bom perceber que o Direito Administrativo mudou para melhor com a entrada em vigor os artigos 20, 21, 22 e 23 da Lei n. 13.655/2018. Se bem utilizada pelo Poder Judiciário e pelas demais autoridades que se valem do Direito Administrativo como ferramenta de trabalho, fica claro combate a vetustas e nocivas balizas da ciência em estudo.

Não há mais tempo, recursos e espaço para uma legalidade estrita nos moldes antigos, ou mesmo para uma busca cega pelo menor preço em detrimento de outros pontos que devem ser observados nas aquisições e contratações efetuadas pelo Poder Público, nem muito menos para um cenário de hipercontrole que alija o agir administrativo. É tempo de desmarginalizar a atividade política, reduzindo travas burocráticas e adotando o entendimento de que a Constituição Federal de 1988 propôs um estado ideal que levará algum tempo para ser implementado.

A divisão de poderes, firme no mecanismo constitucional dos freios e contrapesos, foi afetada e redesenhada de forma quase que solitária pelo Poder Judiciário. Tornou-se panaceia social, política e moral. O quadro normativo e o modo como ele é aplicado pelo Poder Judiciário leva a um hipercontrole que comprime a autonomia administrativa e acaba por marginalizar a atuação da Administração Pública, muitas vezes infantilizando-a e esgotando-a diante da exigência cada vez mais incisiva do extenso rol de direitos fundamentais contidos na Constituição Federal de 1988.

É preciso maturidade para desenvolver a sociedade para a implementação do extenso rol de direitos, numa maior medida possível, num ambiente colaborativo de todos os atores envolvidos para que esse objeto de maturação e contínua evolução possa ser atingido ou ao menos projetado com algo real, palpável, factível. Infelizmente, essa evolução leva tempo, como qualquer outro processo complexo.

A ampliação da juridicidade e da busca pela eficiência administrativa conferem ao gestor público maior e mais seguro espaço de atuação, garantindo-lhe maior autonomia administrativa, segurança jurídica e previsibilidade, para entender de forma mais clara o sistema que o cerca, os limites de sua atuação e suas consequências, as possibilidades ao seu alcance e os limites de atuação que, caso rompidos, validam a intervenção judicial, que não pode ser errática, voluntariosa e subjetiva.

Cabe ao Judiciário, diante da norma em estudo, conter seus ânimos visando atender ao seu papel institucional, respeitando o mecanismo constitucional de freios e contrapesos.

Necessário além da citada autocontenção judicial, um maior acato ao princípio da deferência institucional para com o Poder Executivo, muitas vezes dotado de larga experiência operacional e expertise técnica em matéria de aplicação efetiva de políticas públicas diversas, muitas vezes distantes do espectro de conhecimento técnico judicial.

Não há que se eliminar o ativismo judicial. Ele é um dos problemas e não o problema. Eliminá-lo seria impossível sob certo ponto de vista, pois já se instaurou e se tornou parte de nosso sistema legal, possuindo vida própria. Limitá-lo e impor maiores limites e ônus argumentativos, por si só, melhora a qualidade e os desdobramentos das decisões judiciais que afetem diretamente a gestão pública, mesmo que sejam ativistas. O estado atual de coisas precisa ser desconstruído para destravar o poder decisório do gestor, conferindo-lhe segurança jurídica e previsibilidade no ato de inovar, atraindo (e mantendo) para a gestão pública o bom gestor, bem intencionado e qualificado.

É inadmissível que haja intervenção judicial que atinja de forma direta orçamento, planejamento e execução de importantes políticas públicas sem uma preocupação mínima com as consequências dela advindas, ou mesmo desconsiderando os entraves e as dificuldades que limitam ou impendem o atuar do gestor público. Inviável não se considerar as consequências, mesmo que de forma pontual, para a tomada de qualquer decisão judicial interventiva ou mesmo que responsabilize o gestor público que errou tentando inovar.

Outrossim, mesmo que não se trate o Direito como algo pronto e acabado, ou seja, aceitando-se que ele está em constante mudança e adaptação, é necessário que sua alteração contínua e incessante seja feita a partir de referenciais intersubjetivamente controláveis, acessíveis e claros. Isso é feito a partir de decisões fundamentadas, complexas e densas, que devem atacar cada caso concreto enfrentando suas vicissitudes unívocas e irrepetíveis de cada caso.

O gestor público não precisa de acolhimento, carinho ou cuidado. Ele não é inocente, um coitado. O gestor público precisa de segurança jurídica, previsibilidade, diálogo e espaço de atuação, além de uma mínima deferência para com suas decisões e escolhas que acatem o que se espera do Direito Administrativo bem aplicado, pois esse é o espaço que lhe fora reservado por nosso sistema jurídico.

