

Deferência com as escolhas públicas

Deference to public choices

Marcelo Pereira dos Santos¹
Edna Raquel Hogemann²

Resumo

Este trabalho tem por objetivo identificar os limites decisão judicial sobre as escolhas planejadas da Administração Pública e descrever os possíveis desdobramentos da Lei 13.655/2018. Partindo-se da decisão da Suprema Corte norte americana sobre o caso Chevron, especificamente no que se refere às bases da deferência judicial para as regras administrativas, a pesquisa volta seu foco contra a atuação do Poder Judiciário sobre as escolhas públicas que se justificam pelas circunstâncias e especificidade técnica, afetas ao agir administrativo, conforme delimitação legislativa e planejamento prévio. Visando atingir o objetivo acima descrito, é empregada a metodologia dialético-descritiva que engloba o levantamento da bibliografia voltada para a temática, bem como a comparação de conceitos teóricos que viabilizem a construção de descrições críticas, a compreensão dos efeitos práticos dos processos de tomada de decisão no ambiente administrativo e detectar os motivos que levam a intervenções do Judiciário sobre o juízo da Administração.

Palavras-chave: Deferência; discricionariedade; Administração Pública; controle; escolhas públicas.

¹ Doutorando e Mestre em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá – UNESA/RJ. Coordenador de Curso da Universidade Estácio de Sá. Professor de Graduação e Pós-Graduação em Direito. Rio de Janeiro, Brasil. Email: marcelo.pereira.adm.ufrj@gmail.com.

² Professora Adjunta III do Curso de Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UniRio. Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Estácio de Sá – UNESA/RJ. Pesquisadora do GGINNS – Global Comparative Law. Governance, Innovation and Sustainability (Bioethics, Biolaw, Biotechnology) e do Grupo Direitos Humanos e Transformação Social. Rio de Janeiro, Brasil. Email: ershogemann@gmail.com.

Abstract

This work aims to identify the limits of the judicial decision on the planned choices of the public administration and to describe the possible consequences of the law 13.655/2018. Starting from the decision of the North American Supreme Court on the Chevron case, specifically with regard to the bases of the judicial deference to the administrative rules, the research focuses its focus on the action of the judiciary on public choices which are justified by the technical circumstances and specificity, affecting the administrative act, according to legislative delimitation and prior planning. Aiming to achieve the objective described above, the dialectical-descriptive methodology is used, which encompasses the survey of the bibliography focused on the theme, as well as the comparison of theoretical concepts that enable the construction of critical descriptions, the understanding of the practical effects of decision-making processes in the administrative environment and detecting the reasons that lead to judicial interventions on the judgment of the Administration.

Keywords: Deference; discretion; Public Administration; control; public choices.

Introdução

O problema que perpassa pelo tema da deferência com as escolhas da Administração Pública está diretamente relacionado com a discricionariedade administrativa, estabelecendo conexão com a Crítica Hermenêutica do Direito, difundida no Brasil por Lênio Streck³. Esta última, recai sobre o agir judicial e as fronteiras normativas que separam as decisões arbitrárias das sentenças/acórdãos vinculados às balizas constitucionais.

Diante dos avanços científicos e tecnológicos que arvoraram, como maior proeminência, no século XXI, o estudo do Direito contemporâneo transcende os fundamentos clássicos dogmáticos, exigindo do jurista uma análise das normas de modo mais reflexivo e ponderado, contudo, sem afastar o caráter coercitivo das regras impostas pelo Estado. É preciso ter em conta as ambivalências que decorrem do ambiente complexo que envolve os múltiplos interesses tutelados pela Constituição da República de 1988, o se mostra desafiador frente as tradições, a cultura e à estrutura estatal preestabelecida.

A dimensão da tripartição dos poderes, a autonomia e a independências dos órgãos governamentais por si só já não comportam as novas reivindicações da sociedade globalizada, imersa em uma atmosfera de riscos e incertezas. A velocidade

³ STRECK, Lênio. **Hermenêutica e jurisdição: diálogos com Lênio Streck**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 44.

dos fluxos de informação, as transformações sociais e as inovações do mercado inviabilizam a produção legislativa na mesma dinâmica, tornando alguns atos normativos anacrônicos ou ineficazes perante a uma realidade distanciada dos propósitos do legislador.

Pouco a pouco, o Judiciário se ocupa da competência dos congressistas para regular situações descobertas pela lei, definindo o agir das partes compreendidas em uma relação jurídica. Aqui reside um problema de caráter constitucional, uma vez que se não há um parâmetro legal, o juiz deve atentar para as referências delimitadas na Constituição. Entretanto, até onde iria a capacidade do magistrado para dirimir um conflito que requer conhecimento técnico, expertise ou vivência prática? Como medir a legitimidade da decisão judicial na hipótese de omissão e/ou ambiguidade normativa? O juiz seria parte legítima para decidir pelo gestor público no caso de implementação de políticas públicas?

1. Discricionariedade: dimensão semântica, judicial e administrativa

A vontade é um elemento que permite a pessoa exteriorizar seus desejos e negociar com o universo que o cerca para defesa de seus interesses. Assim, levando em consideração a autonomia que lhe é garantida, conforme sua capacidade, o indivíduo estará apto a fazer suas escolhas em busca da sua satisfação individual.

Isso pode se dar também no plano de grupos formados por uma coletividade de pessoas, onde as intenções são exteriorizadas por intermédio da representação, centralizada em um ou mais atores, dotados de autoridade para fazer determinadas escolhas. Seja no âmbito individual ou coletivo, se essas são elegíveis de modo livre e/ou sem restrições, ao critério de quem as manifesta, têm-se por discricionárias. Dessa forma, a discricionariedade é compreendida com uma característica da amplitude da liberdade no que se refere às preferências, prioridades e aos juízos que o sujeito se vale na sua vida prática⁴.

Sob a ótica jurídica, a discricionariedade consiste na “possibilidade, criada por uma norma originária, para o exercício de uma definição integrativa do interesse público específico nela previsto, por uma nova norma ou ato concreto derivado”. Nesse sentido, sua extensão é reconhecida como “discrição do legislador,

⁴ “*Discretion: choice, or the right to make a choice, based on judgment*”. LANDAU, Sidney I. **Cambridge dictionary of American English**. Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press, 2000, p. 243-244.

regulamentar, jurisdicional e governamental para exprimir a possibilidade jurídica do exercício de competências legais para integrar definições abstratas ou concretas do interesse público”⁵.

No campo da hermenêutica, a discricionariedade é objeto de observação naquilo que se refere ao espaço não tomado pela razão, circunstância que levará o intérprete preencher o vácuo legislativo de acordo com sua vontade. Vale ressaltar que, no Direito brasileiro, esse substantivo é tratado como sinônimo de arbitrariedade. Portanto, Streck destaca que a discricionariedade judicial deve ser compreendida como o “poder arbitrário delegado em favor do juiz para preencher os espaços da zona de penumbra do modelo de regras”⁶. A zona de incerteza, na perspectiva de Hart, é expressão da textura aberta que reveste parte do sistema jurídico, demandando sua integração diante da indeterminação que requer preenchimento para incidência da norma⁷. Isso reflete a impossibilidade da capacidade humana de conhecer os prováveis encaixes entre a lei e as contingências que irão se revelar no futuro.

Ainda tratando dos aspectos da discricionariedade judicial, Dworkin, parafraseando Austin⁸, assevera que o poder discricionário é conferido aos encarregados de cumprir as leis (os juízes) para criação de novas ordens, na medida em que surgiram diante de si “casos inéditos ou problemáticos”⁹. Entretanto, há de se considerar os três sentidos delimitados pelo autor: a) sentido fraco; b) sentido forte; e c) sentido limitado. Este último permite o manejo de duas ou mais alternativa, previamente atribuída pela autoridade que delimita o espaço de ação do intérprete. Desse modo, é equiparado às características da discricionariedade administrativa que será aludida nos parágrafos seguintes. Em contrapartida, a eminente distinção notada entre os sentidos fraco e forte é que neste último a decisão tomada não é objeto de

⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 32.