Exerce ele uma atividade importante e que merece ser protegida quando bem executada. Transformar em realidade o que é dito em folhas de papel, comandando o gasto de dinheiro público, é algo de grande relevo e todo cuidado é pouco, notadamente diante de um judiciário que, muitas vezes, está ávido por “empurrar a história”. Considerar consequências,

respeitar limitações que condicionam o agir e modular decisões com sistemas de transição é um começo para valorizar essa figura importante para toda a sociedade.

O sistema jurídico-administrativo que orbita o gestor precisava dessa novidade. Já temos ela no sistema. Agora é implantar e colher resultados.

Afinal, como dizia o celebrado mestre Ariano Suassuna “em redor do buraco, tudo é beira”²⁷⁷.

²⁷⁷ VIEIRA, Francisco Jacson Martins. POMPEU. Ana Maria Cesar. **“Em redor do buraco tudo é beira: a ação do herói bufão no inferno paródico de rãs, de aristófanes e no auto da compadecida, de ariano SUASSUNA.** Disponível em: <<http://www.periodicos.ufc.br/eu/article/view/27010>>. Acesso em: 15 dez. 2022.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. Consequencialismo jurídico: o lugar da análise de consequências em direito e os perigos do ativismo judicial consequencialista. **Revista dos Tribunais**. Vol. 1009/2019. P. 123-135, nov. 2019.

ABBOUD, Georges. Discrecionalidade Administrativa e Judicial: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2014.

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2020.

ABBOUD, George. SCAVUZZI, Maira. FERNANDES, Ricardo Yamim. Atuação do STF na pandemia. Fine line entre aplicação da CF e ativismo judicial. **Revista dos Tribunais**. Vol. 1020/2020. P. 77/97. Out/2020.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Virgílio Afonso da Silva, tradução. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. Controle Jurisdicional das Políticas Públicas. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/317/176>>. Acesso em: 19 jul 2021.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. Interpretação consequencialista e análise econômica do direito público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e economicidade. *In*: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; BINENBOJN, Gustavo. (Org.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição e aplicação dos princípios jurídicos**. 18 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

BAPTISTA, Patrícia Ferreira. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5. Número Especial, p. 23-50. Brasília: Uniceub, 2015.

BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à constitucionalização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. In: Temas de direito constitucional, tomo IV, 2009, no prelo.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Suffragium - **Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

BELTRÃO, Hélio. **Descentralização e liberdade**. 3 ed. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 2002.

BENTHAN, Jeremy. **A Introduction to the Principles and Morals and Legislation**. South Carolina: Creatspace Independent Publish Platform, 2016.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BOCCATO, Esdras. As deficiências do Poder Legislativo como fator de impulsão do ativismo judicial no Brasil. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 90/2015. São Paulo: 2015.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 fev. 2022.

BRASIL **Decreto-Lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 22 jun. 2021.

BRASIL. **Decreto 9.830/2019, de 10 de junho de 2018**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm>. Acesso em: 06 dez. 2020.

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm>. Acesso em: 09 jun. 2021.

BRASIL. **Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm>. Acesso em: 13 mar. 2022.

BRASIL. **Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm>. Acesso em 01 ago. 2021.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 26 jan. 2021.

BRASIL. **Lei n. 14.133/2021, de 01 de abril de 2021**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm>. Acesso em: 04 ago. 2021.

BRASIL. **Medida Provisória n. 966, de 13 de maio de 2020**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv966.htm>. Acesso em 30 mar. 2022.

BRASIL. SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado n. 349**, de 2015. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121664>>. Acesso em: 12 mar. 2022.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial n. 430.526/SP**. Min. Luiz Fux.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Cautelar n. 4.327**. (Pub. 14.05.2021). Ministro Edson Fachin.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 605** (publicada em 05.03.93) Rel. Min. Celso de Mello.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.081/DF**. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9175293>>. Acesso em: 22 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6421**. Rel. Ministro Roberto Barroso.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6428**. Rel. Ministro Roberto Barroso.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.915**. Rel. Ministro Nunes Marques.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347**. (Julgada em 18.03.2020, pub. 01.07.2020). Min. Marco Aurélio Mello.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário n. 273.834/RS**. Min. Celso de Mello.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Processo TC 008.845/2018-2**. Disponível em:

<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/processo/*/NUMEROSOMENTENUMEROS%253A884520182/DTAUTUACAOORDENACAO%2520desc%252C%2520NUMEROCO MZEROS%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 20 mai. 2022.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A breve história do positivismo descritivo: o que resta do positivismo jurídico depois de H. L. A. Hart? **Revista dos Novos Estudos Jurídicos**, v. 20, n. 1, jan.-abr. 2015.

CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 3 ed. rev. e atual. Salvador: Editora Juspodium, 2018.

CABRAL, Antonio do Passo. **Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo**: introdução ao art. 23 da LINDB. Salvador: Editora Juspodium, 2020, p. 219.

CALSAMIGLIA, Albert. **Pospositivismo**. *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 21, p. 209-220, 1998.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo**: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário. 2009. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-03062011-114104/>>.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31ª ed. Rio de Janeiro: Gen/Atlas, 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Paradigmas do Direito Administrativo Contemporâneo. PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *In* **Mutações do direito administrativo**: estudos em homenagem ao Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Tratado de direito administrativo**. 3 ed. Rio de Janeiro: Freitas Basto, 1955, vol. 1.

CAVALCANTI FILHO, Theophilo. **O problema da segurança no Direito**. São Paulo: Ed. RT, 1964.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; CLÈVE, Ana Carolina de Camargo. A evolução da fidelidade partidária na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: KEPPEN, Luiz Fernando Tomasi; SALGADO, Eneida Desiree (Orgs.). **Direito eleitoral contemporâneo**: 70 anos da redemocratização pós-ditadura Vargas e da reinstalação da Justiça Eleitoral. Curitiba: Tribunal Regional Eleitoral do Paraná, 2016.

COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. (Trad.). Porto Alegre: Bookman, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discrecionariade administrativa da Constituição de 1988**. São Paulo, Atlas, 1991.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites do controle externo da Administração Pública: ainda é possível falar em discrecionariade administrativa? *In* **Mutações do Direito Administrativo: estudo em homenagem ao Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto**. PEIXINHO, Manoel Messias. PEREIRA JÚNIOR, José Torres. MOURA, Emerson Affonso da Costa (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Método, 2007.

DIDIER, Fredie Souza. **Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão:** interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte, ano 19, jan./mar, 2019, n. 75.

ECO, Umberto. **Interpretação e superinterpretação.** Trad.: Mônica Stahel. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ENTERRÍA, Eduardo García de. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo.** Vol. I. 7. ed. Madrid: Civitas, 1995.

FALCÃO FILHO, José Marçal de Aranha. Discricionariedade Administrativa, regras de transição e segurança jurídica: a administração pública e o art. 23 da LINDB. In: CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. (Org.). **Direito Administrativo Democrata.** 1 ed. Curitiba: Juruá, 2021, p. 205-235.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Anterioridade e irretroatividade no campo tributário.** São Paulo: RDDT, 2001.

FRANÇA. Assembleia Nacional. **Declaração dos Direitos do Homem E do Cidadão de 1789.** Disponível em: <<https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf>>. Acesso em: 28 mai. 2022.

FRANÇA. Assembleia Nacional. **Do processo legislativo.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito.** 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRAU, Eros. **O Direito posto e o Direito pressuposto.** São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

GRAU, Eros. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios).** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GARSCHAGEN, Bruno. **Pare de acreditar no Governo – Por que os Brasileiros não confiam nos políticos’ e amam o Estado.** Rio de Janeiro: Record, 2015.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da Constituição.** 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2002.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **O direito Administrativo do Medo: a crise de ineficiência pelo controle**. Direito do Estado, seção Colunistas, n. 71, 30 jan. 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 jan. 2021.

HEINER, Ronald A. **The Origin of Predictable Behavior**. American Economic Review, 1983. *Apud*, MACKAAY, Ejan. ROSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Rachel Sztajn, tradução. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 27 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

HOLMES, Stephen. SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos** [livro eletrônico]. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, edição *kindle*.

GIANNINI, Massimo Severo. **Diritto Amministrativo**. 2 ed. Milano: Giuffrè, 1988, p. 483, *apud* ABOUD, Georges. Discricionarietà Administrativa e Judicial: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2014.

GICO JR., Ivo. Introdução ao direito e economia. In: TIMM, Luciano Benetti Timm e outros (orgs). **Direito e Economia no Brasil**, São Paulo: Atlas, 2012.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO – IBDA. **Enunciados relativos à interpretação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB e seus impactos no Direito Administrativo**. Enunciados, Tiradentes/MG. 14/06/2019. Disponível em: <<http://ibda.com.br/noticia/seminario-promovido-pelo-ibda-aprova-enunciados-sobre-a-lindb>>. Acesso em: 20 mai. 2020.

JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB. Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 63-92, nov. 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB – Dever de transparência e proporcionalidade nas decisões públicas. In: **Revista de Direito Administrativo, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018)**. Rio de Janeiro: FGV, 2018.

KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. 2 ed. Wien: Franz Deuticke, 1960, p. 353.

KRELL, Andreas Joachin. **Discrecionalidade Administrativa e Proteção Ambiental. O Controle dos Conceitos Jurídicos Indeterminados e a Competência dos Órgãos Ambientais. Um Estudo Comparado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

KRELL, Andreas J.. Para além do fornecimento de medicamento para indivíduos – O exercício da cidadania jurídica como resposta a falta de efetivação dos direitos fundamentais sociais: em defesa de um ativismo judicial moderado no controle de políticas públicas. *In*: Feitosa, Enoque *et all* (Org.). **O Judiciário e o discurso dos direitos humanos.** Recife: Edit. Univ. UFPE, 2012, v. 2, p. 135-179.

LEAL, Roger Stiefelmann. **A judicialização da política.** Disponível em: <<http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal1.htm>>. Acesso em: 03 mar. 2022.

LEITE, Edgard. BUCCOLO, Márcia. **Após um ano em vigor, nova Lei de Licitações foi aplicada apenas em 3 estados.** Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/apos-um-ano-em-vigor-nova-lei-de-licitacoes-foi-aplicada-apenas-em-3-estados-11042022>>. Acesso em: 15 abr. 2022.

MACKAAY, Ejan. ROSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito.** Rachel Sztajn, tradução. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MARQUES, Ana Luiza; WERNECK, Isadora. A utilização do design jurídico como ferramenta de acesso à justiça. *In* FEIGELSON, Bruno; BECKER, Daniel; RODRIGUES, Marco Antonio (Org.). **Litigation 4.0.** São Paulo: RT, 2021.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Artigo 23. *In* Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018) – **Revista Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: FGV, 2018.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo.. **Comentários à Lei n. 13.655/2018 (Lei da Segurança Jurídica para Inovação Pública).** Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo.. Os serviços de interesse econômico geral e a recentes transformações dos serviços públicos. *In*: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de, e outros (orgs.). **Direito Público em evolução – Estudos em Homenagem à Professora Odete Medauar.** Belo Horizonte: Fórum, 2013.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo.. **Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial da Administração**. Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 2, n. 14. abr. 2002.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo.. **Regulação Estatal e Interesses Públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de Palma. Os sete impasses do controle da administração pública. In: PEREZ, Marcos Augusto. SOUZA, Rodrigo Pagani. **Controle da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

MENDONÇA, José Vicente Santos. A verdadeira mudança de paradigmas do Direito Administrativo brasileiro: do estilo tradicional ao novo estilo. **Revista de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: 2014, n. 265.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Indicando consequências e regularizando atos e negócios. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei no 13.655/2018), p. 43-61, nov. 2018.

MILL, John Stuart. **The Basic writings of John Stuar Mill**. London: Random House, 2002, p. 9-122; MILL, John Stuart. Utilitarismo. Porto: Porto Editora, 2005.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MOREIRA, Egon Bockman. Direito Administrativo da escassez, contratações públicas e segurança jurídica: o que temos a aprender com a crise permanente. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte, ano 16, n. 61, pp. 55/76, jan./mar. 2018.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro. Renovar, 2006.

MORETTI, Deborah Aline Antonucci. DA COSTA. Yvete Flavio. A importância do ativismo judicial na implementação dos direitos sociais não implementados pelo poder público. **Revista De Direitos E Garantias Fundamentais**, v. 17, n. 1., jan/jun 2016, 111-134. Disponível em: <<https://doi.org/10.18759/rdgf.v17i1.750>>. Acesso em: 16 jan. 2021.

MULLER, Friedrich. Metodologia do Direito Constitucional. 4. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2011.

MULLER, Friedrich. O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódia estruturantes. 3 ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2013.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NIEBURH, Joel de Menezes. NIEBURH, Pedro de Menezes. **Administração Pública do Medo**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/administracao-publica-do-medo-09112017/amp>>. Acesso em: 08 jun. 2021.

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.

NÓBREGA, Marcos. **Direito e economia da infraestrutura**. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

NÓBREGA, Marcos. **O projeto da nova lei de licitação, o “fetiche da mediocridade” e o empecilho ao *best value for money***. Disponível em: <http://www.licitacaocontrato.com.br/assets/artigos/artigo_download_79.pdf> Acesso em: 30 mai. 2022.