⁶ STRECK, Lênio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte (MG): Letramento: Casa do Direito, 2017, p. 54.

⁷ “Haverá na verdade casos simples que estão sempre a ocorrer em contextos semelhantes, aos quais as expressões gerais são claramente aplicáveis (se existir algo qualificável como um veículo, um automóvel é-o certamente), mas haverá também casos em que não é claro se se aplicam ou não (a expressão ‘veículo’, usada aqui, inclui bicicletas, aviões e patins?)”. HART, H.L.A. **The concept of law**. 2th ed. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 1994, p. 138-141.

⁸ AUSTIN, John. **The Province of jurisprudence determined**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1995.

⁹ “Os padrões que não são regras e são citados pelos juízes não impõem obrigações a estes”. DWORKIN, Ronald. **Talking rights seriously**. Cambridge, US: Harvard University Press, 1977, p. 135.

controle, pois o julgador “não está obrigado por quaisquer padrões derivados da autoridade da lei”¹⁰, adotando os princípios como parâmetro para suas escolhas.

A questão ganha nova conotação quando Ferrajoli afirma que os juízes não podem criar direito, restando apenas a atribuição de aplicá-lo ou não, tomando como referencial as disposições constitucionais. Significa dizer, que o magistrado atua somente sobre o domínio ilegítimo da política. Assim sendo, a discricionariedade judicial se sujeita ao controle empreendido por mecanismos idôneos que tenham por finalidade inibir qualquer juízo de natureza decisionista ou arbitrária¹¹, uma vez evidenciada sua contrariedade aos ideais de uma sociedade democrática¹².

Tomando como referência o pensamento de Ferrajoli, compreende-se que os juízes não gozam de liberdade absoluta e, tampouco, “livre convicção” para externar suas decisões, tendo em conta as delimitações legais e as fronteiras da Constituição operadas sob o paradigma do Estado Constitucional de Direito¹³.

Esses são alguns aspectos que devem ser considerados para que se possa avançar sobre o estudo do controle judicial concernente à discricionariedade administrativa, até porque as questões acima descritas precisam ser assimiladas como fenômeno da Teoria Geral do Direito, e, mais precisamente da teoria das fontes e da interpretação¹⁴.

Na esfera do Direito Administrativo, o vocábulo ganha um novo contorno para se alinhar a um contexto no qual o administrador é um ator fundamental na condução das funções do Estado e na defesa do interesse público. O gestor ocupa uma posição de comando na estrutura hierárquica da Administração, cujo encargo perpassa pela articulação do processo decisório que encontra arranjo definido na lei. De certa forma, é necessário que seja dotado de autonomia para operar a máquina administrativa, conforme os propósitos consignados na Constituição e nas normas

¹⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 55.

¹¹ Nessa perspectiva, Streck procura denunciar “o estado de poluição semântica e anemia a que o significado do termo pós-positivismo foi submetido, confundindo-se com a abertura interpretativa, ativismo ou protagonismo dos juízes-que-já-não-são-a-boca-da-lei”. STRECK, Lênio. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 99.

¹² FERRAJOLI, Luigi. **Principio iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho**. Madrid, ES: Editorial Trotta, 2013, p. 820

¹³ TRINDADE, André Karam. Garantismo *versus* neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasiliis*. In: FERRAJOLI, Luigi; ROSA, Alexandre Moraes da. (et. al.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 129-130.

¹⁴ AZARA, Antonio; EULA, Ernesto. **Novissimo Digesto Italiano**, verbete “Discrezionalità”. Vol. V. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1960, p. 1099-1108.

infraconstitucionais, sem se afastar da finalidade precípua do Estado. De outro modo, pode-se dizer que o legislador, em face da incapacidade de abarcar todos elementos essenciais à prática dos atos de execução, institui normas abertas para que sua integração se dê no plano concreto, “aludindo-se, implicitamente, ao motivo e ao objeto”¹⁵.

É certo que o campo de liberdade/autonomia atribuída ao administrador encontra assento na lei, a qual determina um agir em conformidade, deixando clara a relação de submissão entre a atividade administrativa e disposição normativa. As circunstâncias concretas encobrem contingências que não são perceptíveis ao Poder Legislativo quando da edição das regras remetidas à Administração, deixando uma abertura a ser preenchida de modo que seja alcançado o melhor resultado pretendido nos termos da finalidade legal¹⁶.

A noção antitética à discricionariedade enquadra-se no domínio da vinculação, onde somente se admite um único comportamento, aferível de forma objetiva, conforme positividade normativa que dispõe sobre a medida a ser adotada no plano prático. Aqui reside a regra de alta densidade, uma vez que sua aplicação não exige reflexão sobre o seu sentido, pois as situações por ela descrita são objetivamente reconhecíveis.

1.1 Discricionariedade e a *Chevron Theory*

No caso *Chevron U.S.A, Inc. versus Natural Resources Defense Council, Inc.*¹⁷, a Suprema Corte norte-americana definiu um novo *standard* para o controle judicial sobre a interpretação das regras promovidas pelas agências administrativa, consignando que a decisão independente dos tribunais deve proteger o poder interpretativo final das Agências. Em essência, entendeu o tribunal que a Administração Pública é detentora da primazia da interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados, compreendidos nas leis dirigidas a sua atividade. Por outro

¹⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 34.

¹⁶“A discricionariedade consiste precisamente em haver a lei franqueado antecipadamente, ao administrador, a escolha de uma entre várias soluções possíveis, ao lhe conferir liberdade de opção decisória ou ao mencionar pressupostos que não possuem precisão e rigor objetivos, os quais devem ser qualificados, em concreto, pela própria determinação do agente administrativo”. MELLO, Celso Antônio Bandeira. Discricionariedade – fundamentos, natureza e limites. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 122, out./dez., 1975, p. 2.

¹⁷ COURT SUPREME UNITED STATES. **Chevron USA Inc v Natural Resources Defense Council, Inc** 467 US 837, 1984.

lado, admitiu a intervenção judicial, em caráter excepcional. Essa excepcionalidade somente seria justificada em se tratando de casos teratológicos, de acordo com os critérios da necessidade, razoabilidade, proporcionalidade e adequação, visando sempre atingir a finalidade da norma.

Pode se extrair da decisão que a delegação do poder normativo às agências governamentais ou à Administração Pública em geral, no que se refere às matérias de natureza técnica, requer manifestação expressa ou implícita do Congresso para que não fique configurada usurpação de competência. A premissa que incide sobre a questão estabelece diferenças entre legislar e interpretar, independente do entendimento dos tribunais. Nessa perspectiva, cabe às agências o exercício de uma atribuição ora “quase-legislativa”, ora quase-judicial, circunstância determinante para delimitar a extensão constitucional, que merece ser observada com deferência¹⁸.

Para a Corte Suprema dos Estados Unidos, o juiz tem ingerência na apuração da clareza da lei; e, se esta é clara, tem ele o dever de aplicá-la, sem aderir à deferência. Por outro lado, existindo ambiguidade, não compete aos tribunais interpretar diretamente as imprecisões da regra, restando apenas espaço para avaliar se a elucidação feita pela agência é dotada de razoabilidade. Ademais, Criddle ressalta que o processo decisório das agências requer a conciliação de cinco fatores para justificar a deferência dos órgãos de controle: (1) autoridade delegada; (2) perícia da Agência; (3) capacidade de resposta política e responsabilização; (4) racionalidade deliberativa; e (5) uniformidade nacional¹⁹.

O objeto da decisão judicial, que resultou na sedimentação da *Chevron doctrine*, envolvia a discussão em torno do conceito de “bolha” que encontrava assento na nova regulação proposta pela *Environmental Protection Agency (EPA)*, fruto do arranjo político de segurança e meio ambiente, implementado durante o governo de Ronald Reagan, cuja finalidade era implantar uma filosofia de desregulamentação e aproximação aos mecanismos de mercado. Por conseguinte, a Agência de Proteção Ambiental (*EPA*) anunciou que os estados poderiam prescrever uma definição mais flexível de “fontes fixas”, estendendo o conceito à integralidade de uma planta industrial. Essa leitura consistia na interpretação das regras previstas na *Clean Air Act*, lei federal que, ainda hoje, regula a emissão de gases na atmosfera. A

¹⁸ HASEN, David M. The Ambiguous Basis of Judicial Deference to Administrative Rules. **Yale Journal on Regulation**, vol. 17, 2000. p. 330.

¹⁹ CRIDDLE, Evan J. *Chevron's consensus*. **Boston University Law Review**. vol. 88, 2008, p. 1275.

proposição normativa teve por objetivo controlar a poluição atmosférica nos Estados Unidos, ganhando maior densidade após as emendas de 1970 e 1990²⁰.

Esse precedente serviu de paradigma para o incremento da deferência com as escolhas pública, visando a preservação da legitimidade do exercício do poder discricionário das agências norte-americanas. Paralelamente, se buscou garantir a previsibilidade e a segurança jurídica, a fim de permitir maior objetividade no teor normativo, bem como clareza e profundidade alusivos ao ônus argumentativo dos órgãos de controle.

A Suprema Corte destacou que as decisões judiciais que redefinem a construção interpretativa dos estatutos afetos às Agências, contrariam duas questões: a) se a intenção do Congresso é clara, sua finalidade prevista na lei deve ser cumprida, não havendo espaço para interpretação diversa, não cabe ao tribunal definir a matéria já objetivamente descrita; b) Se o Congresso não abordou diretamente a questão, não pode o tribunal simplesmente fazer uma construção normativa sobre a matéria; c) diante do silêncio ou ambiguidade do legislador em torno de questões específicas, o tribunal somente deve analisar se a construção normativa das agências é admissível no estatuto.

O caso “Chevron” trouxe, de certa forma, uma revolução para o Direito Administrativo no que tange à deferência judicial concernente às regras legislativas das agências como regra geral de interpretação sobre as descrições ambíguas ou sem previsão específica.

Deferência é uma espécie de autocontenção judicial, definido por Dworkin como categoria de restrição que impede os juízes interferirem nas decisões emitidas por instituições políticas, atinentes ao reconhecimento de determinados direitos²¹. Já para Posner, o vocábulo significa a hesitação do magistrado cauteloso e prudente quanto à ingerência nas matérias afetas a outros órgãos²². Em ambos os conceitos há relação direta com a discricionariedade porque, de um lado, permite que o administrador atue com autonomia para atender suas demandas de modo eficiente, sem que haja preocupação com práticas infundadas de controle, dotadas de efeito

²⁰ LEWANS, Matthew. **Administrative law and judicial deference**. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2016, p. 7.

²¹ DWORKIN, Ronald. **Talking rights seriously**. Cambridge, US: Harvard University Press, 1977, p. 138.

²² POSNER, Richard A. **The Federal Courts: challenge and reform**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1996, 314.

paralisante, e, por outro, provoca constrangimento ao comportamento ativista dos tribunais que buscam judicializar questões substancialmente políticas e/ou essencialmente técnico-administrativa.

Não menos importante, vale registrar que o controle judicial não pode ter a pretensão de usurpar a discricionariedade da Administração Pública e utilizá-la para substituir a decisão administrativa, levando em consideração a sistemática da separação de poderes estatuída da Constituição, sob pena de romper com os princípios democráticos do Estado pós-1988, colocando em xeque a legitimidade dos próprios tribunais, e, ainda, as razões da sua existência.

1.2 Discricionariedade administrativa no âmbito das escolhas públicas

O constituinte da Carta de 1988 estabeleceu um sistema normativo voltado para a superação das práticas arbitrárias, evidenciadas no regime militar, descrevendo no texto constitucional cláusulas gerais destinadas à efetivação de direitos de caráter individual e coletivo. Dessa forma, foi instituído um dever discricionário, atribuído à Administração Pública para dar concretude a discricção da norma²³.

O agente administrativo goza da prerrogativa de apreciação, conferida pela regra de competência, para deliberar sobre a ação ou omissão delimitada na lei, vislumbrando o cumprimento das determinações expressas e implícitas na Constituição. A finalidade desse agir precisa estar alinhada à supremacia do interesse pública, razão pela qual são colocados em operação os mecanismos de controle para combater os abusos e os desvios.

As escolhas públicas se inserem no contexto do processo decisório do Estado, *locus* de atuação dos atores da Administração, sociedade civil e potenciais interessados, por meio de procedimentos dialógicos, capazes de formar células de consenso que sirvam de motivação para a tomada de decisão. Aqui, fica evidenciado a distância que separa a metáfora do cheque em branco e o conceito de discricionariedade, na órbita dos modelos de ação governamental.

A realidade socioeconômica sofre influxos de todos os lados (decorrentes das flutuações da economia, avanços da ciência e da tecnologia, reconfiguração

²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade administrativa. **Palestra proferida em 19.5.2000 no Salão Nobre da Faculdade de Direito de Recife, a convite do Programa de Pós-Graduação** (transcrição de Kylce Anne Pereira, revisão de João Maurício Adeodato).

geopolítica, redesenho das instituições, mudanças culturais, ambivalências dos interesses, exploração desmedida dos recursos naturais, mudança normativas...), o que faz surgir a necessidade de um plano de contingenciamento para que as demandas sejam atendidas de modo otimizado.

Os operadores da máquina administrativa são atingidos pelos riscos e incertezas que arvoram na modernidade tardia, o que requer um grau de experimentalismo para que seja colocado em prática as ações de efetivação do mínimo existência, a fim reduzir a amplitude das desigualdades sociais. É certo que isso não admite escolhas inadequadas (anacrônicas, teratológicas e desconexas aos motivos que as justificam), mas legitima as decisões firmada com amparo no princípio da juridicidade, o que significa dizer que deve estar para além da legalidade²⁴.

A discricionariedade administrativa exercida em proveito do bem comum não aparece como ato de mera expressão do pragmatismo²⁵, reflexo de uma situação fática em sua variedade crua, senão uma manifestação guiada pela racionalidade²⁶. Nesse aspecto, Giacomuzzi ressalta as diferenças entre os juristas norte-americanos e os brasileiros, afirmando que aqueles focam principalmente nos fatos e presta menos atenção aos princípios, como também tendem a negligenciar as teorias abstratas; enquanto os continentais fixam suas escolhas em conformidade com os princípios, desprendendo-se dos fatos²⁷. Essa dicotomia, apesar de simplificada nesses termos, é cercada de complexidade, reconhecida pelo próprio William James, autor que difundiu tal pensamento filosófico: “ninguém vive uma hora sem ambos, fatos e princípios, pelo que se trata de uma diferença de ênfase, mas é uma diferença que provoca casuística antipatias entre aqueles que colocam ênfase diferentemente”²⁸.

²⁴ Toda ação da Administração Pública deve encontrar fundamento em um preceito jurídico. MERKL, Adolf. **Teoría general del Derecho Administrativo**. Albolote, Granada; Editorial Comares, S.L., 2004, p. 206-207.

²⁵ STRECK, Lênio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte (MG): Letramento: Casa do Direito, 2017, p. 223-226.