NÓBREGA, Marcos. JURUBEBA, Diego Franco de Araújo. **Assimetrias informacionais na Nova Lei de Licitações o problema da seleção adversa**. Disponível em: <<https://irbcontas.org.br/wp-content/uploads/2021/09/Artigo-MN-e-PD-Direito-e-Desenv.-GP.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2022.

NOHARA, Irene Patrícia. O tabu da proporcionalidade e a justiça do caso concreto. PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *In* **Mutações do direito administrativo**: estudos em homenagem ao Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

NOVAIS DE PAULA, Eduardo Loula. Reforma Administrativa: novos princípios da Administração Pública. *In* **Revista do TCU**, n. 146, pp. 38/55, Jul./Dez. 2020, p. 44. Disponível em: <<https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/1673>>. Acesso em: 29 jun. 2021.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A releitura do direito administrativo à luz do pragmatismo. In: **RDA – Revista de Direito Administrativo**, v. 256, p. 129-163. jan./abr. Rio de Janeiro: FGV, 2011, p. 130. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8496/7245>>. Acesso em: 23 jul. 2020.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Precedentes administrativos no Brasil. PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. In **Mutações do direito administrativo: estudos em homenagem ao Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Faria, Bruno Costa de. A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação. **Anais do X Simpósio de Direito Constitucional**. Disponível em: <<https://www.abdconst.com.br/anais2/JurisdicaoRafael.pdf>>. Acesso em: 29 jan. 2022.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil, vol. I**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. **Fundamentação das decisões judiciais: o controle da interpretação dos fatos e do direito no processo civil**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. DOTTI, Marinês Restolatti. **Convênios e outros instrumentos de “Administração Consensual” na gestão pública do século XXI: restrições em ano eleitoral**. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

PERELMAN, Chaïn. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PIRES, Luis Manoel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1946**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960, t. III.

POSNER, Richard A. **Law, pragmatismo and democracy**. Cambridge: Havard University Press, 2005.

POSNER, Richard A. **Para além do Direito**. Trad. Evandro Ferreira da Silva, São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

REIS, Tarcila. MONTEIRO, Vera. **Os tipos de gestores públicos**. Jota. 12 set. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/os-tipos-de-gestores-publicos-brasileiros-12092018>. Acesso em: 25 jun. 2021.

ROCHA, Carmén Lúcia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade. In Carmém Lúcia Antunes Rocha (org.), **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudo em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

ROSILHO, André. VILELLA, Mariana. MONTEIRO, Vera. **Onde estão os gestores públicos**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/onde-estao-os-gestores-publicos-07042022>>. Acesso em: 08 abr. 2022.

SALGADO, Eneida Desiree. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. **Revista Brasileira de Estudo Políticos**. N. 117, jul/dez. 2018.

SANCHES MORÓN, Miguel. **Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial**. Madrid: Tecnos, 1995.

SANTOS, Rodrigo Valga dos. **Direito Administrativo do Medo [livro eletrônico]**: risco e fuga da responsabilização dos agente públicos. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters, Brasil, 2020.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil**: riscos e possibilidades. Disponível em: <<http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/14701/material/Constitucional%201%20-%20Apostila%202%20-%203a.pdf>>. Acesso em: 25 ago. de 2020.

SILVEIRA, Marilda de Paula. Artigo 22. In **Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas**: desafios de uma sociedade democrática. PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Coord.). Brasília, Senado, 2015.

SOUSA, José Augusto Garcia de. **A tempestividade da Justiça no Processo Civil Brasileiro**. Salvador: Juspodium, 2020.

SUMMER, L. W. **Welfare, Happiness and Ethics**, Oxford: Oxford University Press, 1996.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo, Malheiros, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. 2ª Ed. Rev. e Amp. 2ª Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Uma nova lei para aumentar a qualidade jurídica das decisões públicas e de seu controle. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. SOUZA, Rodrigo Pagani de. JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Interpretações administrativas aderem à lei? **RDA – Revista de Direito Administrativo**. V. 260. Rio de Janeiro, 2012.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

VIEIRA, Francisco Jacson Martins. POMPEU. Ana Maria Cesar. “**Em redor do buraco tudo é beira**: a ação do herói bufão no inferno paródico de rãs, de aristófanés e no auto da compadecida, de ariano SUASSUNA. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufc.br/eu/article/view/27010>>. Acesso em: 15 dez. 2022.

VITORELLI, Edilson. **A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a ampliação dos parâmetros de controle dos atos administrativos discricionários**: o direito na era do consequencialismo, p. 11. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/82006>>. Acesso em: 06 ago. 2020.