²⁶ As distinções entre pragmatismo e racionalismo já eram difundidas por Tocqueville em 1835: “o legista inglês ou norte-americano procura saber o que foi feito, o legista francês o que deveria ter sido feito; um quer decisões; o outro, razões. TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. Vols. 1 e 2. Trad. de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 313.

²⁷ GIACOMUZZI, José Guilherme. *Estado e contrato: supremacia do interesse público “versus” igualdade. Um estudo comparado sobre a exorbitância no contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 100.

²⁸ JAMES, William. Pragmatism. In: **Pragmatism and the meaning of truth**. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1975, p. 12.

1.3 Escolhas públicas orientadas pelo princípio da juridicidade

A tomada de decisão é antecedida de um processo onde são avaliados riscos, incertezas e ambiguidades para que a escolha seja ótima ou submetida a perdas mínimas. Todavia, quando aquele que vem a decidir é diretamente atingido pelos efeitos do seu juízo, intuitivamente, age com cautela para evitar consequências danosas aos seus interesses pessoais e patrimoniais. Todavia, seu agir decisório ganha nova conotação quando a finalidade é direcionada à efetivação dos anseios sociais e à maximização do bem comum, pois a escolha pode gerar consequências em um plano ampliado, e, muitas vezes, sem que haja dimensão da extensão. Portanto, seu olhar precisa se aproximar, o máximo possível, da realidade que o cerca, circunstância que requer a coleta de múltiplas informações, as quais possam amparar o melhor juízo.

Pensar sobre uma escolha demanda enquadramento dos atores ao seu tempo, isso porque os avanços da ciência e da tecnologia, adicionados à evolução social, não permite refletir sobre o novo com as perspectivas do velho, mas exige ajuste fino da discussão, em torno da medida a ser adotada, conforme os paradigmas que refletem a finalidade pretendida e as ferramentas disponíveis para colocar em prática aquilo que se propôs. Ademais, no plano da Administração Pública, os gestores e seus auxiliares convivem com os princípios que regem o agir administrativo, não podendo afastar as balizas constitucionais das etapas que precedem a adoção de atos que repercutem no âmbito do Estado e da sociedade. Dessa forma, a legalidade é posta com cláusula irremovível do processo de decisório, aliada à legitimidade que se insere no terreno da fundamentação e do próprio percurso transcorrido pelos decisores até chegar à escolha definitiva.

Nesse arranjo procedimental, reside o princípio da juridicidade, que para Merkl, consiste na observância da ação administrativa partindo dos referenciais previstos no ordenamento jurídico que expressam a vontade estatal, podendo variar conforme as circunstâncias de tempo e lugar, com o propósito de atender o bem-estar geral. De outro modo, tal princípio é compreendido como um lei jurídico-teórica que se funda na natureza de todas as atividades de Estado²⁹.

²⁹ MERKL, Adolfo. **Teoría general del Derecho Administrativo**. Granada: Editorial Comares, S.L., 2004, p. 206-210.

A própria concepção de legalidade já incorpora as lacunas legislativas e as possibilidades nas quais o administrador, alinhado às diretrizes normativas, pode adotar modos de agir e implementar as ações estatais, considerando as variáveis que se legitimam no caso concreto, com objetivo de atingir o interesse público. Esse é o paradigma que vincula a escolha, servindo de parâmetro para a modelagem das políticas públicas, não só naquilo que corresponde aos resultados pretendidos e alcançados, mas também aos procedimentos acerca do gerenciamento do agir administrativo, enquadrado nas etapas de planejamento, execução, monitoramento e controle. Em momento algum, deve se deixar de lado a harmonização entre legalidade e legitimidade, pois o princípio da juridicidade exige observância da dupla dimensão normativa para toda e qualquer comportamento da Administração Pública, seja na órbita dos órgãos diretamente a ela vinculados ou no contexto das entidades descentralizada, tais como as autarquias, empresas públicas, sociedade de economia mista, fundações e consórcios públicos.

Isso revela que as escolhas administrativas demandam racionalidade dos administradores, os quais têm o dever de descrever, não só os motivos, mas também a motivação que determinou a prática do ato, a fim de atender as exigências da transparência na gestão da coisa pública. Dessa forma, cumprem-se os propósitos constitucionais definidos para a consolidação de um Estado democrático de Direito, circunstância que abre para a sociedade a oportunidade de participar mais diretamente das decisões resultantes das deliberações que acontecem nos centros de competência do Estado. Ademais, ampliam-se as extensões do controle social, fundamental para que haja reação contra ações inadequadas, desproporcionais e não razoáveis, influenciando assim a dialética entre os níveis de complexidade de interesses e as respostas que merecem reconhecimento nas situações fáticas, modelada ao tempo e às informações disponíveis, de modo que as consequências previsíveis sejam consignadas, dando contorno aos limites do agir administrativo.

Diante dessas considerações, os organismos de controle devem fazer um filtro sob a lógica do princípio da juridicidade, haja vista a racionalidade das escolhas administrativas.

2. Controle judicial sobre a escolhas públicas

O controle judicial sobre as escolhas públicas e, em especial, no que afeta às políticas públicas revela-se uma temática muito constante no constitucionalismo contemporâneo. Justo observar-se que tal controle tem como objeto precípua a efetiva concretização dos serviços e das políticas de caráter público prestados na perspectiva do atendimento e da tutela dos direitos fundamentais.

Todavia, preliminarmente, torna-se imprescindível a verificação a respeito de qual seria o regime a ser dispensado para a tutela dessas políticas e serviços públicos e averiguar, quais seriam os fins a serem atingidos por sua implementação. Tendo em conta tais parâmetros balizadores, necessário se faz refletir a respeito do âmbito de atuação judicial, como também buscar elucidar quais são os limites dessa atuação judicial, na medida em que esses limites não se apresentam uniformes tanto na doutrina, como em termos jurisprudenciais.

Nesse sentido, deve-se ter em conta que as políticas que norteiam as escolhas públicas se apresentam nos marcos estabelecidos do Estado constitucional e, nos termos de um constitucionalismo modernamente concebido, que prescreve ser a Constituição êmbolo propulsor e coordenador da vida do Estado. Razão pela qual encontra-se em seu texto os elementos sinalizadores dessa vocação, tais como a disposição dos Direitos e Garantias, vinculadores e limitadores da atuação estatal.

Esse é o cenário normativo que confere garantia ao cumprimento dos direitos fundamentais, possibilitando e fornecendo lastro para as escolhas públicas coerentes com as políticas públicas estabelecidas; verdadeiros instrumentos vocacionados a responder as demandas derivadas das necessidades sociais atuais.

Por outro lado, há que se apontar que nem sempre essas políticas públicas, destinadas ao cumprimento do texto constitucional, conseguem ser concretizadas *in totum*, sendo, inclusive e em certa medida, não poucos os episódios em que ocorre verdadeira omissão por parte do poder público.

Quando se trata de discorrer a respeito do controle judicial sobre a escolhas públicas, necessário se faz, preliminarmente, atentar sobre os parâmetros a serem observados para que esse controle jurisdicional venha ser realizado, tendo em conta que se trata de temática que enfrenta certa resistência em termos doutrinários, na medida em que envolve necessariamente uma discussão envolvendo, nos moldes democráticos a legitimação do Judiciário com relação ao controle dessas escolhas.

Para tal, cumpre apontar estar a jurisdição no rol das atividades secundárias, pelo fato, *a priori*, de o Estado dela valer-se para dar concretização a uma atividade que, originalmente, estaria atrelada à manifestação da vontade autônoma a ser exercida pelas próprias partes. De mesmo modo, pode-se qualificar essa atividade como instrumental, na medida em que se consubstancia como o meio que o próprio direito dispõe para vincular a todos. “É desinteressada, uma vez que não pende a nenhum dos lados, apenas se preocupando em aplicar o direito. Também é provocada, pois, em regra, depende de ser suscitada”³⁰.

No entanto, pelo fato de estar constitucionalmente previsto que “qualquer pessoa, sentindo-se ameaçada ou lesada em seu direito, pode solicitar pronunciamento judicial”, cumpre ao Judiciário, nos termos do artigo 5º, XXXV da CRFB/88³¹, que dispõe “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, o exame das ações e/ou omissões estatais que venham a conflitar com a proteção da dignidade humana ou que ameacem direitos, sejam esses atos caracterizados como administrativos, governamentais, de execução de políticas públicas ou mesmo de fornecimento de determinado serviço público. Sendo certo que, nos marcos de um Estado Democrático de Direito, garantido se encontra o espaço de participação cidadã dos indivíduos e grupos no que diz respeito da escolha dos conteúdos e das formas como as políticas públicas serão executadas.

Assim, cumpre aos órgãos estatais a assumpção da tutela dos direitos e garantias fundamentais, com a devida adequação dos poderes no sentido da garantia da efetividade e do controle das obrigações estabelecidas na atual Constituição.

Por outro lado e em igual sentido, tem-se que a observar que o princípio basilar da separação de poderes não impede, absolutamente, o exercício de determinada atividade, em caráter eventual, por outro órgão ainda que não propriamente especializado, exigindo, no entanto, que exista uma afinidade com sua atividade-fim.

Ely³², analisando a revisão judicial aplicada ao contexto dos Estados Unidos da América, ressalta o fato de que a atividade judicial é de suma importância para a manutenção da coesão social, no sentido de garantir que, num cenário democrático,

³⁰ CUNHA JR. Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 387.

³¹ BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 2 ago 2019.

³² ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes: 2010.

o interesse das maiorias não comprometa ou sufoque o interesse das minorias. Razão pela qual a proteção das minorias, pela intervenção judicial, tem sido assaz relevante no cenário norte-americano, na medida em que a realidade oportunizou a constatação de que esse equilíbrio necessário se revela comprometido pela participação das maiorias no processo democrático.

Para esse autor, a promoção pelo Poder Judiciário do “controle de leis ou políticas públicas” não compromete a democracia. Tal iniciativa legal se revela, antes, como uma forma de se assegurar a satisfação objetiva da vontade popular, nos exatos limites constitucionalmente estabelecidos. De tal modo que o atuar dos juízes em relação às escolhas públicas contribui para a construção e materialização mesmo do texto Constitucional.

De toda sorte, sempre há que se ter em conta se o meio que venha a ser empregado pelo poder público para a realização das políticas públicas se revela adequado à realização e satisfação das aspirações sociais. Isso porque, se o instrumento utilizado se demonstrar hábil e eficiente, não há razão para o Poder Judiciário impor-lhe a utilização de meio diverso. Disso depreende-se que, os instrumentos de controle existentes configuram-se como um limite, na medida em que somente poderá atuar o Judiciário mediante a provocação legal devida.

3. Deferência com as escolhas públicas à luz da Lei nº 13.655/2018

No sentido de aprofundar-se a análise aqui pretendida, oportuna e necessária uma avaliação, ainda que não exaustiva, do conteúdo e dos reflexos decorrentes da publicação da Lei nº 13.655, de 26 de abril de/2018, resultado do Projeto de Lei-PL nº 7.448/2017 que alterou o texto do Decreto-Lei nº 4.657/1942, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB (Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010)³³.

A intenção do legislador pátrio na proposição da referida norma, ao acrescentar diversos artigos que, objetivamente, dispõem acerca da segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público na LINDB, foi a de conferir maior segurança jurídica na atuação da Administração Pública, bem como em suas relações com os órgãos de controle. Cumpre acrescentar que a nova lei não trouxe qualquer

³³ BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657 de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De14657compilado.htm>. Acesso em: 02 ago 2019.

modificação no tocante aos artigos 1º a 19, da LINDB, que continuam inteiramente em vigor.

A destacar-se que o referido projeto foi objeto de algumas sanções relevantes e seu texto busca robustecer o dever de motivação das decisões administrativas (artigos 20, 21, 22, 27 e 28)³⁴, a segurança jurídica nas relações que envolvam o poder público e os cidadãos (artigos 23, 24 e 30) bem como prediz mecanismos estimuladores da participação da sociedade cidadina nas decisões públicas (artigo 29).

No que diz respeito à deferência com as escolhas públicas, o aspecto a ser destacado diz respeito ao parágrafo único do art. 21 que dispõe sobre a possibilidade— quiçá dever — da prática de técnicas processuais de tutela com atributos estruturais naqueles litígios complexos envolvendo o controle da Administração Pública:

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 expreso 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 excessivos³⁵.

Cumprir apontar, inicialmente, que o que predomina na redação da nova Lei nº 13.655/2018³⁶ está em consonância com o estabelecido nos termos da própria LINDB, que dispõe expressamente em seu art. 5º, que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Do mesmo modo, não é outra a intenção do legislador no novo Código de Processo Civil - CPC, quando estabelece em seu art. 8º que “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

³⁴ BRASIL, 1942.

³⁵ BRASIL, 1942.

³⁶ BRASIL. **Lei nº 13.655 de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm>. Acesso em: 02 ago 2019.

Numa visão mais geral é de se evidenciar que essa nova legislação ao estabelecer diretrizes de ação, tenta colocar limites à discricionariedade e a imprevisibilidade das decisões de gestores públicos com base em conceitos abstratos, que na opinião de seus críticos, estariam alheios aos seus reais impactos. Lançada em meio a um cenário demarcado por um profundo ativismo dos órgãos controladores, lastreada em princípios, essa nova lei provocou diversas polêmicas no ambiente jurídico.

De um lado situam-se os que veem com bons olhos uma retomada da segurança jurídica na trilha de uma maior deferência no cotejo da lei abstrata diante do caso concreto, com a possibilidade de maior controle e decorrente imposição de limites da atividade criadora, que resulta em maior previsibilidade e comprometimento ao Direito Público; de outro, encontram-se os defensores do reconhecimento de direitos fundamentais através dessas denominadas decisões criadoras, diante das lacunas legais, a fim de concretizar a superação de uma verdadeira letargia por parte dos Poderes Legislativo e Executivo em identificar e tutelar as demandas sociais existentes e que requerem soluções no âmbito legal.

Diante do quadro que se apresenta, tornam-se mais que necessária todas as análises jus-reflexiva desse texto legal, que tenham em conta o conjunto dos interesses políticos nele existentes e seus desdobramentos.

3.1 Argumentos favoráveis à Lei nº 13.655/2018

Levando em consideração os possíveis efeitos positivos decorrentes da norma que estabelecer os referenciais para a segurança jurídica no âmbito da tomada de decisão, compreende-se que se trata de uma regra alinhada à visão mais atua do Direito Público, uma vez que tem por finalidade garantir direitos e definir instrumentos que sejam capazes de se acomodar às variações da sociedade contemporânea para estabilização das relações jurídicas, bem como reduzir em grau absoluto as incertezas jurídicas, contribuir para a solução consensual de conflitos e inserir os potenciais interessados no processo de produção de preceitos administrativos³⁷.

Importa afirmar que a nova lei ao dispor a respeito da segurança jurídica e da eficiência na criação e na aplicação do direito público é considerada bem-vinda por

³⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. **Uma lei geral inovadora para o Direito Público**. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/uma-lei-geral-inovadora-para-o-direito-publico-31102017. Acesso em 30 mar 2019.

aqueles que apontam uma verdadeira estagnação da Administração em decorrência dos sem-número de casos de má gestão que se aprofundaram muito em razão de um controle interno não eficiente e, que em decorrência, compreensivelmente, oportunizaram um hiperativismo de controle por parte de uma Agenda Anticorrupção, do Judiciário, do Ministério Público, sem contar os Tribunais de Contas, as Advocacias Públicas e Controladorias, tendo como consequência um estrangulamento do poder de discricionariedade do gestor público, e o perigo da paralisia da Administração Pública no que diz respeito à possibilidade de uma gestão inovadora e garantidora do desenvolvimento.

Nessa perspectiva, o controle destituído de justificativas razoáveis, adequadas e proporcionais, sem motivação plausível frente às hipóteses concretas, são prejudiciais à eficiência administrativa, repercutindo diretamente na efetividade e eficácia das políticas públicas, voltadas à promoção e manutenção dos direitos fundamentais. Entretanto, como já destacado acima, a atuação dos órgãos controladores é essencial ao Estado democrático de direito, com intuito de prevenir e reprimir ações arbitrárias e abusivas adotadas no âmbito da gestão estatal³⁸.

Assim, um dos argumentos favoráveis à edição da Lei nº 13.655/2018³⁹, diz respeito ao fato de que o texto da referida norma auxilia sobremaneira os gestores, na medida em que, nos termos do art. 20, nas esferas administrativa, controladora e judicial, não haverá a possibilidade de decisões com base em valores abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas dessa decisão, conferindo estabilidade e exequibilidade às decisões no âmbito administrativo. Considera-se assim, superada a possibilidade da existência de indeterminação hermenêutica, pelo fato objetivo de o novo dispositivo legal primar pela previsibilidade e pela segurança jurídica.

Sobre a inovação relativa ao processo estrutural ou às medidas estruturantes, tem-se que o novo dispositivo normativo deve ser considerado como verdadeira expressão da noção dessa nova sistemática processualística consubstanciada pelo

³⁸ OLIVEIRA, Gustavo Justino. **Hiperativismo do controle versus inércia administrativa. Governança pública e novos standards interpretativos como caminhos para a renovação do Direito Administrativo.** Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/hiperativismo-do-controle-versus-inercia-administrativa-18042018. Acesso em 01 abr 2019.

³⁹ BRASIL, 2018.

processo estrutural, a saber, não mais limitada ao clássico princípio da demanda, que reduz a atuação do julgador aos pleitos coligidos pelo autor.

Em sentido contrário, naqueles processos complexos, em que os efeitos da sentença são multilaterais e se espraiam para além da esfera processual, deve ser adotada uma perspectiva de tutela processual menos ortodoxa, mais flexível, passível a ajustar-se às necessidades do caso em julgamento.

Dessa maneira, o julgador não se restringe a fixação de deveres de realização/cumprimento imediatos, nos severos termos estabelecidos pela norma processual, cabendo-lhe a possibilidade de mensurar, com a colaboração das partes envolvidas no conflito, medidas que, tenham em conta tanto a complexidade do feito, quanto os impactos da decisão prolatada, bem como os possíveis desdobramentos extraprocessuais, nos termos do artigo 20, da nova lei, incorporado à LINDB.

Outro argumento favorável é o que diz respeito à possibilidade de modulação de efeitos, conforme disposto no art. 23, inclusive no âmbito dos Tribunais de Contas⁴⁰, por meio da celebração de Termos de Ajuste de Gestão – TAGs, que na definição de Angerico Alves Barroso Filho⁴¹ se apresentam como um “instrumento de controle consensual da administração. Implementa-se um acordo de vontades entre controlador e controlado, por meio do qual o último se compromete a cumprir a lei, a alcançar o objetivo da política pública; em troca, fica suspenso o andamento de processos que lhe poderia resultar em penalidade.”

Além disso, justo apontar que o instituto da segurança jurídica se revela de fundamental importância no que concerne à previsibilidade do gestor público, a fim de aparta-lo da mera dependência do bom senso. Nisso reside a maior relevância da Lei 13.655/2018.

⁴⁰ Argumento favorável à possibilidade de mudança de entendimento do TCU encontra-se no Acórdão nº 178/2018, o qual demonstrou preocupação da Corte com os novos ditames provindos da modificação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, no qual ficou demonstrada preocupação com melhores práticas de controle no âmbito de uma auditoria especial para avaliar o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS), na região metropolitana do Rio de Janeiro. No caso, a Corte demonstrou sensibilidade quanto às dificuldades enfrentadas na implementação de determinações e recomendações em cenário de escassez de recursos, deixando de punir o gestor em razão de sua probidade. OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Os impactos da lei nº 13.655/2018 das atividades de controle da administração pública “regime de transição e a modulação dos efeitos das decisões dos Tribunais de Contas”. **Palestra proferida na Escola de Contas do TCM/SP**, em 11 de junho de 2018.

⁴¹ BARROSO FILHO. Angerico Alves. Avaliação do Termo de Ajuste de Gestão como instrumento do Controle Consensual da Administração Pública. **Constituição, economia e desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, v. 6, n. 11, p. 391- 415, jul./dez. 2014.

3.2 Argumentos contrários à Lei nº 13.655/2018

É certo que o incremento legislativo, concernente à segurança jurídica, não agradou parte da doutrina e, em especial, os agentes que operacionalizam os mecanismos de controle interno e externo, como os Tribunais de Contas. Isso porque as disposições das normativas, por si só, não são suficientes para atingir a finalidade pretendida, ficando sujeita à observação e entendimento do intérprete, diante do caráter aberto da norma em questão.

Os defensores⁴² desse argumento servem-se do contributo jusfilosófico de autores como Gadamer⁴³ para quem nenhum método, parâmetro ou lei teria o condão de afastar a influência da subjetividade na tarefa de interpretação, compreensão e aplicação da norma e, portanto, será capaz de garantir segurança jurídica.

Outra crítica ao novo dispositivo normativo está vinculada à vedação a decisões sejam prolatadas com fulcro em “valores jurídicos abstratos” (art. 20) sem que sejam estimadas as consequências práticas de tal decisão.

A demarcar-se que esse dispositivo guarda pertinência com o artigo 489, § 1º, incisos I e II, do CPC, que estabelece que não será considerada fundamentada nenhuma decisão judicial em que se restrinja à mera indicação, reprodução ou mesmo paráfrase de ato normativo, sem que esteja explicitada sua relação com a causa ou a questão decidida, ou que venha a se valer dos denominados “conceitos jurídicos indeterminados”, sem que nela se encontre a motivação concreta de sua pertinência ao caso.

A questão suscitada tem a ver com a definição de “valores jurídicos abstratos”, pelo fato de que boa parcela dos doutrinadores possa promover uma compreensão equívoca do termo equiparando-o aos princípios jurídicos, posição contestada pelos críticos dessa normativa, haja vista a característica genérica e ambivalente da expressão, assim como o termo “interesses gerais”. As críticas recaem sobre a falta de objetividade do legislador e as incertezas tocantes à interpretação normativa, circunstância que daria abertura para o fenômeno do “consequencialismo judicial”. Significa dizer que a Lei nº 13.655/2018 irá exigir do julgador uma avaliação prévia

⁴² COSTA, Rafael de Oliveira. Segurança jurídica e (Im)previsibilidade do Direito. **Nomos Fortaleza**, v.34, 2014 e GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

⁴³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

dos possíveis resultados decorrentes da sua decisão. Contudo, o decisor não deve se render, em absoluto, às potenciais consequências do seu juízo, uma vez que tais desdobramentos servem apenas como um dos fatores a serem considerados. Portanto, indispensável se faz a observância das normas jurídicas e os aspectos deontológicos da ciência do Direito para garantia e efetivação da legitimidade tocante ao processo decisório na esfera pública⁴⁴.

Não menos importante, o possível afastamento da autonomia do Direito frente à Política e à Economia; o risco de que todo e qualquer tipo de atuação *contra legem* encontre justificativa nas suas consequências; e negativa à dignidade de certas condutas humanas que não possuem valor imanente, mas que demandam tutela também são aspectos nocivos que residem no “consequencialismo judicial” e, portanto, merecem ser ponderados no diagnóstico da repercussão prática derivada das modificações ocorridas na LINDB⁴⁵.

Outro ponto que gera perplexidade refere-se ao alargamento dos critérios discriminados na norma para fins de controle judicial sobre o mérito administrativo, conforme exposto nas disposições ao artigo 22, cujo escopo consiste na apreciação da juridicidade da escolha pública e do agir estatal, circunstância capaz de reduzir o espectro de discricionariedade e induzir a intensificação do monitoramento dos atos de gestão. Dessa forma, a rigidez pretendida pelo legislador pode provocar um engessamento na atuação dos gestores, voltadas ao incremento da eficiência da Administração. Isso se revela diante das diferentes interpretações assimiladas pelos órgãos controladores e administradores, alusivas à solução específica a ser adotada em determinado caso. Nesse sentido, ainda que a condução da escolha esteja

⁴⁴ Costa, ao discorrer sobre o “consequencialismo judicial”, salienta que “a considerações acerca das consequências de uma decisão não é novidade em nosso ordenamento jurídico. A título de exemplo, o Código Civil de 2002 permitiu ao juiz dar uma interpretação social aos contratos e ao uso da propriedade. Na seara criminal, a dosimetria deve levar em conta se a pena é suficiente para reprimir e prevenir o delito, sem prejuízo de considerar as próprias consequências da infração penal. Assim, o ordenamento impõe ao julgador que considere as consequências de suas decisões, através da adoção de técnicas multidisciplinares. O consequencialismo, contudo, vai além, impondo que sejam considerados os efeitos meta-jurídicos da decisão, ponderando seus impactos sociais e econômicos. A título de exemplo, o magistrado, ao prolatar sentença em demanda na qual se pleiteia o fornecimento de medicamento de alto custo, deverá ponderar o custo orçamentário anual da sua decisão, as consequências para o SUS, bem como as repercussões nas demais políticas públicas adotadas pelo Estado”. COSTA, Rafael de Oliveira. **Breves comentários à Lei nº 13.655/18**. Disponível em: https://www.academia.edu/36545569/Breves_coment%C3%A1rios_%C3%A0_Lei_n_13.655_18?auto=download. Acesso em 01 abr 2019.

⁴⁵ COSTA, Rafael de Oliveira. **Breves comentários à Lei nº 13.655/18**. Disponível em: https://www.academia.edu/36545569/Breves_coment%C3%A1rios_%C3%A0_Lei_n_13.655_18?auto=download. Acesso em 01 abr 2019.

pautada em um entendimento razoável, sob a ótica dos dirigentes, eventuais lacunas serão perseguidas para justificar anulações, suspensões, punições e repressões⁴⁶.

Por outro lado, os maus gestores poderão se beneficiar da subjetividade fixada nos termos elencados nos parágrafos correspondentes ao artigo 22, da Lei nº 13.655/2018, os quais comporão a fundamentação da decisão pela imputação da responsabilidade e dosimetria das medidas sancionatórias. Em contrapartida, se manejado de modo inadequado, servirá aos órgãos de controle como artifício para atingir aqueles que agiram em conformidade, porém contrariaram determinados grupos de interesses⁴⁷.

Isso implica necessariamente que esse dispositivo em comento não pode inviabilizar a responsabilização do administrador nos casos de descumprimento legal. Motivo pelo qual se revela mais que necessário, quando se trata do controle de constitucionalidade, que os Tribunais determinem que o referido art. 22, só poderá ser tido como constitucional se, feita uma interpretação conforme a Constituição Federal de 1988, respeite o que estabelece o art. 37, § 6º, do texto constitucional cujo conteúdo assim dispõe: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”⁴⁸.

Há ainda hesitação sobre o teor normativo atinente à possível excludente de ilicitude quando ausente os elementos “dolo” ou “erro grosseiro”, nos termos do artigo 28 da LINDB, particularidade que desvela absoluta incoerência com a teoria de responsabilidade civil do Estado, a qual encontra assento no artigo 37, §6º, da Constituição da República Federativa do Brasil, cujo natureza é essencialmente objetiva (bastando a demonstração da conduta, do dano e do nexo de causalidade).

⁴⁶ JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB. Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 67, nov. 2018

⁴⁷ Em parecer técnico, a Procuradoria-Geral da República, diligenciou pelo veto integral do Projeto de Lei que englobava a matéria, levando em consideração a inviabilidade de responsabilização do administrador. Assim, ficou consignado que “mais uma vez aqui, o legislador recorreu a expressões abertas, lacunosas, propensas a subjetivismos e, portanto, passíveis de levar os processos de responsabilização por caminhos insondáveis, já que seria imprevisível o alcance dos termos “obstáculos” e “dificuldades reais” do gestor. Cada órgão de controle ou órgão julgador teria naturalmente percepção muito particular sobre uns e outros, resultando em instabilidade e insegurança jurídica, que o projeto de lei precisamente diz querer combater” (cf. Nota técnica conjunta nº 01/2018).

⁴⁸ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: **Senado Federal**: Centro Gráfico, 1988, p. 292.

Os dados subjetivos (dolo e culpa) seriam indispensáveis apenas na hipótese de ação regressiva contra o servidor público, causador do prejuízo, por intermédio de ação promovida pelo próprio ente estatal.

Na medida em que a doutrina pátria estabelece a gradação da culpa em grave, leve e levíssima e que, de acordo com o art. 28 da lei haveria a figura do “erro grosseiro”, este representaria a culpa grave tão somente, deixando de fora, ou seja, não mais se concebendo legalmente a culpabilidade por culpa leve e levíssima, o que representaria uma atenuação da previsão constitucional.

Sem a pretensão de exaurir a apresentação dos argumentos levantados criticamente quanto ao dispositivo legal em análise, mesmo porque seguem os trabalhos de reflexão doutrinária sobre a matéria, é possível ponderar que, mesmo com toda a boa intenção do legislador em centrar-se na segurança jurídica na aplicação do Direito Público, como um farol a iluminar a produção da Lei 13.655/2018⁴⁹, cumpre demarcar que desponta da nova lei alguma obscuridade que suscita dúvida, pelo fato do legislador ter optado pela redação abstrata de alguns de seus artigos, o que dá o ensejo de diversas interpretações, não necessariamente coincidentes, pela existência de expressões cuja vagueza e imprecisão, vão exatamente no sentido oposto do originalmente almejado, qual seja, agregam ainda mais incerteza na aplicação das normas, como no caso de expressões tais como: “ônus ou perdas anormais ou excessivos”, “interesses gerais” entre outras.

Considerações finais

Deferência com as escolhas públicas é um tema que merece um cuidadoso estudo no momento atual para sejam encontradas soluções capazes de inibir a judicialização da política e a politização da justiça. É certo que tais fenômeno estão ligados às complexidades das relações sociais e econômicas inseridas no cotidiano da sociedade contemporânea, o que requer uma maior intervenção do Estado para resolver os conflitos e satisfazer a necessidades. Outrossim, compreende-se que existe resistência do Legislativo em implementar projetos tocantes às matérias polêmicas e sensíveis à comunidade brasileira, transferindo o poder normatizado ao Judiciário, o qual já se manifestou quanto ao aborto de feto anencefálico, nepotismo, criminalização da homofobia, uniões homoafetivas, *homeschooling* entre outros.

⁴⁹ BRASIL, 1988.

O Poder Executivo sofre constante interferência dos organismos de controle e, em paralelo, tem que lide com a extensa responsabilidade pela efetivação de direitos através da máquina administrativa e, em contrapartida, é encarregado de gerenciar os escassos recursos estatais. Ademais, se sujeita aos ditames legais que, por vezes, determinam expedientes demasiadamente burocráticos. Para tanto,

As políticas públicas conduzidas pelos setores de gestão do Estado, reclamam ações planejadas e previamente delineadas para minimizar desperdícios, visando cumprir, na medida do possível, as normas programáticas e atender os anseios sociais de modo efetivo, eficaz e eficiente. Nessa seara, o poder discricionário é exercido com propósito de aproximar as escolhas administrativas da realidade fática que reivindica medidas suficientes para satisfazer demandas sociais.

A discricionariedade administrativa não pode ser confundida com a autonomia da vontade, nem mesmo com as liberdades individuais, uma vez que o agente público está vinculado à observância da juridicidade (legalidade e legitimidade) que delimita os espaços do processo decisório. Assim, existe um poder de autocontenção, associado aos mecanismos de controle que se inserem no ambiente externo. Dessa forma, é viável a busca do equilíbrio entre as funções do Estado em prol da supremacia do interesse público.

Não resta dúvida que o mérito administrativo, contextualizado nos procedimentos de tomada de decisão, que permitem o agir discricionário, está sujeito ao controle dos órgãos integrantes ou não do Poder Executivo, assim como se submete ao monitoramento da sociedade como um todo. Entretanto, a avaliação alusiva à oportunidade e conveniência de determinada escolha é atribuída ao gestor e não ao controlador. O entendimento deturpado dessa sistemática pode dar ensejo à usurpação de função por parte desse último, o que seria capaz de ocasionar a descontinuidade de ações positivas para efetivação de direitos ou a imposição de execuções impossíveis à Administração Pública.

Ainda que, sob o olhar do Judiciário e dos Tribunais de Contas, o administrador não tenha adotado a melhor interpretação sobre os conceitos jurídicos indeterminados e a aplicação das cláusulas abertas - tal como optado por uma política pública que, aparentemente, não seja vista como ótima - é imprescindível que tais órgãos assumam uma postura deferente quanto não evidenciarem qualquer inconsistência entre a ação administrativa e os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e adequação, tomando como referencial a conjuntura do caso concreto, sem se afastar

do teor objetivo das normas jurídicas e dos aspectos deontológicos da ciência do Direito.

Tanto os juízes como os organismos controladores não podem pretender se equipararem ao gestor público, cabendo àqueles apenas verificar se houve coerência entre a escolha, os preceitos legais, os interesses em jogo e a finalidade pretendida.

Vale destacar que os atos de gestão precisam ser motivados, para que sejam reconhecidos como legais e legítimos. A motivação não pode ser esvaziada, obscura ou ininteligível, característica que ofenderia os princípios da transparência, publicidade e segurança jurídica. Portanto, a revelação das razões de decidir servirão como vetores para a deferência com escolhas públicas, o que demandaria dos órgãos de controle um ônus argumentativo para desconstituir a opção adotada pelo gestor público. Isso induziria um diálogo entre os poderes do Estado para verificação de possíveis alternativas menos onerosas à sociedade, a fim de tornar ainda mais eficiente o agir estatal.

Partindo da análise sobre a decisão da Suprema Corte norte americana em torno do caso Chevron, designadamente no que diz respeito às bases da deferência judicial para as regras administrativas, ficou constatado que a atuação do Poder Judiciário sobre as escolhas públicas justificadas deve ser comedida, cabendo aos juízes do caso concreto verificar se a decisão se deu na extensão normativa aberta ao exercício do poder discricionário e se este alinhou-se aos critérios de adequação, proporcionalidade e razoabilidade.

Não obstante os argumentos desfavoráveis à Lei nº 13.655/2018, a atitude do legislador em empreender diretrizes para consagração da segurança jurídica e eficiência do agir administrativo por si só merece apoio e reconhecimento, tendo em vista a relevância da matéria tocante aos novos paradigmas da governança pública e a solidificação das bases do Estado democrático de direito.

Referências

AUSTIN, John. **The Province of jurisprudence determined**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1995.

AZARA, Antonio; EULA, Ernesto. **Novissimo Digesto Italiano**, verbete “Discrezionalità. Vol. V. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1960, p. 1099-1108.

BARROSO FILHO. Angerico Alves. **Avaliação do Termo de Ajuste de Gestão como instrumento do Controle Consensual da Administração Pública**, Curitiba, v. 6, n. 11, p. 391- 415, jul./dez. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: **Senado Federal**: Centro Gráfico, 1988.

COSTA, Rafael de Oliveira. **Breves comentários à Lei nº 13.655/18**. Disponível em: https://www.academia.edu/36545569/Breves_coment%C3%A1rios_%C3%A0_Lei_n_13.655_18?auto=download. Acesso em 01 abr 2019.

COURT SUPREME UNITED STATES. **Chevron USA Inc v Natural Resources Defense Council**, Inc 467 US 837, 1984.

CRIDDLE, Evan J. Chevron`s consensus. **Boston University Law Review**. Vol. 88, p. 1271-1334, 2008.

CUNHA JR. Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Talking rights seriously**. Cambridge, US: Harvard University Press, 1977.

_____. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 55.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes: 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Principio iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho**. Madrid, ES: Editorial Trotta, 2013.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **Estado e contrato: supremacia do interesse público “versus” igualdade. Um estudo comparado sobre a exorbitância no contrato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2011.

HART, H.L.A. **The concept of law**. 2th ed. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, p. 138-141, 1994.

HASEN, David M. The Ambiguous Basis of Judicial Deference to Administrative Rules. **Yale Journal on Regulation**, vol. 17, p. 327-366, 2000.

JAMES, William. Pragmatism. In: **Pragmatism and the meaning of truth**. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1975.

JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB. Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 63-92, nov. 2018.

LANDAU, Sidney I. **Cambridge dictionary of American English**. Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press, 2000.

LEWANS, Matthew. **Administrative law and judicial deference**. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade administrativa. **Palestra proferida em 19.5.2000 no Salão Nobre da Faculdade de Direito de Recife, a convite do Programa de Pós-Graduação** (transcrição de Kylce Anne Pereira, revisão de João Maurício Adeodato).

MELLO, Celso Antônio Bandeira. Discricionariedade – fundamentos, natureza e limites. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 122, p. 1-20, out./dez., 1975

MERKL, Adolf. **Teoría general del Derecho Administrativo**. Albolote, Granada; Editorial Comares, S.L., 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

OLIVEIRA, Gustavo Justino. **Hiperativismo do controle versus inércia administrativa. Governança pública e novos standards interpretativos como caminhos para a renovação do Direito Administrativo**. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/hiperativismo-do-controle-versus-inercia-administrativa-18042018. Acesso em 01 abr 2019.

_____. Os impactos da lei nº 13.655/2018 das atividades de controle da administração pública “regime de transição e a modulação dos efeitos das decisões dos Tribunais de Contas”. **Palestra proferida na Escola de Contas do TCM/SP**, em 11 de junho de 2018.

POSNER, Richard A. **The Federal Courts: challenge and reform**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1996.

STRECK, Lênio; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 2ª ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001

STRECK, Lênio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte (MG): Letramento: Casa do Direito, 2017.

_____. **Hermenêutica e jurisdição: diálogos com Lênio Streck**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Uma lei geral inovadora para o Direito Público**. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/uma-lei-geral-inovadora-para-o-direito-publico-31102017. Acesso em 30 mar 2019.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. Vols. 1 e 2. Trad. de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

TRINDADE, André Karam. Garantismo *versus* neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasiliis*. In: FERRAJOLI, Luigi; ROSA, Alexandre Morais da. (et. al.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 95 -130, 2012.